



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1560 del 2010, proposto da:  
Banca Popolare di Novara S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Papa, con  
domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Balbis, 9;

***contro***

Comune di Novara, in persona del Vicesindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso  
dagli avv. Giovanna Perone e Lorena Rovetta, con domicilio eletto presso la  
segreteria del T.A.R. Piemonte in Torino, corso Stati Uniti, 45;

***nei confronti di***

Unicredit S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Zanetti e Carlo Merani,  
con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Torino, via Pietro Micca, 21;

***per l'annullamento***

della "Determina politiche di finanziamento e controllo/0000256 del 1.12.2010", a  
firma del responsabile del servizio finanziario del Comune di Novara, con la quale  
è stato approvato il verbale della gara d'appalto relativa alle procedure per  
l'aggiudicazione del servizio di Tesoreria del Comune di Novara per il periodo

1.1.2011-31.12.2016 ed è stato determinato di aggiudicare definitivamente tale servizio alla Banca Unicredit S.p.a.;

nonché del bando di gara e degli atti tutti antecedenti, preordinati, consequenziali e comunque connessi, ivi compresi i verbali delle sedute di gara, la nota prot. 87759 in data 2.12.2010, con la quale è stata comunicata l'avvenuta aggiudicazione di gara e per ogni ulteriore consequenziale statuizione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Novara e di Unicredit S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Unicredit S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2011 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1) Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 15 ottobre 2010, il Comune di Novara ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di tesoreria, per il periodo dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2016.

2) Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici.

L'art. 4 del disciplinare di gara prevedeva che le offerte sarebbero state valutate sulla base dei seguenti elementi:

I) tasso di interesse passivo applicato su eventuali anticipazioni di tesoreria;

II) tasso attivo applicato sulle giacenze di cassa che possono essere detenute presso il tesoriere;

III) spese per estinzione mandati mediante bonifici bancari, a carico dei creditori e/o Ente;

IV) impegno a corrispondere un contributo annuale per tutta la durata del contratto a titolo di sponsorizzazione di iniziative istituzionali del Comune.

Per i primi due criteri, il disciplinare prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo (30 punti) al migliore "*spread*" offerto rispetto al tasso Euribor e di 0 punti alla peggiore offerta.

Per il terzo criterio, era parimenti prevista l'attribuzione del punteggio massimo (20 punti) alla migliore offerta e di 0 punti alla peggiore.

Per il quarto criterio, invece, il disciplinare prevedeva l'attribuzione di 20 punti alla migliore offerta e di punteggi proporzionalmente ridotti alle altre.

3) Partecipavano alla gara solamente due concorrenti: la Banca Popolare di Novara S.p.a., odierna ricorrente, e Unicredit S.p.a.

4) La Commissione di gara, per la valutazione dei primi due criteri, attribuiva il punteggio massimo (60 punti complessivi) all'offerta di Unicredit e 0 punti alla Banca Popolare di Novara, avendo la prima proposto, per entrambi i tassi di interesse, uno "*spread*" pari a 0,31, assai superiore ai valori offerti dalla ricorrente (0,01 per il tasso di interesse passivo e 0,25 per quello attivo).

Per il terzo criterio, stante l'identità delle offerte, venivano attribuiti 20 punti a entrambe le concorrenti.

Per le sponsorizzazioni, infine, l'odierna ricorrente formulava la migliore offerta, essendosi impegnata a corrispondere un contributo pari a € 100.000 annui, contro € 51.000 annui proposti da Unicredit: essa riceveva, per tale elemento di valutazione, 20 punti, mentre all'offerta di Unicredit era attribuito un punteggio proporzionalmente ridotto pari a punti 10,20.

Veniva disposta, quindi, l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Unicredit che aveva sommato 90,20 punti per la propria offerta, contro i 40 punti complessivamente attribuiti alla ricorrente.

5) Con determinazione dirigenziale del 1° dicembre 2010, veniva approvato il verbale della gara d'appalto e definitivamente aggiudicato il servizio a Unicredit S.p.a.

6) Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato, la Banca Popolare di Novara S.p.a. contesta la legittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva e della legge di gara, nella parte in cui prevede, per i primi due criteri di valutazione delle offerte, l'attribuzione di 30 punti alla migliore offerta e di 0 punti alla peggiore, in asserita violazione dei principi di proporzionalità, graduazione e progressività.

La ricorrente deduce un motivo di gravame sostanzialmente unico, così articolato: "Eccesso di potere per illogicità ed erroneo presupposto di fatto. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, contraddittorietà, disparità di trattamento e manifesta violazione del principio di proporzionalità e progressività nell'attribuzione dei punteggi di gara. Eccesso di potere per violazione del principio della concorrenza, dedotto altresì come violazione di legge con riferimento all'art. 210 del t.u. 267/2000".

7) Si sono costituiti in giudizio il Comune di Novara e la controinteressata Unicredit, concordemente eccependo l'inammissibilità del gravame e la sua infondatezza nel merito.

8) Con ricorso incidentale ritualmente notificato, Unicredit ha impugnato i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara d'appalto, nella parte in cui contengono la valutazione dell'offerta presentata dalla Banca Popolare di Novara.

La ricorrente incidentale deduce i seguenti motivi di gravame:

I) Violazione di legge per violazione ed omessa applicazione dell'art. 71, comma 1, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827. Violazione del principio della *par condicio*. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

II) Violazione della *lex specialis*. Violazione del principio della *par condicio*. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

III) Violazione di legge per violazione ed omessa applicazione dell'art. 76 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio della *par condicio*. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

9) Con ordinanza della Sezione n. 1261 del 11 febbraio 2011, è stata respinta, per carenza di *fumus*, l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente principale.

Con ordinanza della Quinta Sezione n. 1182 del 15 marzo 2011, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello avverso l'ordinanza cautelare “*ai soli fini della fissazione dell'udienza di trattazione del merito del ricorso in primo grado*”.

10) In prossimità della pubblica udienza, le parti costituite hanno ulteriormente articolato le proprie argomentazioni con apposite memorie difensive.

La controinteressata ha anche depositato una memoria di replica.

11) Il ricorso è stato chiamato all'udienza del 16 giugno 2011 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 648 del 17 giugno 2011.

## DIRITTO

12) La difesa comunale eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse ad agire in quanto, anche applicando il criterio di

valutazione proporzionale delle offerte invocato da parte ricorrente, il risultato della gara non sarebbe mutato.

A comprova della fondatezza dell'eccezione, la difesa comunale allega un prospetto contenente (pare di capire) una simulazione dei punteggi che sarebbero stati attribuiti alle due offerte nel caso in cui la formula matematica prevista dal disciplinare di gara con riferimento al quarto criterio (importo dei contributi per sponsorizzazioni) fosse stata utilizzata anche per i primi due criteri (tasso di interesse passivo sulle anticipazioni di tesoreria e tasso attivo sulle giacenze di cassa).

L'eccezione non ha pregio e va disattesa, poiché la ricorrente principale ha denunciato la mancata applicazione di criteri proporzionali per la valutazione dei primi due elementi previsti dal disciplinare di gara, non la mancata applicazione della specifica formula matematica individuata dal disciplinare medesimo per la valutazione di un altro elemento.

La valutazione dell'offerta secondo criteri di proporzionalità non implica necessariamente, cioè, l'impiego di una ben determinata formula matematica e non si può escludere, in conseguenza, che l'utilizzo di formule diverse da quella che figura nella simulazione dell'eccepiente avrebbe condotto ad un capovolgimento dell'esito della gara.

13) L'Amministrazione resistente e la controinteressata eccepiscono concordemente, quindi, l'inammissibilità del ricorso per intervenuta acquiescenza, atteso che la ricorrente principale aveva dichiarato, nella propria domanda di partecipazione, *“di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e le disposizioni contenute”* nella legge di gara, ivi comprese, quindi, le previsioni relative ai criteri di valutazione delle offerte oggi contestati.

Anche questa eccezione è priva di giuridico fondamento in quanto, per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'accettazione espressa delle clausole contenute nel

bando non implica acquiescenza e non preclude l'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura concorrenziale (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 10 maggio 2010, n. 5913; T.A.R. Toscana, sez. II, 5 febbraio 2010, n. 189; T.A.R. Umbria, 6 aprile 2006, n. 212).

E' evidente, infatti, che la dichiarazione di preventiva accettazione delle clausole della legge di gara non costituisce espressione di una libera scelta della concorrente, ma è resa al solo fine di partecipare alla gara d'appalto senza dover esperire azioni di tutela preventiva.

Tale dichiarazione, pertanto, non esprime una volontà inconciliabile con quella di impugnare gli atti di gara, fermo restando che solo attraverso la partecipazione alla gara medesima l'esponente ha potuto apprezzare il carattere effettivamente lesivo delle clausole del bando oggi fatte oggetto di contestazione.

14) Tutte le censure dedotte dalla ricorrente incidentale, mediante tre distinti motivi di gravame, attengono all'offerta della Banca Popolare di Novara, nella parte in cui essa si è impegnata a corrispondere un contributo annuo per la sponsorizzazione delle iniziative istituzionali del Comune di € 100.000 “*che verranno erogati in proprio o tramite altre aziende e/o fondazioni non bancarie riconducibili al gruppo Banco Popolare*”.

Secondo la deducente, tale offerta, così come formulata, sarebbe inammissibile ed avrebbe comportato, perciò, la necessità di escludere la concorrente dalla gara in quanto:

- l'offerta condizionata deve ritenersi nulla, a prescindere dall'esistenza di specifici divieti posti dalla *lex specialis* (I motivo);
- è violato il divieto di subappalto posto dall'art. 5 del disciplinare di gara (II motivo);
- viene introdotta una variante non ammessa dal bando (III motivo).

Tali censure sono palesemente prive di pregio.

Va rilevato, infatti, che nelle procedure ad evidenza pubblica ricorre la figura dell'offerta condizionata quando l'offerente subordina il proprio impegno contrattuale a che la controparte accetti una controproposta concernente un patto aggiuntivo o modificativo rispetto allo schema proposto dalla stazione appaltante (cfr., *ex multis*, T.A.R. Umbria, 11 giugno 2010, n. 369).

Nel caso in esame, l'offerta presentata dalla Banca Popolare di Novara non può ritenersi condizionata, nel senso indicato, atteso che l'offerente ha regolarmente assunto l'impegno ad erogare sponsorizzazioni in favore del Comune, come richiesto dalla legge di gara, e si è limitata a descrivere le modalità con le quali avrebbe adempiuto l'impegno medesimo, senza pretendere oneri aggiuntivi dalla stazione appaltante o modificare altrimenti lo schema contrattuale predeterminato dall'amministrazione.

E' quasi superfluo osservare, comunque, che l'eventuale erogazione del contributo annuo per sponsorizzazioni attraverso altre aziende o fondazioni del gruppo cui appartiene la Banca Popolare di Novara non lede alcun interesse della stazione appaltante.

Né può ritenersi che l'offerta, così come formulata, integri un'ipotesi di subappalto, poiché la sponsorizzazione delle iniziative del Comune non costituisce oggetto del servizio posto in gara, ma solo un elemento dell'offerta, complementare rispetto al servizio di tesoreria, che assume rilievo ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Per tali ragioni, l'impegno assunto dall'offerente non integra neppure, infine, una variante in senso tecnico, non incidendo in alcun modo sulle prestazioni richieste dalla legge di gara.

Rimane solo da aggiungere che l'eventuale inammissibilità dell'impegno in parola, complementare ed accessorio rispetto alle obbligazioni connesse alla gestione del

servizio di tesoreria che costituisce oggetto dell'appalto, avrebbe comportato la mancata attribuzione di punteggio per il relativo parametro di valutazione, non certo l'esclusione dell'offerta.

Il ricorso incidentale, pertanto, è infondato e deve essere respinto.

**15) I rilievi di legittimità formulati dalla ricorrente principale compongono una tesi così sintetizzabile: nelle gare d'appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'attribuzione dei punteggi, particolarmente per l'elemento "prezzo", deve rigorosamente rispettare criteri di proporzionalità e progressività.**

**La legge di gara che, nella non rara eventualità in cui vi siano solo due offerte, prevede l'attribuzione del punteggio massimo all'offerta migliore e di zero punti all'offerta peggiore, e non un punteggio proporzionalmente differenziato rispetto all'offerta migliore, viola gli accennati principi di proporzionalità e progressività, poiché tale risultato non misura l'effettiva convenienza delle offerte, ma dipende dal dato casuale costituito dal numero delle offerte presentate.**

In ogni caso, conclude l'esponente, la Commissione di gara avrebbe dovuto, una volta verificata la presenza di due sole offerte, introdurre elementi di specificazione atti a garantire un'effettiva proporzionalità nell'attribuzione dei punteggi.

**16) La giurisprudenza amministrativa ha recentemente preso in esame una vertenza che presenta notevolissimi elementi di affinità con quella dedotta nel presente giudizio.**

Con sentenza n. 675 del 24 settembre 2009, infatti, il T.A.R. Friuli Venezia Giulia si è pronunciato sul ricorso proposto avverso l'affidamento del servizio di cassa disposto dall'Università degli Studi di Udine (controinteressata era, anche in quel caso, Unicredit S.p.a.) all'esito di procedura aperta aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente, con argomenti sostanzialmente sovrapponibili a quelli introdotti nel presente ricorso, censurava, tra l'altro, la formula matematica prevista dalla legge di gara (e l'applicazione pedissequamente fattane dall'amministrazione) che, per il punteggio relativo al tasso passivo sulle anticipazioni cassa, conduceva all'attribuzione di zero punti all'offerta peggiore, anche in presenza di due soli concorrenti in gara, contrariamente a quanto previsto per il punteggio relativo al tasso attivo sulle giacenze di cassa.

Il giudicante ha disatteso la tesi della ricorrente, rilevando come la formula in discussione sia *“pienamente rispondente a canoni di logicità e ragionevolezza e, comunque, sia frutto di una discrezionalità amministrativa esercitata nell'alveo dei suddetti canoni”*.

La motivazione della sentenza prosegue precisando che *“non può obiettivamente ritenersi palesemente illogica la scelta della intimata Università che, riguardo alle anticipazioni di cassa (tasso passivo) ha congegnato un metodo di attribuzione del punteggio tale da incentivare al massimo grado i concorrenti ad offrire un tasso che fosse il più vantaggioso possibile per l'Amministrazione stessa, consentendole il massimo risparmio sulle anticipazioni di cassa”*.

17) La decisione del giudice di primo grado è stata confermata con **sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 3152 del 26 maggio 2011**, nella quale si afferma, tra l'altro, che *“la modulazione del punteggio da attribuire all'offerta relativa al tasso passivo sulle anticipazioni di cassa (...) costituisce espressione di una valutazione di natura prettamente discrezionale della stazione appaltante, attributiva di una particolare importanza, nell'economia complessiva del servizio oggetto della gara, al tasso passivo da versare sulle anticipazioni di cassa e, dunque, alle operazioni passive; obiettivo perseguito attraverso un metodo di attribuzione del punteggio (pari a zero per l'offerta peggiore) mirante a incentivare un tasso quanto più vantaggioso possibile per l'Amministrazione”*.

18) Tali principi (già posti a fondamento della decisione resa dal Collegio in sede cautelare) devono essere confermati e trovare applicazione nel caso in esame, cosicché la contestata scelta di attribuire zero punti all'offerta peggiore, sia per il tasso attivo sulle giacenze di cassa sia per il tasso passivo sulle anticipazioni di tesoreria, anche nel caso di due sole offerte valutabili, non può in alcun modo ritenersi espressione di una discrezionalità amministrativa esercitata in modo non razionale.

Tale scelta, infatti, è coerente alla finalità di stimolare in massimo grado la competizione fra i concorrenti, incentivandoli a offrire i tassi che siano il più vantaggiosi possibile per l'amministrazione, finalità perfettamente legittima nonché di ragionevole perseguimento in un contesto di particolare criticità per la finanza pubblica.

Essa non si pone, d'altronde, in contraddizione con le differenti modalità di valutazione adottate per le sponsorizzazioni, rappresentando queste ultime un elemento del tutto eventuale ed accessorio del servizio di tesoreria.

19) Va ancora sottolineato come non siano conferenti alla fattispecie che ci occupa i precedenti giurisprudenziali richiamati da parte ricorrente (Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2001, n. 574 e sez. V, 8 marzo 2006, n. 1194).

Nei casi esaminati dalle richiamate pronunce del giudice d'appello, infatti, il bando prevedeva la rigorosa attribuzione di punteggi proporzionali alle diverse offerte in gara e le commissioni, in presenza di soli due concorrenti, avevano ritenuto di azzerare il punteggio per l'offerta peggiore, così disattendendo le prescrizioni vincolanti della legge di gara.

Il presente caso è diametralmente opposto, atteso che lo stesso disciplinare di gara prevedeva, per i primi due criteri di valutazione, l'attribuzione di zero punti all'offerta peggiore, indipendentemente dal numero di offerte presentate, e la

commissione di gara non avrebbe comunque potuto discostarsi da tali puntuali prescrizioni né introdurre criteri postumi di valutazione delle offerte.

20) Per dimostrare la maggior convenienza della propria offerta, parte ricorrente ha prodotto una simulazione che, basandosi sui valori medi della anticipazioni di tesoreria e delle giacenze di cassa degli ultimi tre anni, evidenzia come lo “*spread*” nei tassi a favore di Unicredit non sarebbe comunque sufficiente a compensare il maggior importo dei contributi per sponsorizzazioni offerto dalla ricorrente medesima.

Questa dimostrazione, tuttavia, non è astrattamente idonea a dimostrare la sussistenza di eventuali vizi di legittimità del provvedimento impugnato e, dal punto di vista sostanziale, presuppone l'invarianza nel tempo dei dati legati alla consistenza delle giacenze di cassa e delle eventuali anticipazioni di tesoreria, valori che, invece, nel difficile quadro finanziario che interessa soprattutto gli enti locali, paiono suscettibili di variare anche sensibilmente rispetto al passato.

21) Il ricorso, in conclusione, è infondato e deve essere respinto.

La peculiarità della controversia consiglia di compensare integralmente le spese del grado di giudizio fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge il ricorso incidentale;
- respinge il ricorso principale;
- compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2011

IL SEGRETARIO

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