

La prescrizione del bando interpretata anche attraverso una lettura combinata e sistematica della disciplina di gara, facendo applicazione del criterio di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c..

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 6-2-2017

1. Servizio di tesoreria – precedenti esperienze – punteggio basato su comuni di diversa densità abitativa – tetto massimo di punteggio - criterio di ragionevolezza.
2. Prescrizione del bando - interpretazione letterale – interpretazione combinata e sistematica - utilità e ragionevolezza – regolamento di gara - criterio d'interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c..
3. Art. 95 del d.lgs 50/2016 - previsione di un plafond complessivo di punti - peso dei singoli elementi di un'offerta da selezionare - criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – violazione - insussistenza.
4. Punteggi di gara – legittimità – condizione - elementi dell'offerta tecnica - razionalità nella distribuzione del diverso valore.
5. Servizio di tesoreria - concessione di servizi - applicazione art. 166 del d.lgs. 50/2016 – regolamento di gara - certa elasticità - legittimità.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 26 del 2017, proposto da:

Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco San Martino C.F. SNMFNC73D02E506E, con domicilio eletto presso lo studio del predetto difensore in Lecce, via Sardegna 2;

contro

Comune di Cutrofiano non costituito in giudizio;

nei confronti di

Banco di Napoli Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani C.F. STCSVR75E11D862Q, con domicilio eletto presso lo studio del predetto difensore in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria, N. 9;

per l'annullamento

della Determinazione Settore Finanziario n. 1054/RG del 23.11.2016 (n. 44 Registro Settore) con la quale si è disposta l'aggiudicazione definitiva del Servizio di tesoreria comunale per il periodo 1.1.2017 - 31.12.2021, in favore della Società Banco di Napoli S.p.a.;

nonché

della delibera del Consiglio Comunale n. 34/2016 di approvazione dello schema di convenzione e di fissazione dei criteri per l'aggiudicazione del servizio;

della successiva delibera C.C. n. 38/2016 modificativa della precedente (quanto all'importo a base di gara);

della determinazione del Responsabile del Settore Finanziario n. 43/2016, avente ad oggetto l'approvazione verbale aggiudicazione provvisoria;

nonché del suddetto verbale e di tutti gli atti della procedura, ivi compreso il bando di gara e gli ulteriori atti indittivi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Banco di Napoli Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2017 il dott. Carlo Dibello e uditi i difensori avv. F. Patarnello, in sostituzione dell'avv. F.sco San Martino, per la ricorrente e avv. A. Savino, in sostituzione dell'avv. S. Sticchi Damiani, per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con determinazione n. 1054/R.G. del 23.11.2016 del Responsabile del Settore Finanziario del Comune di Cutrofiano, si è disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio di tesoreria comunale per il periodo 1.1.2017 – 31.12.2021, in favore della Società Banco di Napoli.

La Banca ricorrente, classificatasi al secondo posto della competizione in argomento, è insorta avverso le determinazioni richiamate in epigrafe articolando le seguenti censure:

Eccesso di potere. Violazione lett. g) del punto 8 del bando di gara. Irrazionalità e contraddittorietà. Sviamento;

Violazione art. 95 d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere; violazione delle linee Guida Anac n. 2, di attuazione del d. lgs. n. 50/2016, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"; violazione generali principi in materia di offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Banco di Napoli s.p.a. si è costituito in giudizio con controricorso ed ha chiesto che il ricorso venga dichiarato inammissibile o infondato nel merito.

Alla camera di consiglio del 31 gennaio 2017, previo avviso alle parti, la controversia è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Il ricorso della Banca Monte e dei Paschi di Siena spa è infondato e va respinto.

Con il primo gruppo di censure la banca ricorrente ha lamentato la violazione di una specifica prescrizione del bando di gara, l'art. 8 lettera g).

Tale prescrizione avrebbe dovuto essere interpretata nel senso della attribuzione di un punteggio di 0,30 per ogni servizio gestito nei comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti (senza indicazione di limiti di punteggio da attribuire al concorrente); e di punti 0,50 per ogni servizio gestito nei comuni con popolazione pari o superiore a 10.000 abitanti, con un massimo di 4 punti assegnabili.

La ricorrente avrebbe calibrato la propria offerta indicando ben 12 comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti dove aveva prestato servizi di tesoreria in precedenza e 5 comuni con popolazione superiore nel presupposto di poter assommare un punteggio complessivo di 6,10 (3,60 + 2,50).

La stessa deducente si sarebbe vista assegnare un punteggio complessivo di 4 con riferimento ai servizi resi, in asserita violazione della *lex specialis*.

La censura non è fondata.

Dalla lettura combinata della delibera di Consiglio Comunale 34 del 2016 e degli atti di gara si evince con chiarezza la possibilità, per gli istituti di credito concorrenti, di conseguire un punteggio massimo di 4 punti per avere prestato precedentemente servizi di tesoreria in Comuni del territorio provinciale, criterio valevole quale tetto massimo raggiungibile cumulando i servizi prestati in comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti, e quelli prestati in

comuni con popolazione pari o superiore ai 10.000 abitanti.

La ragionevolezza di siffatto criterio di valutazione delle offerte appare rintracciabile nella previsione di un diverso peso ponderale da attribuire ai servizi di tesoreria, a seconda che essi fossero prestati in comuni di diversa densità abitativa, ma pur sempre nel rispetto del tetto massimo di 4 punti complessivamente attribuibile a ciascuno dei concorrenti.

La diversa chiave di interpretazione della clausola in argomento, così come proposta dall'Istituto ricorrente, nella parte in cui pretenderebbe di considerare vigente un tetto di 4 punti nel solo caso dei servizi prestati in comuni con popolazione pari o superiore a 10.000 abitanti urta contro il canone di ragionevolezza.

Siffatta chiave di lettura condurrebbe, infatti, al paradossale esito di sottovalutare la prestazione di servizi comportanti maggiore complessità organizzativa per le imprese bancarie in quanto prestati in comuni con popolazione maggiore di 10.000 abitanti, rispetto ad analoghi servizi resi in comuni meno popolosi.

Né la sola lettura del bando conduce ai risultati interpretativi voluti dall'Istituto di credito ricorrente.

La prescrizione del bando di gara va, infatti, interpretata non sulla base della locuzione oggetto di contestazione ma anche attraverso una lettura combinata e sistematica della disciplina di gara, capace di condurre al risultato della utilità e della ragionevolezza di talune regole da applicare alla competizione indetta dalla P.a. procedente, anche in applicazione del criterio di interpretazione secondo buona fede del regolamento di gara (arg.ex art. 1366 c.c.).

Né è fondata la censura relativa alla dedotta violazione dell'art. 95 del d.lgs 50/2016, formulata nella prospettiva di una riedizione della gara, atteso che la previsione di un plafond complessivo di punti nel cui ambito la stazione appaltante calibra il peso dei singoli elementi di un'offerta da selezionare, in ipotesi di gara da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è solo tendenziale.

Nulla vieta, tuttavia, la predisposizione, da parte della Stazione appaltante, di diverso limite massimo di attribuzione dei punteggi, purchè non siano ravvisabili nel regolamento di gara aspetti di manifesta irrazionalità nella distribuzione del diverso valore da riconoscere agli elementi dell'offerta tecnica, non ravvisabili nel caso di specie.

In questa direzione depone, del resto, la circostanza evidenziata dalla stessa Stazione Appaltante, di trovarsi al cospetto di una concessione di servizi e non già di un appalto di servizi, trovando pertanto, applicazione l'art. 166 del d.lgs. 50/2016, che ha legittimato il Comune di Cutrofiano a confezionare un regolamento di gara connotato da certa elasticità.

In forza delle suesposte argomentazioni, il ricorso va respinto.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida nella misura complessiva di € 4.000,00, di cui € 2.000,00 in favore del Comune di Cutrofiano e € 2.000,00 in favore del Banco di Napoli s.p.a., oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura.

La sentenza annotata riguarda il contenzioso sorto a seguito dell'aggiudicazione di una gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale. La ricorrente ha lamentato l'eccesso di potere in ordine all'applicazione di alcuni criteri del bando di gara nonché la violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016e delle delle linee Guida Anac n. 2, di attuazione del d. lgs. n. 50/2016, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa".

In particolare, la ricorrente ha lamentato la violazione di una specifica prescrizione del bando di gara che *"avrebbe dovuto essere interpretata nel senso della attribuzione di un punteggio di 0,30 per ogni servizio gestito nei comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti (senza indicazione di limiti di punteggio da attribuire al concorrente); e di punti 0,50 per ogni servizio gestito nei comuni con popolazione pari o superiore a 10.000 abitanti, con un massimo di 4 punti assegnabili."*, in quanto la stessa aveva calibrato la propria offerta indicando ben 12 comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti dove aveva prestato servizi di tesoreria in precedenza e 5 comuni con popolazione superiore nel presupposto di poter assommare un punteggio complessivo di 6,10 (3,60 + 2,50).

Inoltre, la stazione appaltante aveva assegnato un punteggio complessivo di punti 4 con

riferimento ai servizi resi, in violazione della lex specialis.

Il TAR ha respinto la censura in quanto dalla lettura combinata dei documenti (delibera di Consiglio Comunale e atti di gara), era chiara possibilità, per gli istituti di credito concorrenti, di conseguire un punteggio massimo di 4 punti per avere prestato precedentemente servizi di tesoreria in Comuni del territorio provinciale, criterio valevole quale tetto massimo raggiungibile cumulando i servizi prestati in comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti, e quelli prestati in comuni con popolazione pari o superiore ai 10.000 abitanti.

Siffatto criterio è stato ritenuto ragionevole in virtù del diverso peso ponderale da attribuire ai servizi di tesoreria, a seconda che essi fossero prestati in comuni di diversa densità abitativa, ma pur sempre nel rispetto del tetto massimo di 4 punti complessivamente attribuibile a ciascuno dei concorrenti.

Al contrario, contrastava con il canone di ragionevolezza, la diversa interpretazione sostenuta dalla ricorrente, nella parte in cui pretendeva di considerare vigente un tetto di 4 punti nel solo caso dei servizi prestati in comuni con popolazione pari o superiore a 10.000 abitanti urta contro il canone di ragionevolezza.

Ad avviso del Collegio, invero, *“Siffatta chiave di lettura condurrebbe, infatti, al paradossale esito di sottovalutare la prestazione di servizi comportanti maggiore complessità organizzativa per le imprese bancarie in quanto prestati in comuni con popolazione maggiore di 10.000 abitanti, rispetto ad analoghi servizi resi in comuni meno popolosi”*.

Comunque - ha aggiunto il TAR - l'interpretazione delle clausole di gara deve avvenire non solo sulla base della loro letteralità, ma anche attraverso una lettura combinata e sistematica della disciplina di gara, capace di condurre al risultato della utilità e della ragionevolezza di talune regole da applicare alla competizione indetta dalla P.a. precedente, anche in applicazione del criterio di interpretazione secondo buona fede del regolamento di gara (arg.ex art. 1366 c.c. : interpretazione di buona fede).

Infine, atteso che la gara era stata indetta in riferimento ad una concessione di servizi per cui trovava applicazione l'art. 166 (principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche) del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante era legittimata a predisporre una lex specialis di gara connotata “da certa elasticità”, con la previsione di un plafond complessivo di punti nel cui ambito la stazione appaltante poteva calibrare il peso dei singoli elementi dell'offerta da selezionare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti, nulla ostava alla Stazione appaltante di prevedere un diverso limite massimo di attribuzione dei punteggi, purché la previsione non fosse caratterizzata da manifesta irrazionalità nella distribuzione del diverso valore da riconoscere agli elementi dell'offerta tecnica; ciò che nel caso di specie non è stato ravvisato dal TAR che, pertanto, ha rigettato il ricorso teso all'annullamento dell'aggiudicazione.

