

La mancanza della fideiussione costituisce di per sé legittimo motivo di esclusione della ricorrente dalla procedura di vendita.: anche in una gara informale devono essere rispettati i principi della par conditio e della trasparenza e la stazione appaltante deve sentirsi vincolata dalle norme che si è autoimposta

Giurisdizione del Tar nel caso in cui un'impresa partecipante ad un bando emesso dai Commissari straordinari di una grossa SPA in crisi, per la vendita di proprietà sociali, viene esclusa a seguito di parere negativo emesso dal Ministero delle attività produttive

Tar Liguria, Seconda Sezione di Genova, sentenza numero 715 del 25 maggio 2005 si occupa delle controversie sorte a seguito dell'indizione, da parte dei commissari straordinari di una grande SPA in crisi, di un bando per la cessione a terzi dell'intero complesso aziendale: l'esclusione di una partecipante avviene a seguito di parere negativo espresso dal Ministero delle attività produttive in quanto una delle partecipanti non ha prodotto <una fideiussione, irrevocabile ed a prima richiesta, a garanzia dell'adempimento da parte dell'offerente delle obbligazioni assunte, con particolare riguardo al pagamento delle penali previste dal regolamento >

Riassumiamo brevemente i fatti:

1. una grande impresa in crisi viene ammessa alla procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria il cui programma prevede la cessione a terzi dell'intero complesso aziendale di proprietà societaria;
2. i Commissari Straordinari - mediante bando pubblicato su organi di stampa a diffusione nazionale ed internazionale - indicano una procedura di vendita, da svolgersi attraverso una fase preliminare di sollecitazione a far pervenire manifestazioni d'interesse all'acquisto, cui sarebbe seguita la scelta dei soggetti autori delle manifestazioni d'interesse ritenute idonee ed, infine, l'invito ai soggetti così selezionati a formulare offerte vincolanti, in conformità con il regolamento della procedura
3. Detto regolamento richiedeva, fra l'altro, che le offerte vincolanti fossero accompagnate da fideiussione irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da primario istituto bancario a favore della società cedente a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte, con particolare riguardo al pagamento delle penali previste per la violazione dell'obbligo di proseguire per almeno due anni le attività produttive e commerciali, con il mantenimento dei relativi livelli occupazionali, nonché dell'obbligo di stipulare il contratto d'acquisto entro la data fissata dai Commissari.
4. Alla procedura avevano partecipato quattro concorrenti;
5. prima di decidersi per l'aggiudicazione definitiva, i Commissari si rivolgono al Ministero delle Attività Produttive per un'istanza di autorizzazione alla comparazione dell'offerta presentata congiuntamente dalle controinteressate con quella presentata dalla ricorrente;
6. nella medesima istanza, i Commissari richiedono alternativamente di essere autorizzati ad accettare la proposta presentata dalle controinteressate.

7. Il Ministero, con l'impugnato decreto del 15 marzo 2005, da un lato si era limitato a rilevare che l'offerta della ricorrente, mancando della prescritta fideiussione, non poteva neppure essere presa in considerazione, dall'altro aveva ritenuto di poter addivenire all'accettazione della proposta d'acquisto formulata dalle controinteressate in data 14 febbraio 2005 e precisata con nota del 28 febbraio successivo.

Nello specifico . <il ricorso principale ha per oggetto innanzitutto il provvedimento del 15 marzo 2005, con cui il Ministero delle Attività Produttive, per quanto rileva in questa sede, ha da un lato ritenuto che l'offerta presentata da una partecipante non presentasse i requisiti formali - segnatamente, la prestazione di idonea fideiussione - per essere presa in considerazione; dall'altro, ha autorizzato i Commissari straordinari a cedere alle odierne controinteressate i beni dell'impresa in amministrazione straordinaria.>

Il primo principio importante che si ricava dall'emarginata sentenza è il seguente:

- √ ove si prescelga un modello latamente ispirato alle regole della gara ad evidenza pubblica, la stessa opzione procedurale impone poi l'osservanza quantomeno dei fondamentali principi di trasparenza e par condicio fra i concorrenti, cui la P.A. deve ritenersi autovincolata: diversamente opinando, l'utilità stessa della gara verrebbe meno in radice, con ogni conseguenza in termini di buon andamento e imparzialità dell'operato dell'amministrazione

ma non solo.

< La prestazione della garanzia fideiussoria risponde, in definitiva, ad un chiaro e preciso interesse dell'amministrazione procedente, oltretutto consacrato in una norma di legge, con la conseguenza che la violazione della relativa clausola - benché non sanzionata espressamente - determina e giustifica l'esclusione del soggetto inadempiente, alla stregua dei criteri ermeneutici sopra richiamati non potendosi pervenire ad una diversa lettura delle regole della procedura. D'altro canto, la garanzia di affidabilità dell'offerta vale non solo in vista della scelta finale del contraente, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e correttezza della procedura (il richiamo è alla pacifica giurisprudenza in tema di cauzione negli appalti, fra le tante, cfr. Cons. Stato. Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843)>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LIGURIA
SECONDA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 402 R.G.R. 2005 proposto dalla ***** S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Genova, Piazza Dante 9/14, presso lo studio dell'Avv. Gerolamo Francesco Taccogna, che la rappresenta e difende unitamente agli Avv.ti Proff. Giuseppe Franco Ferrari e Ruggero Cafari Panico, come per deleghe a margine del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti

- ricorrente -

CONTRO

Ministero delle Attività Produttive, in persona del Ministro pro tempore, per legge rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, presso la quale per legge altresì domicilia in Genova, Viale delle Brigate Partigiane 2

- resistente -

E NEI CONFRONTI DI

***** S.p.A. in amministrazione straordinaria, in persona dei Commissari straordinari pro tempore, elettivamente domiciliata in Genova, Via Corsica 2, presso lo studio dell'Avv. Prof. Piergiorgio Alberti, che la rappresenta e difende unitamente agli Avv.ti Proff. Sergio Maria Carbone e Massimo Cataldo, come per delega a margine del controricorso

- intimata, resistente -

NONCHE' DI

***** S.p.A. e ***** S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe elettivamente domiciliate in Genova, Via Roma 3/9, presso lo studio dell'Avv. Prof. M. Alberto Quaglia, che le rappresenta e difende in forza di deleghe in calce alla copia passiva del ricorso introduttivo ed a margine del ricorso incidentale

- controinteressate, ricorrenti incidentali -

per l'annullamento, previa sospensione,

dell'autorizzazione in data 15 marzo 2005 del Ministero delle Attività Produttive, avente ad oggetto l'accettazione della proposta d'acquisto del complesso aziendale di ***** S.p.A. pervenuta da ***** S.p.A. e ***** S.p.A., e l'esclusione della proposta d'acquisto avanzata da ***** S.r.l.;

dell'accettazione della proposta d'acquisto del complesso aziendale di ***** S.p.A. pervenuta da ***** S.p.A. e ***** S.p.A. nei termini di cui all'offerta del 14 febbraio 2005 come successivamente integrata in data 28 febbraio 2005;

dell'esclusione dalla procedura di vendita della proposta d'acquisto del complesso aziendale di ***** S.p.A. formulata da ***** S.r.l. in data 14 febbraio 2005 come successivamente integrata e precisata in data 28 febbraio 2005;

delle valutazioni, sconosciute al momento della proposizione del ricorso, in merito allo svolgimento e agli esiti della procedura di vendita espresse dai Commissari straordinari unitamente all'istanza rivolta al Ministero delle Attività Produttive in data 4 marzo 2005;

del parere, sconosciuto al momento della proposizione del ricorso, reso dal Comitato di sorveglianza in data 4 marzo 2005;

del bando per la presentazione di manifestazioni di interesse per l'acquisto dell'azienda e del regolamento della procedura di vendita, ove ne venisse accolta l'interpretazione data dal Ministero delle Attività Produttive con gli atti impugnati in via principale;

di ogni altro atto o comportamento preordinato, consequenziale o comunque connesso, con specifico ma non esclusivo riferimento: ai verbali ed alle operazioni della procedura di vendita; agli eventuali provvedimenti adottati per la cessione del complesso aziendale di ***** S.p.A.; al contratto di compravendita e agli eventuali ulteriori contratti finalizzati alla predetta cessione ove già stipulati; all'eventuale decreto ministeriale avente ad oggetto la ricognizione e l'approvazione degli atti della procedura di vendita e dei conseguenti provvedimenti e contratti;

per l'accertamento e la dichiarazione

del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto ai sensi e per gli effetti degli artt. 33 e segg. D.Lgs. 80/98, nella forma specifica della riammissione alla procedura di vendita e dell'aggiudicazione all'offerta della ricorrente della vendita del complesso aziendale di ***** S.p.A., ed in subordine per equivalente, mediante pagamento di una somma corrispondente al danno subito, da liquidarsi in corso di causa unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria;

per la condanna

dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno nelle forme anzidette.

Visto il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e delle controinteressate;

Visto il ricorso incidentale proposto da ***** S.p.A. e ***** S.p.A.;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito alla pubblica udienza del 12 maggio 2005 il relatore Referendario Pierpaolo Grauso, ed uditi altresì gli Avv.ti Proff. Ferrari e Cafari Panico per la ricorrente, l'Avvocato dello Stato E. de Napoli per il Ministero delle Attività Produttive, gli Avv.ti Proff. Carbone, Cataldo e Alberti per la ***** S.p.A. e l'Avv. Prof. Quaglia per ***** S.p.A. e ***** S.p.A..

ESPOSIZIONE DEL FATTO

Con ricorso notificato il 6 aprile 2005 e depositato il successivo 13 aprile, la ***** S.r.l. (di seguito, ***** S.r.l.) esponeva quanto segue.

Con decreto del Tribunale di Savona in data 14 aprile 2004, la grande impresa in crisi ***** S.p.A. era stata ammessa alla procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria, di cui al D.Lgs. 270/99: il programma dell'amministrazione, approvato con D.M. 6 luglio 2004, prevedeva la cessione a terzi dell'intero complesso aziendale di proprietà della ***** S.p.A. ed, allo scopo di individuare i migliori acquirenti sul mercato, i Commissari straordinari avevano indetto - mediante bando pubblicato su organi di stampa a diffusione nazionale ed internazionale - una procedura di vendita, da svolgersi attraverso una fase preliminare di sollecitazione a far pervenire manifestazioni d'interesse all'acquisto, cui sarebbe seguita la scelta dei soggetti autori delle manifestazioni d'interesse ritenute idonee ed, infine, l'invito ai soggetti così

selezionati a formulare offerte vincolanti, in conformità con il regolamento della procedura. Detto regolamento richiedeva, fra l'altro, che le offerte vincolanti fossero accompagnate da fideiussione irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da primario istituto bancario a favore della ***** a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte, con particolare riguardo al pagamento delle penali previste per la violazione dell'obbligo di proseguire per almeno due anni le attività produttive e commerciali di ***** S.p.A., con il mantenimento dei relativi livelli occupazionali, nonché dell'obbligo di stipulare il contratto d'acquisto entro la data fissata dai Commissari.

Alla procedura avevano partecipato quattro concorrenti, fra cui ***** S.r.l., la quale aveva fatto comunicato la propria offerta vincolante d'acquisto entro la data del 14 febbraio 2005, ai sensi del citato regolamento. L'offerta di ***** prevedeva per l'acquisto del ramo d'azienda un prezzo pari ad euro 1,00, e per il magazzino il prezzo necessario e funzionale al fine di consentire la realizzazione delle attività indicate nel piano industriale, da individuarsi di comune accordo con i Commissari, e dava atto che insieme all'azienda sarebbero stati trasferiti cinquecento lavoratori; ***** si impegnava, inoltre, ad effettuare investimenti per un minimo di venti milioni di euro, ed a fornire idonea fideiussione a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte. Stante la difficoltà di stipulare una fideiussione parametrata al prezzo offerto per l'acquisto (euro 1,00), con nota del 17 febbraio 2005 la ricorrente si era peraltro dichiarata disposta a discutere con i Commissari circa le modalità di presentazione della garanzia e del relativo ammontare.

Con nota del 22 febbraio 2005, i Commissari avevano formulato nei confronti dell'offerta di ***** alcune osservazioni, con particolare riguardo all'entità del prezzo offerto, alle modalità d'acquisto del magazzino, alla presentazione della fideiussione bancaria ed alle condizioni relative all'accettazione dei rischi ambientali, ed in risposta a tali osservazioni ***** S.r.l. aveva fornito i propri chiarimenti con nota del 1 marzo 2005: segnatamente, la ricorrente aveva evidenziato il cospicuo ammontare delle risorse destinate ai futuri investimenti, pari a oltre trenta milioni di euro, e si era impegnata ad occupare - nei due anni successivi all'acquisizione dell'azienda - almeno seicentocinquanta lavoratori, oltre a chiarire ogni dubbio in merito all'acquisto del magazzino ed a dichiararsi disponibile a presentare una fideiussione di due milioni di euro, commisurata all'ammontare degli investimenti aggiuntivi previsti.

Successivamente, ad ulteriore chiarimento della propria offerta, con nota del 4 marzo 2005 la ricorrente si era impegnata a versare per l'acquisto di ***** S.p.A. il prezzo di cinque milioni di euro e, con altra nota dell'8 marzo 2005, aveva trasmesso ai Commissari straordinari nuove delucidazioni in ordine al piano industriale predisposto. In relazione al prezzo offerto per l'acquisto, ***** si era immediatamente attivata per ottenere il rilascio di una garanzia fideiussoria di cinquecentomila euro, ed a tal fine il 14 marzo 2005 aveva comunicato ai Commissari l'avvenuto trasferimento dell'importo corrispondente dalla banca indiana *** alla italiana *****, affinché quest'ultima potesse provvedere ad emettere la fideiussione; la garanzia era stata infine emessa il 16 marzo 2005 dalla ***** S.p.A., e trasmessa in originale presso lo studio notarile depositario degli atti della procedura di vendita.

Frattanto, il 4 marzo 2005, i Commissari avevano rivolto al Ministero delle Attività Produttive un'istanza di autorizzazione alla comparazione dell'offerta presentata congiuntamente dalle controinteressate ***** S.p.A. e ***** S.p.A. con quella presentata da *****; nella medesima istanza - in maniera definita dalla ricorrente illogica e contraddittoria - i Commissari avevano alternativamente richiesto di essere autorizzati ad accettare la proposta presentata dalle controinteressate. Il Ministero, con l'impugnato decreto del 15 marzo 2005, da un lato si era limitato a rilevare che l'offerta di ***** , mancando della prescritta fideiussione, non poteva

neppure essere presa in considerazione, dall'altro aveva ritenuto di poter addivenire all'accettazione della proposta d'acquisto formulata dalle controinteressate in data 14 febbraio 2005 e precisata con nota del 28 febbraio successivo.

Tanto premesso in fatto, e ritenuta sussistente la giurisdizione dell'adito tribunale amministrativo, la società ricorrente affidava le proprie doglianze in diritto ad un unico, complesso, motivo, con cui deduceva: violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della legge 241/90, del D.Lgs. 270/99 e successive modifiche; violazione e falsa applicazione del regolamento della procedura di vendita; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, per manifesta irragionevolezza, illogicità, incoerenza, contraddittorietà, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione dei principi generali del favor participationis e di proporzionalità in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Ad avviso della ***** S.r.l., la decisione ministeriale di escludere dalla procedura di vendita l'offerta per un vizio di natura meramente formale, e peraltro insussistente (atteso che la fideiussione era stata regolarmente prestata), doveva considerarsi affetta dai vizi sopra elencati, innanzitutto alla luce della stessa intenzione del legislatore di non sottoporre a regole rigide le procedure di vendita in sede di amministrazione straordinaria, e questo in funzione sia della molteplicità dei soggetti coinvolti (Commissari straordinari, Ministero, parti sociali), sia degli obiettivi della procedura (conservazione dei posti di lavoro e risanamento delle aziende ed attività imprenditoriali in crisi); da cui l'irrilevanza della non immediata presentazione della garanzia, in ordine alla quale ***** si era peraltro sempre dichiarata disponibile a discutere con i Commissari le modalità ed i tempi. Tale irrilevanza, d'altro lato, sarebbe stata comprovata dall'atteggiamento dei Commissari, i quali nonostante l'assenza di fideiussione avevano espressamente richiesto al Ministero di poter valutare l'offerta della ***** comparativamente con quella delle controinteressate.

Il mancato esame nel merito dell'offerta avanzata dalla ricorrente avrebbe ulteriormente evidenziato l'illegittimità degli atti impugnati, con particolare riferimento alle dedotte carenze motivazionali ed istruttorie, giacché l'esclusione di ***** aveva finito per privilegiare l'offerta delle controinteressate che, oltre a non specificare l'entità degli investimenti ed a prevedere un piano di sviluppo moderato, e caratterizzato anche dalla chiusura e/o riduzione di unità produttive, garantiva l'assunzione di un numero inferiore di lavoratori, a condizioni da stabilire d'intesa con le organizzazioni sindacali. Inoltre, l'offerta prescelta sarebbe stata anch'essa priva dei requisiti formali richiesti dal regolamento di vendita, in quanto non avrebbe specificato il prezzo d'acquisto del magazzino, e sarebbe stata comunque condizionata al fatto che le controllate e consociate di ***** godessero di un patrimonio netto positivo, ed al fatto che le proprietà non industriali estranee alla procedura venissero cedute in blocco entro diciotto/ventiquattro mesi dalla cessione del compendio aziendale.

Sulla scorta delle considerazioni esposte, la ***** S.r.l. concludeva per l'accoglimento del ricorso, previa sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, onde assicurare nelle more del giudizio la soddisfazione in forma specifica del proprio interesse a veder valutata ed accettata la propria offerta d'acquisto.

Con memoria depositata il 14 aprile 2005, si costituivano in giudizio le controinteressate ***** S.p.A. e ***** S.p.A., le quali concludevano perché l'impugnazione, previa reiezione dell'istanza cautelare, fosse dichiarata inammissibile, irricevibile, e comunque infondata nel merito.

Con controricorso del 15 aprile 2005 e memoria del 19 aprile 2005, entrambi depositati in segreteria il 22 aprile 2005, si costituiva altresì la ***** S.p.A. in amministrazione straordinaria, la quale, eccedute preliminarmente l'inammissibilità, irricevibilità ed improcedibilità del ricorso, contestava nel merito la fondatezza delle doglianze sollevate dalla ricorrente, all'uopo richiamando i pareri espressi in seno al procedimento di vendita dal Comitato di sorveglianza e dal legale della procedura circa la non conformità dell'offerta di ***** S.r.l. alle condizioni previste dal regolamento di vendita, la mancanza della fideiussione costituendo ad avviso della ***** S.p.A. solo una delle molteplici carenze dell'offerta in questione, nonostante le sollecitazioni dei Commissari affinché la proposta d'acquisto venisse regolarizzata in conformità alle prescrizioni del regolamento.

Con memoria depositata il 27 aprile 2005, si costituiva infine il Ministero delle Attività Produttive, che concludeva per la reiezione dell'istanza di sospensiva e per il rigetto del ricorso.

All'udienza camerale del 28 aprile 2005, preceduta dal deposito di memorie difensive e documenti, la difesa della ricorrente - presa visione delle produzioni documentali delle controparti - preannunciava l'intenzione di proporre ricorso per motivi aggiunti, così come la difesa delle controinteressate ***** e ***** quella di spiegare ricorso incidentale. Sull'accordo delle parti, e previa rinuncia a tutti i termini a difesa, il procedimento veniva rinviato all'udienza del 12 maggio 2005 per la discussione nel merito.

Nelle more dell'udienza di discussione, con ricorso incidentale notificato il 3 maggio e depositato il successivo 6 maggio 2005, ***** e ***** - ipotizzando che l'autorizzazione ministeriale del 15 marzo 2005, già impugnata in via principale, fosse interpretata come non contenente la preventiva esclusione dell'offerta di ***** S.r.l. - deducevano l'illegittimità dell'autorizzazione predetta in ordine a tre violazioni del regolamento della procedura di vendita, così individuate: 1) violazione del punto 2.2, per mancanza della fideiussione richiesta a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte con l'offerta vincolante; 2) violazione dei punti 2.4.8 e 2.6, per incongruità del prezzo offerto dalla *****; 3) violazione del punto 2.4.2.3, per le riserve presenti nell'offerta di *****. In considerazione della natura pregiudiziale dell'impugnazione così proposta, le ricorrenti incidentali concludevano dunque affinché il ricorso principale fosse respinto in quanto inammissibile, irricevibile e comunque infondato.

Quindi, con atto notificato il 5 maggio e depositato l'11 maggio 2005, la ***** S.r.l. a sua volta impugnava mediante proposizione di motivi aggiunti gli ulteriori atti relativi alla procedura di vendita del complesso aziendale *****; ed in particolare: l'istanza di autorizzazione alla vendita, trasmessa dai Commissari straordinari al Ministero delle Attività Produttive il 4 marzo 2005; il verbale della riunione 4 marzo 2005 del Comitato di sorveglianza della ***** in amministrazione straordinaria, ed il parere ivi espresso; il parere reso dal Prof. Sergio Maria Carbone ai Commissari straordinari; la nota 22 febbraio 2005 inviata dai Commissari straordinari al ***** e *****. La ricorrente, ripercorsi i fatti di causa, proponeva nei confronti degli atti dianzi indicati le medesime doglianze in diritto già proposte con il ricorso introduttivo del giudizio, e concludeva per l'accoglimento tanto dell'impugnazione principale, quanto di quella incidentale, previa sospensione degli atti impugnati.

All'udienza del 12 maggio 2005, raccolta la rinuncia della ricorrente alle istanze incidentali di sospensione cautelare, la causa veniva discussa oralmente e trattenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via pregiudiziale, deve essere affermata la giurisdizione del giudice adito.

L'art. 65 del D.Lgs. 270/99, recante la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, stabilisce che contro gli atti e i provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, relativi alla liquidazione dei beni di imprese in amministrazione straordinaria, è ammesso ricorso al tribunale ordinario nei confronti del Commissario straordinario e degli altri eventuali soggetti interessati: alla luce di tale disposizione - la quale non fa altro che ribadire il tradizionale criterio di riparto fondato sulla natura e consistenza della posizione giuridica fatta valere in giudizio - non può dubitarsi che appartenga alla cognizione del giudice amministrativo l'impugnazione della serie procedimentale culminata con l'autorizzazione ministeriale alla vendita dei beni dell'impresa insolvente, le posizioni soggettive ivi coinvolte non potendo essere qualificate che in termini di interesse legittimo.

Ciò posto, occorre ancora preliminarmente stabilire se, nell'ordine logico delle questioni da affrontare, debba o meno darsi la precedenza a quelle sollevate dalle controinteressate ***** e ***** con il ricorso incidentale. È noto, infatti, che in linea generale il ricorso incidentale deve essere esaminato dopo quello principale, e solo in caso di riconosciuta (astratta) fondatezza di quest'ultimo, poiché esso, di regola, opera come una eccezione processuale in senso tecnico; tuttavia, come evidenziato dalle stesse controinteressate, la giurisprudenza - anche di questo tribunale - ha ormai individuato diverse fattispecie in cui l'esame del ricorso incidentale deve precedere la valutazione del ricorso principale, con particolare riferimento alle ipotesi di impugnazione incidentale che, ponendo in discussione l'interesse a ricorrere del ricorrente principale, tenda a paralizzare la domanda avversaria sul piano pregiudiziale della mancanza di una condizione dell'azione.

La pregiudizialità del ricorso incidentale è stata affermata, ad esempio, nel caso di impugnazione principale proposta dal partecipante non vincitore di un concorso contro la graduatoria della selezione, e di ricorso incidentale concernente la stessa legittimità della partecipazione del ricorrente al concorso; ovvero di ricorso principale avverso l'aggiudicazione di una gara in favore del controinteressato, il quale faccia valere una causa di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale: è evidente che, in ipotesi siffatte, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe in radice la possibilità, per il ricorrente, di veder valutata comparativamente la propria partecipazione alla procedura selettiva, legittimandosi la declaratoria in rito di improcedibilità del ricorso per carenza d'interesse (cfr., fra le molte, le perspicue motivazioni di Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, e C.G.A.R.S. 15 maggio 2002, n. 205).

Nella fattispecie in esame, il ricorso principale ha per oggetto innanzitutto il provvedimento del 15 marzo 2005, con cui il Ministero delle Attività Produttive, per quanto rileva in questa sede, ha da un lato ritenuto che l'offerta presentata da ***** S.r.l. non presentasse i requisiti formali - segnatamente, la prestazione di idonea fideiussione - per essere presa in considerazione; dall'altro, ha autorizzato i Commissari straordinari di ***** a cedere alle odierne controinteressate i beni dell'impresa in amministrazione straordinaria. Sulla duplice valenza provvedimentale dell'atto impugnato sono atteggiate le doglianze proposte dalla società ricorrente, che si rivolgono contemporaneamente avverso l'accettazione dell'offerta concorrente (e la conseguente autorizzazione all'acquisto), ed avverso l'"esclusione" di ***** dalla gara, così venendo interpretato dalla ricorrente il mancato esame della sua offerta nel merito.

Il ricorso incidentale proposto da ***** e ***** è rivolto nei confronti del medesimo provvedimento impugnato in via principale, "nella parte in cui - e per l'ipotesi in cui tale atto

dovesse essere così interpretato - è ivi stato omissivo di disporre la preventiva esclusione dell'offerta vincolante presentata dalla ***** S.r.l. per assenza dei requisiti essenziali prescritti dal regolamento della procedura" (sic); l'impugnazione delle controinteressate attiene, peraltro, non solo alla circostanza che il difetto di fideiussione avrebbe dovuto condurre ad un'esplicita pronuncia di esclusione della ricorrente principale, ma anche alla presenza di vizi dell'offerta ***** ulteriori e diversi rispetto a quello accertato dall'amministrazione resistente, e tali da precludere anch'essi l'ammissione dell'offerta alla comparazione con quelle concorrenti.

In definitiva - rileva il Collegio - il gravame incidentale si presenta ad un tempo condizionato all'interpretazione dell'atto impugnato, laddove ipotizza che quest'ultimo non contenga l'esclusione della *****; e non condizionato laddove, facendo valere motivi di esclusione non rilevati dall'amministrazione, riposa sul presupposto logico che un'esclusione vi sia stata. Ai fini della decisione, non può dunque prescindersi da una puntuale disamina del provvedimento impugnato che, come già osservato, esprime l'intento del Ministero di "non prendere in considerazione" l'offerta presentata da ***** S.r.l. a causa di un vizio formale, consistente nell'assenza della fideiussione richiesta dal regolamento di vendita.

Il contenuto espresso dell'atto - tenuto conto delle dichiarate finalità selettive della procedura - è sufficiente per rendere la "mancata considerazione" univocamente sintomatica della volontà di escludere in modo definitivo l'offerta di ***** dalla comparazione, non potendosi addivenire ad altre conclusioni in presenza di una contestuale opzione favorevole nei confronti dell'offerta presentata da altri partecipanti alla selezione. In altri termini, pur in assenza di locuzioni esplicite, al provvedimento in questione non può attribuirsi in parte qua altro significato, se non il solo - di esclusione dalla comparazione - conciliabile con la scelta definitiva di acquirenti diversi dalla ricorrente (del resto, costituisce principio generale quello dell'ammissibilità di atti impliciti, ove consti un'effettiva e chiara volontà dell'amministrazione di adottare il provvedimento inespresso, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5758); il carattere preventivo di tale implicita esclusione deriva poi dalla decisione di non scendere neppure nel merito dell'offerta presentata da ***** , arrestando l'esame alla ritenuta carenza di un requisito formale.

Una volta appurato che il decreto ministeriale del 15 marzo 2005 ha contenuto ed effetti (anche) di esclusione preventiva, benché inespressa, nei confronti di ***** S.r.l., deve necessariamente concludersi per l'assorbimento del ricorso incidentale, relativamente alla parte condizionata ad una differente interpretazione dell'atto impugnato. Per il resto, il ricorso incidentale si risolve nel far valere avverso il medesimo atto, già gravato in via principale, ragioni di illegittimità diverse da quelle fatte valere dalla società ricorrente (le cui censure, come detto, sono rivolte contro l'esclusione, prima che contro l'autorizzazione alla vendita in favore delle controinteressate): non rivestendo carattere pregiudiziale o preliminare, le doglianze articolate dalle ricorrenti incidentali sono tuttavia insuscettibili di determinare la richiesta inversione nell'ordine logico delle questioni.

Venendo pertanto all'esame dei motivi dedotti con l'impugnazione principale, la ***** S.r.l. sostiene che la regolarità della sua offerta troverebbe riscontro, in prima battuta, nell'operato dei Commissari straordinari di ***** , i quali, in sede di relazione sulla procedura di vendita indirizzata al Ministero in data 4 marzo 2005, avrebbero fatto istanza di essere autorizzati a porre in comparazione le offerte presentate rispettivamente da ***** e ***** e da ***** , anche se poi avrebbero contraddittoriamente ed illogicamente chiesto di essere autorizzati ad accettare l'offerta proveniente dalle controinteressate, senza previo confronto con altre offerte.

La ricorrente afferma, quindi, in ordine alla decisione conclusiva dell'amministrazione di escludere l'offerta di ***** per un insussistente vizio formale, che un vizio di tale genere non avrebbe mai potuto comportare l'esclusione dalla procedura, non essendo previsto alcun termine decadenziale né nel regolamento di gara, né nelle successive comunicazioni inviate dai Commissari ai concorrenti, e questo coerentemente con la flessibilità ed atipicità della procedura per la vendita dei beni dell'impresa in crisi come disciplinata dal D.Lgs. 270/99. L'illegittimità del provvedimento impugnato emergerebbe altresì dal confronto tra l'offerta di ***** e quella delle controinteressate, non avendo l'amministrazione resistente considerato che la prima prevedeva un prezzo d'acquisto pari a cinque milioni di euro, l'effettuazione di investimenti pari a oltre trenta milioni di euro, l'assunzione di cinquecentocinquanta dipendenti della ***** fin dal momento dell'acquisto, seguita dall'assunzione di ulteriori cento dipendenti nel corso del primo biennio successivo, ed il rilancio di tutte le unità produttive; mentre la seconda, oltre a non specificare l'entità degli investimenti ed a prevedere anche la chiusura di unità operative, proponeva l'assunzione di soli quattrocentocinquanta lavoratori a condizioni da concordare, oltre ad essere sfornita di alcuni dei requisiti formali richiesti dal regolamento di vendita (mancando dell'indicazione del prezzo per l'acquisto del magazzino, e prevedendo comunque un acquisto del compendio sottoposto a condizione).

Quanto alla asserita contraddittorietà della condotta dei Commissari straordinari di ***** , osserva il Tribunale come la relazione del 4 marzo 2005 contenga in effetti un'analitica disamina di affidabilità dell'offerta presentata da ***** e ***** , il che si giustifica con il rilievo che si trattava dell'unica offerta in linea con il valore del compendio aziendale, stimato in dieci milioni di euro; analoghe valutazioni non risultano invece svolte circa l'offerta di ***** , neppure sotto il profilo della regolarità formale, pur essendo evidenziata, come dato di fatto, la mancanza della fideiussione. La relazione si conclude poi rimettendo all'organo competente il compito di dirimere l'alternativa (verosimilmente sorta a seguito dei rilievi del legale della procedura e del Comitato di sorveglianza) fra l'accettazione dell'offerta più favorevole fra quelle pervenute entro la data del 14 febbraio 2005, vale a dire entro il termine originariamente stabilito per la presentazione delle offerte vincolanti (l'offerta *****/*****), e l'apertura di una nuova procedura riservata ai soli soggetti (in concreto, la ricorrente e le controinteressate) che avessero provveduto a migliorare le proprie offerte a seguito degli inviti loro rivolti dai Commissari dopo la scadenza dell'originario termine di presentazione.

Delle due opzioni sottoposte al Ministero, se la prima postula una delibazione favorevole dell'offerta *****/***** , la seconda - legittimando la possibilità di un'ulteriore integrazione delle due offerte rimaste in gioco (attraverso il meccanismo della negoziazione in esclusiva, si veda la pagina 10 della relazione commissariale) - si pone a monte di qualsiasi valutazione "attuale" di regolarità delle offerte, e non può certo essere invocata come preventiva manifestazione di convincimento circa la correttezza e idoneità delle offerte stesse, ancora suscettibili di perfezionamento. In ogni caso, quand'anche volesse aderirsi alla tesi della ricorrente, la ipotizzata valutazione endoprocedimentale di regolarità dell'offerta rimarrebbe assorbita e superata dalla determinazione finale di escludere l'offerta della ricorrente, il che diminuisce sensibilmente la complessiva rilevanza della questione sollevata.

Passando alle ragioni dell'esclusione, onde sgombrare il campo da equivoci si rileva in primo luogo come l'impugnato decreto ministeriale non contenga, in motivazione, altro riferimento se non quello concernente il difetto della fideiussione, dal complessivo tenore dell'atto non ricavandosi alcun valido riferimento ad ulteriori possibili ragioni di esclusione. In particolare, non può affermarsi - contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della ***** S.p.A. - che il Ministero avrebbe fatto proprie ob relationem le considerazioni espresse nei pareri del

Comitato di sorveglianza e del legale della procedura, laddove questi evidenziavano lacune e manchevolezze dell'offerta presentata da *****: basti osservare che il provvedimento impugnato, oltre a "prendere atto" di detti pareri, mostra di condividerne espressamente le valutazioni "circa il procedimento di vendita svolto", il che non equivale certo ad un rinvio integrale a tutte le considerazioni ivi espresse circa la regolarità e congruità delle diverse offerte, ed anzi lo esclude, giacché in tale evenienza l'esplicitata limitazione del richiamo (al procedimento di vendita) non avrebbe alcun significato.

Il Collegio rileva peraltro che la mancanza della fideiussione costituisce di per sé legittimo motivo di esclusione della ricorrente dalla procedura di vendita.

Dalla documentazione prodotta risulta che, mentre l'offerta presentata dalla ***** S.r.l. il 14 febbraio 2005 mancava della prescritta fideiussione, con nota del 17 febbraio 2005 (successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte) la ricorrente si dichiarava disponibile a discutere la presentazione di una fideiussione bancaria ed il relativo ammontare a supporto degli impegni futuri assunti con l'offerta vincolante. Con nota del 22 febbraio 2005, i Commissari straordinari di ***** facevano rilevare alla ***** S.r.l., fra l'altro, come l'offerta non fosse corredata di fideiussione. Successivamente, con nota del 1 marzo 2005, ***** si dichiarava ancora una volta disponibile a prestare una fideiussione di due milioni di euro, pari al 10% degli investimenti programmati per il primo biennio di gestione aziendale.

La fideiussione veniva infine prestata per un ammontare di cinquecentomila euro in data 16 marzo 2005, cioè il giorno successivo alla pronuncia del decreto ministeriale oggetto dell'impugnazione.

Posta tale premessa fattuale, la soluzione della controversia dipende dall'interpretazione della clausola 2.2.3 del più volte citato regolamento di vendita, secondo cui le offerte irrevocabili presentate dai soggetti interessati all'acquisto del complesso aziendale di ***** dovevano essere accompagnate da fideiussione, irrevocabile ed a prima richiesta, a garanzia dell'adempimento da parte dell'offerente delle obbligazioni assunte, con particolare riguardo al pagamento delle penali previste dal regolamento medesimo.

In prima approssimazione, pur apparendo condivisibili le affermazioni della ricorrente circa la (necessaria) flessibilità cui deve essere improntata la vendita dei beni delle imprese in crisi, per come disciplinata dal D.Lgs. 270/99, si osserva tuttavia che, ove si prescelga un modello latamente ispirato alle regole della gara ad evidenza pubblica, la stessa opzione procedurale impone poi l'osservanza quantomeno dei fondamentali principi di trasparenza e par condicio fra i concorrenti, cui la P.A. deve ritenersi autovincolata: diversamente opinando, l'utilità stessa della gara verrebbe meno in radice, con ogni conseguenza in termini di buon andamento e imparzialità dell'operato dell'amministrazione (sull'analogo tema delle gare informali, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 356; sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1881; sez. V, n. 2079/00).

Nel caso in esame, la procedura seguita dai Commissari straordinari, sulla scorta del programma autorizzato dal Ministero, può considerarsi informata al bilanciamento dei richiamati principi di flessibilità ed imparzialità, con particolare riferimento alla mancata previsione, nel regolamento di vendita, di clausole espresse di esclusione, nonché agli inviti rivolti ai partecipanti a fornire integrazioni e chiarimenti in ordine alle offerte, pur dopo la scadenza del termine di presentazione delle stesse. Si è visto come la società ricorrente, a seguito delle sollecitazioni dei Commissari, abbia modificato la propria proposta fino ad offrire un prezzo d'acquisto di cinque milioni di euro, come da comunicazione del 4 marzo 2005. Neppure in tale occasione, tuttavia, l'offerta risultava accompagnata dalla fideiussione, costituita soltanto il successivo 16

marzo, di talché, smentito in fatto l'assunto secondo cui l'offerta sarebbe stata integrata "immediatamente" con la fideiussione, è da verificare la rilevanza della prestazione non contestuale e tardiva della garanzia, tenuto conto delle peculiari caratteristiche della procedura di vendita.

Al contrario di quanto sostenuto dalla società ricorrente, all'obbligo di prestazione della fideiussione non può assegnarsi - nell'economia della cessione del complesso aziendale ***** - un rilievo meramente formale, e questo per due ordini di ragioni: sotto il profilo dell'interpretazione letterale del regolamento, non deve trarre in inganno la collocazione della clausola all'interno di un punto intitolato "formalità delle offerte vincolanti", ove si consideri che fra queste "formalità", oltre alla fideiussione, sono contemplate la sottoscrizione del legale rappresentante e la dichiarazione di irrevocabilità dell'offerta, elementi ambedue muniti di palese rilevanza sostanziale in ordine alla rappresentanza dell'offerente ed alla vincolatività dell'offerta. Sotto il profilo dell'interpretazione teleologica, la prestazione della garanzia costituisce poi l'unico strumento per assicurare alla Procedura l'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dell'art. 63 co. 3 D.Lgs. 270 cit., che, nella scelta dell'acquirente, impone di tenere conto dell'affidabilità degli offerenti (a maggior ragione in relazione ad un'offerta come quella di ***** , caratterizzata almeno all'inizio dalla previsione di un prezzo d'acquisto simbolico a fronte dell'impegno a destinare risorse allo sviluppo dell'attività aziendale).

La prestazione della garanzia fideiussoria risponde, in definitiva, ad un chiaro e preciso interesse dell'amministrazione procedente, oltretutto consacrato in una norma di legge, con la conseguenza che la violazione della relativa clausola - benché non sanzionata espressamente - determina e giustifica l'esclusione del soggetto inadempiente, alla stregua dei criteri ermeneutici sopra richiamati non potendosi pervenire ad una diversa lettura delle regole della procedura. D'altro canto, la garanzia di affidabilità dell'offerta vale non solo in vista della scelta finale del contraente, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e correttezza della procedura (il richiamo è alla pacifica giurisprudenza in tema di cauzione negli appalti, fra le tante, cfr. Cons. Stato. Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843).

In presenza di un così chiaro interesse dell'amministrazione al rispetto della clausola, l'esclusione si presenta altresì funzionale all'esigenza di garantire la tutela della par condicio tra i concorrenti, a fronte della quale il diverso principio della massima partecipazione, invocato dalla ricorrente, va senz'altro considerato recessivo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3870; sez. V, 1 luglio 2002, n. 3590).

Stabilita l'essenzialità della clausola regolamentare avente ad oggetto la prestazione della fideiussione, deve essere per inciso respinta la tesi - in verità solo accennata dalla ricorrente - relativa alla difficoltà tecnica ed inutilità di prestare una fideiussione assolutamente irrisoria perché commisurata al prezzo originariamente offerto (pari ad un euro), essendo la fideiussione posta dal regolamento a garanzia, lo si ripete, non del prezzo, ma delle obbligazioni assunte con l'offerta; ciò che avrebbe dovuto indurre la ***** a prestare fin dall'inizio una fideiussione parametrata almeno all'entità delle risorse future offerte in luogo di un corrispettivo immediato, apparendo chiaro - nella prospettazione della ricorrente - che ai fini della valutazione di convenienza delle proposte d'acquisto l'amministrazione avrebbe dovuto porre il prezzo offerto sul medesimo piano dell'impegno ad effettuare investimenti.

Come già osservato, le difese della ricorrente insistono peraltro nel sostenere che il rilevato vizio della mancanza di fideiussione sarebbe in realtà insussistente, avendo la ***** S.r.l. prestato idonea garanzia in data 16 marzo 2005. Rimane dunque da verificare se, e quale,

rilevanza possa attribuirsi a tale garanzia, costituita in data posteriore alla emanazione del decreto di autorizzazione alla vendita del complesso ***** in favore delle controinteressate.

Le medesime considerazioni già svolte in merito alla essenzialità della fideiussione conducono a negare la possibilità di integrazioni documentali (trattandosi di elementi essenziali dell'offerta, non può parlarsi di mera regolarizzazione in senso tecnico) successive alla scadenza del termine di sette giorni ricavabile dalla comunicazione del 22 febbraio 2005, con cui i Commissari straordinari di ***** avevano indicato ai partecipanti alla "gara" gli aspetti non chiari e le mancanze delle rispettive offerte, allo scopo - non esplicitato, ma reso evidente dalla natura informale e dagli obiettivi finali della procedura - di sollecitare chiarimenti ed eventuali integrazioni. Riconoscere tale possibilità si risolverebbe, infatti, in una palese violazione dell'indefettibile principio della parità di trattamento fra i concorrenti, che risulterebbe irrimediabilmente compromesso da un'indiscriminata riapertura dei termini del procedimento.

Né può sostenersi, come fa la ricorrente, che l'integrazione dell'offerta sarebbe stata consentita proprio dalla natura non perentoria dei termini in questione, in correlazione con il principio del favor participationis. Tale impostazione trascura che la fideiussione prestata da ***** a corredo della propria offerta è tardiva non solo rispetto a tutti i termini interni alla procedura di vendita ma, soprattutto, è successiva al provvedimento finale; ed ha quale irragionevole conseguenza che l'amministrazione, pur dopo aver provveduto, avrebbe ancora dovuto tenere conto di tutte le eventuali integrazioni sopravvenute dall'uno o dall'altro offerente, ed ogni volta rinnovare il provvedimento, in modo da non incorrere in violazioni della par condicio e del favor participationis, senza che sia dato stabilire in quale momento la serie procedimentale avrebbe potuto e dovuto legittimamente arrestarsi.

È allora evidente che il momento, oltre il quale nessuna integrazione delle offerte poteva più considerarsi consentita, va individuato nella scadenza del termine di sette giorni di cui alla citata nota commissariale del 22 febbraio 2005, e comunque non oltre il provvedimento conclusivo di autorizzazione alla vendita, in tal modo realizzandosi l'unico plausibile e ragionevole contemperamento dei contrapposti interessi e principi: flessibilità e massima partecipazione, ampiamente soddisfatti mediante la previsione di termini procedurali non perentori e l'invito ai concorrenti a fornire chiarimenti ed integrazioni delle offerte; buon andamento e imparzialità, in specie di regolarità e serietà della procedura e di parità di trattamento dei concorrenti, a loro volta soddisfatti - per quanto qui rileva - dalla previsione di scansioni procedurali preventivamente definite, o definibili attraverso modalità rese adeguatamente note a tutti i concorrenti.

Per effetto di tutto quanto precede, l'impugnazione avverso l'esclusione della ***** S.r.l. dalla procedura per la vendita del complesso aziendale ***** S.p.A. in amministrazione straordinaria deve essere respinta, essendo stata accertata l'inesistenza dei vizi denunciati dalla società ricorrente. Stante il carattere preliminare della pronuncia in ordine alla legittimità dell'esclusione della ricorrente, le ulteriori doglianze e censure sollevate con l'impugnazione principale, con l'impugnazione incidentale e con il ricorso per motivi aggiunti debbono ritenersi assorbite.

Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, seconda sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso, lo respinge.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in euro 5.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, in favore dell'amministrazione resistente; in euro 5.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, in favore della ***** S.p.A. in amministrazione straordinaria; ed in euro 5.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, in favore delle controinteressate ***** S.p.A. e ***** S.p.A..

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Genova, nella camera di consiglio del 12 maggio 2005

Mario AROSIO Presidente

Pierpaolo GRAUSO Referendario, estensore.

Depositato in Segreteria il 25 MAG. 2005

Il Direttore di Segreteria

(Dott.ssa C. Savino)

N. 402/05 R.G.R.