

N. 05128/2013 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Banca di Credito Cooperativo di Roma soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Anastasio Pugliese e Marcello Anastasio Pugliese, presso
lo studio dei quali in Roma, via G. Giacomo Porro n. 26, ha eletto domicilio

contro

Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Roma, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Ferrari, presso il cui studio in Roma, via F.
Denza n. 27, ha eletto domicilio

nei confronti di

Banca delle Marche s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avv.ti proff. Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, presso il cui studio in Roma, via
Bocca di Leone n. 78, è domiciliata;
Unipol Banca s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., n.c.

per l'annullamento

(ric.)

della determinazione n. 70/AC del 18.12.2012 mediante la quale la Camera di commercio, industria,
artigianato e agricoltura di Roma ha approvato la graduatoria provvisoria e disposto
l'aggiudicazione definitiva in favore di Banca delle Marche s.p.a.; della relativa graduatoria, di cui
al verbale di gara n. 6 del 4.12.2012; della comunicazione, pervenuta il 20.12.2012,
dell'aggiudicazione definitiva in favore di Banca delle Marche s.p.a.; di tutti i verbali della
commissione giudicatrice; del bando di gara della C.c.i.a.a. indetto con determinazione dirigenziale
n. 49/AC del 15.10.2012 per l'affidamento in concessione del servizio di cassa dell'ente camerale,
del disciplinare di gara e in particolare dell'art. 14, punti 4 e 11, nonché dei relativi allegati, e in
particolare del punto 4 dell'all. A;

(mm.aa.)

della determinazione dirigenziale n. 16/AC del 7.3.2013, comunicata con nota dell'8.3.2013,
mediante la quale la C.c.i.a.a. di Roma ha fatto proprie le motivazioni rese in via postuma dalla
commissione (verbale 6.3.2013) in relazione all'assegnazione del punteggio attribuito all'offerta
tecnica della ricorrente e di Banca delle Marche

nonché per la declaratoria

di inefficacia del relativo contratto, se nel frattempo stipulato e per il subentro nello stesso,
ricorrendone i presupposti di cui agli artt. 121 ss. c.p.a.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 maggio 2013 il cons. M.A. di Nezza e uditi i difensori delle
parti come da verbale;

Ritenuto e considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso in epigrafe, ritualmente instaurato, la Banca di credito cooperativo di Roma (di seguito, anche BCCR), esponendo di avere partecipato alla gara per l'affidamento della concessione del servizio di cassa della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Roma, indetta ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006, e di essersi classificata, con un punteggio di 96,908 (4,408 per offerta tecnica e 92,5 per offerta economica), al secondo posto dopo la società Banca delle Marche (BdM), prima con 99 punti (6 per offerta tecnica e 93 per quella economica; il distacco è quindi risultato pari a 1,592 punti per l'o.t. e a 0,5 punti per l'o.e.), ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di quest'ultima società.

A sostegno del gravame si è doluta:

I) della mancata esclusione dell'aggiudicataria per carenze nelle dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/06; II) della genericità dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica e comunque del difetto di motivazione dell'apprezzamento operato dalla commissione giudicatrice; III) dell'erronea valutazione dell'offerta economica di BdM in relazione al coefficiente di adeguatezza patrimoniale; IV) dell'illegittimità del criterio di cui all'art. 14.4 della lex specialis, concernente "il numero di terminali POS che la banca si dichiara disponibile a installare, a proprie spese [...]" in aggiunta al quantitativo minimo di 50 unità.

Costitutesi in resistenza le parti intime, con ordinanza del 15.2.2013 è stata accolta l'istanza cautelare in relazione al secondo mezzo e, in dichiarata applicazione della pronuncia, l'ente camerale ha adottato gli altri atti indicati in epigrafe, impugnati dalla ricorrente con rituali motivi aggiunti.

Successivamente, depositate dalle parti memorie, anche di replica, alla suindicata udienza di merito il giudizio è stato trattenuto in decisione.

2. Il ricorso è fondato.

2.1. Col primo mezzo la società istante denuncia la violazione dell'art. 38 cod. contr. pubbl. in relazione all'omissione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di moralità e professionali riferibili: i) al procuratore speciale dell'aggiudicataria (Oliviero), munito di poteri analoghi a quelli del direttore tecnico in forza di procura del 12.11.2010; ii) a un consigliere e vice presidente cessato nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando (Perini), del quale non sarebbero stati indicati nemmeno i dati anagrafici così impedendosi alla stazione appaltante di procedere alle necessarie verifiche.

Le doglianze non meritano condivisione:

- quanto al procuratore speciale, è sufficiente richiamare il più recente e condivisibile orientamento giurisprudenziale, fondato sul canone della certezza del diritto, secondo cui l'obbligo di dichiarazione ex art. 38 si applica ai soli amministratori della società e non anche ai procuratori speciali, con esonero dalle indagini sull'ampiezza dei poteri del procuratore (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2013, n. 95);

- quanto all'amministratore cessato, il legale rappresentante dell'aggiudicataria ha reso positiva dichiarazione circa l'insussistenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), cod. contr. pubbl. anche "nei riguardi dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando" (cfr. punto 4 domanda di partecipazione, in atti); questa dichiarazione, di cui la ricorrente lamenta la genericità, non impedisce in realtà alla stazione appaltante di effettuare le dovute verifiche, atteso che essa presuppone (ovviamente) che vi siano amministratori cessati nell'anno (altrimenti, la dichiarazione avrebbe dovuto essere di tenore diverso); ne segue, tra l'altro, che l'amministrazione è stata messa in grado di chiedere alla partecipante ogni ritenuto chiarimento.

2.2. Il secondo motivo (violazione dell'art. 83 cod. contr. pubbl. e violazione di legge per difetto di motivazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione dei principi di trasparenza e buon andamento) attiene all'apprezzamento dell'offerta tecnica.

A) A dire della ricorrente: non solo i) i criteri individuati dalla lex specialis per la valutazione dei "servizi aggiuntivi" sarebbero affetti da genericità, stante la mancata definizione di adeguati sub-criteri secondo quanto prescritto dall'art. 83, co. 4, d.lgs. n. 163/2006, con la conseguenza che la

commissione giudicatrice avrebbe goduto di spazi di apprezzamento ingiustificatamente ampi; ma ii) tale carenza non sarebbe stata supplita, in sede di scrutinio delle offerte, da una motivazione idonea a dare conto delle valutazioni effettuate, come risulterebbe chiaramente dal verbale n. 2 del 20.11.2012 e dalla comparazione delle relazioni tecniche prodotte dalle due concorrenti (evidenzianti la sostanziale equipollenza delle offerte se non la prevalenza di quella di BCCR: ciò in relazione a elementi quali le modalità di pagamento on line, i corsi di formazione, le condizioni offerte ai dipendenti dell'ente camerale, la messa a disposizione dei posti auto, i servizi innovativi). Orbene, successivamente all'accoglimento dell'istanza di tutela interinale -e in dichiarata attuazione del dictum cautelare- la Camera di commercio ha dato corso a un supplemento di attività amministrativa, consistito in una nuova riunione della commissione giudicatrice (in data 6.3.2013) per "illustrare le motivazioni circa la valutazione, espressa tramite coefficiente numerico, delle offerte tecniche" (i relativi esiti sono stati fatti propri dall'ente con determinazione dirigenziale del 7.3.2013; v. documentazione in atti).

La commissione ha in particolare chiarito come il maggior punteggio per BdM sia dipeso non solo dal numero dei servizi aggiuntivi offerti (16 anziché gli 8 riferibili a BCCR), ma anche dalla "non apprezzabilità", rispetto alle esigenze dell'ente, di molte delle proposte avanzate dalla società istante; segnatamente non avrebbero utilità, alla luce delle strutture e dei beni già in dotazione alla Camera di commercio, le offerte di BCCR di mettere a disposizione una sala riunioni, alcuni posti auto, cinque apparecchiature per la verifica dell'autenticità delle banconote e dieci dispositivi per l'internet banking, mentre l'avrebbero quelle di BdM di fornire gratuitamente l'uso di due auto elettriche (in vista del contenimento delle spese e alla luce della valenza ambientale della scelta) e di estendere anche alle aziende speciali della Camera le condizioni economiche offerte per l'ente, "con un evidente vantaggio per l'intero sistema camerale" (si legge infine che non è stata assegnata alcuna preferenza alle condizioni economiche riservate ai dipendenti dell'ente perché consistente in un'utilità non direttamente riferibile all'amministrazione).

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha sottoposto a critica anche tali nuove determinazioni, assumendo: iii) l'illegittimità della riferita attività di integrazione postuma sia alla stregua dell'art. 3 l. n. 241/90 e dei principi dell'azione amministrativa (secondo cui la motivazione deve "precedere e non seguire" i provvedimenti specie allorquando avvenga pendente iudicio e riguardi un atto espressivo di potere discrezionale o tecnico-discrezionale; n. I mm.aa.), sia in quanto preclusa dalla disposta sospensione cautelare dell'efficacia degli atti impugnati (in considerazione di quanto statuito da Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 1982, n. 6; n. II mm.aa.); e comunque iv) l'erroneità anche della nuova motivazione: in particolare - ferma l'ininfluenza dell'aspetto quantitativo, occorrendo invece un confronto di tipo sostanziale (come attestato a es. dalle proposte sui corsi di formazione e dalla natura di ordinari servizi bancari accessori di alcuni dei servizi indicati dall'aggiudicataria) -, detta motivazione postuma dimostrerebbe l'assoluta genericità dei parametri valutativi fissati nella lex specialis, che invece avrebbe dovuto indicare sin dall'inizio della procedura le esigenze della stazione appaltante, specie in una selezione il cui esito sarebbe in ultima analisi dipeso proprio dall'apprezzamento degli elementi in considerazione (n. III mm.aa.).

B) Le censure - che non sono tardive, in quanto rivolte avverso clausole non aventi portata escludente, con conseguente reiezione della corrispondente eccezione sollevata dalla controinteressata (è appena il caso di aggiungere che esse prospettano violazioni di norme espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento; cfr. Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 9) - sono fondate nei sensi che seguono.

La giurisprudenza amministrativa afferma che "il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito 'specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione', visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale" e che "tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di

consentire la verifica dell'operato della p.a. sia da parte del privato interessato che del giudice amministrativo, il quale deve poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante" (v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2013, n. 1600).

L'applicazione al caso di specie di questa pacifica regola consente di rilevare l'illegittimità degli atti impugnati.

L'artt. 14.11 del disciplinare di gara stabilisce che 6 punti (dei 100 a disposizione) concernono "altri servizi offerti gratuitamente dall'istituto bancario, aggiuntivi rispetto a quelli previsti dallo schema di convenzione" e che tale punteggio "verrà attribuito tenendo conto: dell'utilità del servizio offerto; della qualità dello stesso".

Nel successivo art. 17 si legge che l'offerta tecnica consiste in una relazione (della lunghezza massima di tre cartelle) recante "l'enunciazione dei servizi che l'istituto è disposto a offrire, senza oneri pecuniari per la Camera, nonché la loro descrizione analitica (vedasi il punto 11 dell'art. 14 [...]). In particolare il resoconto dovrà evidenziare i punti di forza dei servizi aggiuntivi proposti sotto il profilo della qualità tecnica e della loro utilità, ai fini di un più funzionale svolgimento del servizio oggetto della concessione".

Risulta chiaro come il riferimento secco alle nozioni di "utilità" e di "qualità" possa essere considerato (addirittura) tautologico e comunque privo di qualsiasi attitudine a orientare i partecipanti (ma anche la commissione giudicatrice) circa le effettive esigenze dell'amministrazione, essendo del tutto evidente che gli aspiranti all'affidamento di una commessa pubblica non abbiano alcun interesse a offrire servizi "inutili" o privi di "qualità".

La richiesta dell'indicazione dei "servizi aggiuntivi", per come formulata nella *lex specialis*, si è così tradotta in una sorta di concorso di idee, nel quale l'individuazione delle soluzioni maggiormente confacenti all'attività della stazione appaltante è stata essenzialmente rimessa ai partecipanti.

A riprova di ciò basti considerare l'operato della commissione giudicatrice, la quale in un primo tempo ha attribuito un punteggio numerico rivelatosi del tutto inidoneo a ricostruire l'iter logico dell'inerte valutazione e poi ha ritenuto, in dichiarata attuazione della pronuncia cautelare, di esplicitare le ragioni di detta valutazione attraverso l'illustrazione dell'"utilità" di alcuni dei servizi offerti (rispetto ad altri).

Sicché, in disparte la mancata presa in considerazione del parametro della "qualità" (al quale non è fatto alcun riferimento), è chiaro come tale spiegazione dei punteggi assegnati non sia in grado di elidere il vizio originario della selezione, agevolmente percepibile alla luce della considerazione che la ricorrente, se avesse conosciuto le esigenze, e le disponibilità materiali, dell'ente, non si sarebbe certamente soffermata su elementi (poi giudicati) "inutili", quali a es. le sale riunioni o i posti auto. Va pertanto rilevata l'illegittimità dei criteri di valutazione indicati al punto 14.11 del disciplinare, in relazione alla mancata previsione dei necessari sub-criteri (e dei conseguenti sub-pesi o sub-punteggi) ai sensi dell'art. 83, co. 4, d.lgs. n. 163/2006.

2.3. Per le medesime ragioni è fondato anche il quarto motivo (n. IV), connesso al precedente perché del pari riguardante un criterio di valutazione stabilito nella *lex specialis*.

Ritiene il Collegio che effettivamente la clausola relativa al numero dei terminali POS gratuitamente messi a disposizione dell'ente camerale oltre i 50 di base (punto 14.4) meriti analogo stigmatizzazione.

E infatti, se per un verso le concorrenti non sono state messe in grado di presentare offerte consapevoli, per altro verso la commissione giudicatrice ha esercitato il suo potere valutativo attraverso un percorso logico non ricostruibile (come sarebbe potuto avvenire, a es., nel caso di suddivisione della quantità dei POS in scaglioni, secondo quanto giustamente osservato dalla ricorrente).

2.4. L'accoglimento delle precedenti censure consente di rilevare l'inammissibilità per difetto di interesse della rimanente doglianza, concernente il coefficiente di adeguatezza patrimoniale (n. III ric.).

In ogni caso (e pur volendo esaminarla ai fini della compiuta definizione della res litigiosa), essa non avrebbe superato la prova di resistenza.

La ricorrente si è doluta dell'attribuzione all'offerta economica di BdM di 1 punto in più rispetto a quello spettante, assumendo che ai sensi dell'art. 14.9 del disciplinare la valutazione dell'adeguatezza patrimoniale, fondata sul coefficiente di vigilanza c.d. Tier 1 capital ratio calcolato alla stregua del d.lgs. n. 385/1993 (c.d. Testo unico bancario) e delle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, secondo una tabella ordinata per valori crescenti (coefficiente inferiore a 5: 0 punti; tra 5 e 6,99: 1 punto; e così via, fino a un massimo di 4 punti attribuibili in presenza di un coefficiente superiore a 10,99), avrebbe come base temporale di computo l'intero anno e non il semestre (il coefficiente di 9,7 dichiarato da BdM si riferirebbe al primo semestre del 2012; nell'anno 2011, tuttavia, il parametro sarebbe di 8,32, rientrando nello scaglione immediatamente inferiore, con necessità di decurtare 1 punto dalla valutazione finale).

La correttezza di questa lettura risulterebbe anche dalle precisazioni contenute nella relazione (dichiaratamente parziale e provvisoria) della società di revisione contabile

PricewaterhouseCoopers sui dati contabili BdM e dalla recente introduzione, a opera del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria (c.d. Basilea 3), di un requisito di capitale basato sul valore a rischio in condizioni di stress acuto "calcolato ipotizzando un periodo ininterrotto di 12 mesi di tensioni finanziarie significative".

Orbene, pur essendo corretto il rilievo di BCCR circa la necessità che il coefficiente patrimoniale andasse rapportato all'annualità, è da dire che la ricorrente stessa è stata in grado di indicare il dato del 2011 riferibile alla controinteressata, a dimostrazione sia della possibilità della sua agevole acquisizione (sortendo da bilanci bancari, notoriamente soggetti a penetranti obblighi di trasparenza) sia -e conseguentemente- della sussistenza di un dovere di soccorso istruttorio in capo alla stazione appaltante, non risultando l'offerta di BdM carente della relativa indicazione (ciò che, tra l'altro, impedisce di riscontrare la denunciata incompletezza insanabile dell'offerta stessa).

In concreto, non essendovi contestazione sull'entità del coefficiente 2011, la sottrazione di un punto non avrebbe certamente potuto condurre -coeteris paribus- alla vittoria della gara (stante il divario tra le offerte), con la conseguenza che l'eventuale accoglimento della doglianza non avrebbe potuto condurre a un risultato utile per la ricorrente.

3. In conclusione, il ricorso è fondato e va pertanto accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

La peculiarità delle questioni trattate consente di ravvisare i presupposti per disporre la compensazione delle spese del giudizio (ivi incluse quelle attinenti alla fase cautelare).

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza-ter, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2013

IL SEGRETARIO