

N. 05497/2011REG.PROV.COLL.
N. 10256/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10256 del 2010, proposto da:
Provincia di Salerno, rappresentata e difesa dagli avvocati Ugo Cornetta e Marina Tosini, con domicilio eletto presso l'avv. Gerardo Romano Cesareo in Roma, viale Giulio Cesare 14;

contro

Monte dei Paschi di Siena S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso l'avv. Santina Murano in Roma, via Pelagio I, 10;

Banca della Campania S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Sorice, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Mazzitelli in Roma, via Eudo Giulioli, 47/B/18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 11285/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO PER IL QUADRIENNIO 2009/2012 DEL SERVIZIO DI TESORERIA DELLA PROVINCIA DI SALERNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Monte dei Paschi di Siena S.p.A. e di Banca della Campania S.p.A.;

Visto l'appello incidentale di Monte dei Paschi di Siena;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011 il Cons. Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Ferrara, su delega dell' avv. Tosini, Di Lieto e Sorice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Provincia di Salerno indiceva una licitazione privata per l'affidamento del servizio di tesoreria per il quadriennio 2009 – 2012 da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara si svolgeva il 12 dicembre 2008.

Partecipavano quattro istituti di credito.

All'esito della gara risultava prima in graduatoria la Banca della Campania, alla quale veniva aggiudicato il servizio con delibera di giunta provinciale n. 36 del 26 gennaio 2009.

Monte dei Paschi di Siena s.p.a., collocatasi al secondo posto in graduatoria proponeva ricorso al TAR Campania, sezione di Salerno, con il quale chiedeva l'annullamento degli atti di aggiudica della gara, deducendo i seguenti motivi:

violazione dell'art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006, in quanto la Banca della Campania avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non avendo effettuato la dichiarazione di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili;

violazione dell'art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005 e della

deliberazione del 24 gennaio 2008 dell'Autorità di Vigilanza sugli appalti pubblici, in quanto la Banca Campania avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché non avrebbe effettuato il versamento prescritto per la partecipazione alle procedure concorsuali;

incompetenza della giunta provinciale in ordine all'aggiudicazione definitiva, atto di competenza degli organi di gestione e non degli organi politici.

Si costituivano in giudizio la Provincia di Salerno e la Banca della Campania che contestavano le censure.

2.- Il TAR Campania, sezione di Salerno, con la sentenza impugnata, accoglieva il ricorso sia in relazione al vizio di incompetenza, sia in relazione all'omesso versamento del contributo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Il TAR, dopo aver evidenziato che l'obbligo del versamento del contributo in favore dell'Autorità di vigilanza sussiste anche per gli appalti di servizi e forniture, ed anche nell'ipotesi in cui la normativa di gara non individua l'obbligo di contribuzione, operando la valenza imperativa della disposizione primaria di legge integrativa *ex lege* della normativa di gara, passando ad esaminare il profilo concernente la gratuità del servizio sottolineava che lo stesso non potesse ritenersi gratuito *“tenuto conto che l'amministrazione è tenuta al rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento specifico delle operazioni di tesoreria nonché il pagamento di diritti, interessi e commissioni per tutte le prestazioni aggiuntive”*.

Concludeva nel senso che, secondo l'importo dell'appalto connotato da non irrilevanti elementi di remuneratività, era dovuto il contributo nell'importo massimo di euro 100,00 non essendo l'importo dell'appalto determinabile a priori.

3.- La Provincia di Salerno ha impugnato la sentenza e ne ha chiesto l'annullamento o la riforma per i seguenti motivi:

error in iudicando; violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del d. lgv. n. 267 del 2000 per omessa considerazione di un documento indispensabile ai fini della decisione ex art. 104, comma 2, c.p.a., con riferimento alla rilevata incompetenza, in quanto l'aggiudicazione definitiva sarebbe stata disposta con determina dirigenziale n. 178 del 6 agosto 2009, trasmessa a Monte Paschi con nota dell'11 dicembre 2010 e che, per mero disguido, non fu depositata nel giudizio avanti al TAR prima della pronuncia sul ricorso;

error in iudicando; violazione dell'art. 23 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 67 della l. n. 266 del 2005; violazione e falsa applicazione della delibera dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, non essendo dovuto il contributo in favore della suddetta autorità, trattandosi di servizio gratuito.

Si è costituita in giudizio la Banca della Campania che ha assunto la legittimità degli atti posti in essere dalla Provincia di Salerno e ha chiesto l'accoglimento dell'appello principale.

Monte Paschi Siena s.p.a. si è costituita in giudizio opponendosi all'ammissibilità del deposito, per la prima volta in appello, della determinazione n. 178 del 2009, perché il mancato deposito davanti al giudice di primo grado sarebbe imputabile alla Provincia di Salerno e alla Banca della Campania che ne erano a conoscenza ed in possesso.

Ha, poi, eccepito l'acquiescenza della Provincia di Salerno a questo capo della sentenza ed ha proposto appello incidentale in senso proprio con il quale ha censurato quella parte della sentenza di primo grado con la quale è stato respinto il primo motivo di ricorso ed il secondo dei motivi aggiunti riguardanti l'illegittima ammissione alla gara della Banca della Campania che non aveva prodotto in gara la dichiarazione che attestava che era in regola con le norme sul lavoro dei disabili.

Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 17 maggio 2011, il giudizio è stato assunto in decisione.

4.- Va esaminato per primo l'appello principale.

4.1- La prima censura riguarda il capo della sentenza con il quale è stata rilevata l'incompetenza della giunta provinciale a deliberare l'aggiudicazione definitiva del servizio.

Non ha pregio l'eccezione di acquiescenza della Provincia di Salerno a questo capo della sentenza, formulata dal Monte Paschi.

La Provincia di Salerno, infatti, ha espressamente impugnato il capo della sentenza, non lamentando l'erronea valutazione del provvedimento giuntale impugnato, ma facendo valere un fatto impeditivo all'accoglimento del motivo di ricorso: l'intervenuta aggiudicazione con provvedimento dirigenziale.

Nel merito, il vizio di incompetenza allo stato non sussiste.

Risulta, infatti, che l'aggiudicazione definitiva del servizio di cui trattasi è stata deliberata anche con provvedimento dirigenziale, dunque immune dal vizio di incompetenza.

Tale atto, intervenuto non importa se a sanatoria o in sostituzione della delibera di giunta provinciale, ha concluso la procedura di gara nel rispetto delle competenze in materia, eliminando il vizio di incompetenza rilevato dal TAR, dinanzi al quale l'esistenza di quel provvedimento non era stata allegata.

Quanto all'ammissibilità, contestata dall'appellante incidentale, della produzione per la prima volta in appello del documento rappresentativo del provvedimento, la questione è ininfluenza.

Ai sensi dell'art. 64, comma 2, c.p.a., il giudice deve porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti, i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite.

Nella specie, l'appellante incidentale non ha contestato il fatto che sia stato adottato un provvedimento dirigenziale di aggiudicazione e nemmeno ne ha dedotto, nelle debite forme, la falsità, ma lo ha impugnato con autonomo

ricorso dinanzi al Tar della Campania (ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a., infatti, possono proporsi motivi aggiunti in appello soltanto per far valere ulteriori vizi dei provvedimenti impugnati in primo grado).

Atteso che quel che qui rileva ai fini della soluzione della questione di competenza è che sia stato adottato un provvedimento dirigenziale di aggiudicazione, la cui legittimità non è controversa dinanzi a questo giudice e che il fatto in sé non è contestato, l'acquisizione o meno del documento che ne costituisce esternazione è irrilevante ai fini del decidere.

4.2 – Con il secondo motivo di appello è censurata la sentenza del TAR, in relazione alla rilevata violazione dell'art. 1, comma 67 della l. n. 266 del 2005.

La censura è fondata.

Il servizio di tesoreria è in via generale un servizio gratuito, connotato da una globale vantaggiosità patrimoniale del servizio per l'aggiudicatario, che tuttavia non entra nella causa del contratto, restando confinata nei motivi individuali del negozio.

Nel caso di specie, poi, né il bando di gara, né la lettera di invito, in linea con la natura del servizio, prevedevano un qualsivoglia tipo di corrispettivo.

Il capitolato speciale d'appalto, all'art. 6, definiva, infatti, il servizio gratuito salvo:

i rimborsi delle spese sostenute per stampati quando non siano stati forniti dall'ente, delle spese postali, dei bolli e di qualsiasi altra spesa erogata durante la gestione per l'espletamento del servizio nell'anno, escluse le eventuali spese per le riscossioni di mandati a favore dell'ente presso la Sezione di Tesoreria provinciale del Tesoro (art. 6, punto 2, lett. a e b);

il pagamento di diritti, interessi e commissioni per tutte quelle prestazioni non previste dalla convenzione (art. 6, punto 2, lett. c).

Le suindicate previsioni, cioè il riferimento al pagamento di diritti, interessi e commissioni per tutte quelle prestazioni non previste dalla convenzione

hanno convinto il TAR che il contratto fosse connotato da elementi che lo configuravano, come contratto a titolo oneroso.

Il TAR, invero, non ha considerato, che il rimborso e il pagamento di diritti, interessi e commissioni per tutte le prestazioni non previste dalla convenzione non costituiscono corrispettivo del servizio di tesoreria, non sussistendo alcun rapporto sinallagmatico tra detti oneri e il servizio di tesoreria.

Queste spese attengono a rapporti estranei alla convenzione e quindi non partecipano del contenuto pattizio della convenzione stessa.

Ciò stante, essendo il servizio di tesoreria un servizio gratuito, non era dovuto il pagamento del contributo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

L'amministrazione proprio in considerazione della gratuità del servizio non ha indicato alcun codice identificativo di gara (CIG) che è condizione necessaria per il versamento.

5.- Va, quindi esaminato l'appello incidentale di Monte Paschi Siena, con il quale ha impugnato la sentenza nella parte in cui ha respinto la censura da essa dedotta con il primo motivo del ricorso introduttivo e il secondo dell'atto di motivi aggiunti, con cui contestava l'illegittimità dell'omessa esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, malgrado non avesse prodotto a corredo dell'offerta, la dichiarazione attestante di essere in regola con il lavoro dei disabili, che costituisce causa di esclusione.

L'appello incidentale è infondato.

Risulta che la Banca della Campania ha reso dichiarazione ex art. 38 del d. lgv. n. 163 del 2006, attestando di non trovarsi nelle condizioni di cui alla citata norma.

La dichiarazione rilasciata, in conformità di quanto previsto dalla lettera di invito includeva, in relazione alla generica formulazione, tutte le cause di esclusione previste dall'art. 38, quindi, anche quello di essere in regola con

le norme sul lavoro dei disabili.

La circostanza che a tale autocertificazione sia seguito l'invio della documentazione richiesta dall'amministrazione, non implica insufficienza o inidoneità dell'autocertificazione avvenuta nel rispetto delle norme in materia.

6.- In conclusione va accolto l'appello principale e va respinto l'appello incidentale.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale della Provincia di Salerno, respinge l'appello incidentale di Monte Paschi di Siena s.p.a. e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso proposto dinanzi al Tar.

Condanna Monte dei Paschi di Siena s.p.a. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00 in favore della Provincia di Salerno e in euro 5.000,00 in favore della Banca della Campania s.p.a., oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)