

N. 00700/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00153/2009 REG.RIC.



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 153 del 2009, proposto da:
Banca delle Marche S.p.A., rappresenta e difesa dall'avv. Andrea Galvani, con domicilio eletto presso Avv. Andrea Galvani in Ancona, corso Mazzini, 156;

contro

Comune di Ancona, rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Mancinelli, con domicilio eletto presso Avv. Valeria Mancinelli in Ancona, piazza Cavour, 2;

Dirigente del Servizio Finanze del Comune di Ancona, Presidente del Seggio di Gara Appalto Per Servizio di Tesoreria, Presidente della Commissione di Gara, Responsabile del Procedimento di Gara, n.c.

nei confronti di

Banca Carige S.p.A. Cassa di Risparmio di Genova e Imperia-,

rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Lucchetti, Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso Avv. Alessandro Lucchetti in Ancona, corso Mazzini, 156;

per l'annullamento

della determinazione della dirigenziale n.3316 del 22/12/2008 del Dirigente Servizio Finanze del Comune di Ancona con la quale è stato definitivamente aggiudicato il servizio di tesoreria del Comune di Ancona per il periodo 01/01/2009-31/12/2013.

E PER

Il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Ancona e di Banca Carige S.p.A. Cassa di Risparmio di Genova e Imperia-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2011 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato il 13.2.2008, la Banca delle Marche Spa impugnava gli atti relativi alla procedura di affidamento del servizio di tesoreria del Comune di Ancona e, in particolare, la

determinazione dirigenziale n.3316 del 22.12.2008 del Dirigente Servizio Finanze del Comune di Ancona con la quale era stato definitivamente aggiudicato il servizio di tesoreria del Comune di Ancona per il periodo 1.1.2009-31.12.2013 alla controinteressata Banca Carige SpA-Cassa di Risparmio di Genova e Imperia (di seguito, per brevità Carige).

Contro il provvedimento di aggiudicazione deduceva le seguenti censure.

a)Violazione di legge, eccesso di potere, violazione e falsa applicazione degli artt. 84, 86 e 87 del d.lgs 163/2006, della L. 241/1990 S.m.i, del d.lgs 267/2000, delle deliberazione dell'Autorità per la Vigilanza su Contratti Pubblici , Lavori, Servizi e Forniture del 21.6.2006 e del 24.1.2008, del bando e del disciplinare di gara, incompetenza, eccesso di potere sotto vari profili, violazione dei principi di buon andamento, par condicio e art. 97 della Costituzione, illegittimità derivata. In sintesi, la ricorrente fa valere le seguenti argomentazioni:

La controinteressata doveva essere esclusa dalla gara, in quanto

- la stessa avrebbe presentato un'offerta che prevedeva un tasso per le anticipazioni di cassa pari allo 0% rispetto al riferimento (4,08%), mentre il bando prevedeva la necessità della presentazione di un'offerta, in aumento o in diminuzione.

-con riguardo al tasso passivo sulle anticipazioni di cassa, la controinteressata avrebbe offerto un tasso inferiore al riferimento. In

questo modo il tasso attivo offerto sulle giacenze è superiore a quello passivo delle anticipazioni. Tale configurazione dell'offerta sarebbe contraria all'interesse pubblico, portando tra l'altro gli enti ad effettuare operazioni speculative.

- sarebbero illegittime e insostenibili le condizioni di Banca Carige relativamente alla disponibilità degli assegni di conto corrente delle Commissioni sui bonifici bancari.

- mancherebbe e non sarebbe documentato il prescritto versamento del contributo a favore dell'Autorità per la Vigilanza su Contratti Pubblici, Lavori, Servizi e Forniture.

In subordine, afferma la ricorrente

- che l'offerta relativa al tasso di interesse attivo doveva essere valutata pari a zero, applicando correttamente la formula prevista e che, comunque, per le ragioni sopra elencate, la controinteressata doveva essere esclusa a seguito di procedimento di verifica dell'anomalia, anomalia confermata dalla rilevanza delle somme a titolo di sponsorizzazione offerte da banca Carige.

- che decisione del Presidente del Seggio di Gara del 23.12.2008 con la quale si è ritenuto di non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta di banca Carige è viziata per incompetenza e difetto di istruttoria e motivazione.

- l'offerta non sarebbe economicamente sostenibile, e non rileverebbero i vantaggi indiretti ottenibili da Carige.

b) Violazione del d.lgs 163/2006, 267/2000, Eccesso di potere sotto

vare profili, violazione art. 97 cost. Illegittimità Derivata.

In via di ulteriore subordine, la ricorrente impugna il bando e il disciplinare di gara, deducendo i seguenti vizi.

-il peso attribuito ai contributi e sponsorizzazioni (15 punti su un massimo) di 100 sarebbe eccessivo e sarebbe eccessivo.

-sarebbe troppo basso il valore dato dal disciplinare agli sportelli sul territorio.

Si sono costituiti il Comune di Ancona e la controinteressata, resistendo al ricorso.

Alla pubblica udienza del 26 maggio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il ricorso è infondato.

1.1 La ricorrente si è qualificata al secondo posto nella gara ottenendo un punteggio di 79,90 contro gli 85,09 ottenuta dall'aggiudicataria CARIGE.

1.2 E' infondato il primo motivo di ricorso:

-non è infatti identificabile nel disciplinare alcuna disposizione che non consenta un'offerta pari a zero con riferimento al tasso di interesse attivo, dato che in tale caso l'offerta di identifica con il riferimento (Euribor a 6 mesi).

-non è, di per sé, illegittima la scelta di offrire i c.d. tassi invertiti. Infatti, la valutazione dell'offerta sui tassi appare costituire valutazione di merito rimessa alla stazione appaltante censurabile soltanto nel caso in cui trasmodi nell'eccesso di potere.

-conseguentemente, è corretta l'attribuzione del punteggio per l'offerta effettuata da Carige per i tassi debitori, dato che un'offerta pari allo spread di riferimento non può essere considerata come "pari a 0".

1.3 Né la scelta di offrire un tasso di interesse migliore per le anticipazioni di cassa provoca la insostenibilità economica dell'offerta. E' ben noto che, secondo la definizione ricavabile dall'art. 209 del d. lgs. 267/2000 (testo unico degli enti locali), che il servizio di tesoreria consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo Statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie. Di conseguenza, come condivisibilmente osservato dalla giurisprudenza, il servizio è sostanzialmente gratuito non prevedendo un corrispettivo, ovvero un corrispettivo di importo non rilevante in relazione al canone del servizio ed alle spese di gestione del conto. Questo perché il beneficio e la remunerazione si riconducono ai positivi riflessi in termini di pubblicità e d'immagine con conseguente possibilità per il gestore di ampliare la clientela e di sviluppare le proprie attività nelle aree ove il servizio medesimo si svolge. Ciò nonostante la gratuità, o comunque l'esiguità del corrispettivo, non elimini la necessità di espletare una gara pubblica per selezionare il gestore, avuto riguardo all'interesse dell'amministrazione di affidare il servizio di tesoreria

all'operatore considerato più capace di assolvere ai delicati compiti previsti sia per il profilo tecnico-operativo (possesso di adeguate strutture organizzative, di supporti informatici, etc.) sia per le condizioni economiche offerte (CdS Sez. VI 19.06.2001 n. 3245 e, di recente, Tar Salerno 2.2.2010 n. 1016).

1.4 Conseguentemente, è normale che gli elementi valutabili dell'offerta più vantaggiosa, in questo tipo di gare, si concentrino sulle effettive esigenze dell'ente, non rispondendo ad un modello astratto di gestione. Risulta quindi importante, a seconda delle esigenze dell'ente interessato, un tasso vantaggioso sulle giacenze di cassa o sulle anticipazioni di tesoreria. La Stazione Appaltante ha ritenuta di dare maggiore importanza al tasso attivo su giacenze e depositi (30 p.ti) rispetto a quello passivo sulle anticipazioni di cassa (10 p.ti). La controinteressatoa ha presentato l'offerta migliore per entrambi i parametri.

1.7 Le argomentazioni di parte ricorrente, per quanto articolate e suggestive, non appaiono tali da inficiare la scelta dell'Amministrazione sul punto. Come sopra riportato, il servizio di tesoreria si svolge con un utile esiguo o a titolo sostanzialmente gratuito. La ricorrente, da una parte ipotizza che l'utilizzo dei tassi invertiti sia tale da sospingere il Comune, in considerazione della scarsità di risorse che ultimamente caratterizza gli enti locali, a sfruttare indiscriminatamente le anticipazioni di cassa e, dall'altra, sostiene che l'offerta conduca a una totale diseconomicità dell'offerta

tale da produrre forti perdite a carico dell'aggiudicataria. Tale scenario, però, viene essenzialmente dipinto in un periodo futuro e come tendenza. La sua ipoteticità viene ulteriormente provata dalla circostanza che il Comune di Ancona ha documentato come, nei 13 mesi della gestione della controinteressata, il Comune abbia ottenuto interessi ben minori di quelli a suo tempo riscossi da Banca Marche e che non ha fatto ricorso alle anticipazioni di cassa.

1.8 Il Collegio ritiene quindi che la valutazione della convenienza dei tassi attivi e passivi sia stata a priori effettuata dall'Amministrazione nella legge di gara, che, nel caso in esame, ha ritenuto di non vietare un'offerta al ribasso, al rialzo o uguale a zero per entrambe le tipologie.

1.9 La valutazione della sostenibilità economica dell'offerta, nel tipo di gara in esame, risulta particolarmente difficoltosa, e la possibilità di esclusione, anche tramite la verifica discrezionale dell'anomalia, per l'assenza di tale requisito è un tipico potere discrezionale dell'Amministrazione. Infatti, l'offerta sospetta di anomalia è quella che prima facie si presenta come la più conveniente per l'amministrazione, che potrà rinunciare ai vantaggi da essa offerti solo in presenza di seri dubbi sulla sua sostenibilità (Consiglio Stato, sez. VI, 16.1.2009 n. 215). Nel caso in esame, non è riscontrabile, ad avviso del Collegio, alcuna prova sulla non sostenibilità dell'offerta (che visto il tipo di servizio, dovrebbe essere caratterizzata da particolare gravità). Tale non sostenibilità è anzi smentita, ad avviso

del Collegio dall'attuale andamento dei flussi di giacenze a anticipazioni nei Comuni di Ancona, documentato dallo stesso ente. Non può quindi essere accolta, ad avviso del Collegio, la tesi di una non sostenibilità "in astratto", dell'offerta.

2 Con riferimento al giudizio di anomalia, va ricordato che, in disparte la ben nota questione sulla natura di appalto concessione del contratto in gara in esame e, quindi, sull'applicabilità delle disposizioni del Codice dei contratti non applicabili alle concessioni (da ultimo Tar Trieste 27.5.2010 n. 358), è noto come giudizio sull'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto di opere pubbliche costituisca una tipica valutazione tecnico discrezionale dell'amministrazione e sia sindacabile solo ove presenti palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni logiche. In ogni caso, il giudice amministrativo non deve invadere la sfera riservata all'amministrazione, che è e rimane di merito (CdS sez. V 4.5.2001 n. 251).

2.1 Nel caso in esame, non sussisteva alcun obbligo di verifica dell'anomalia e non sono sufficienti gli elementi indicati dalla ricorrente che, con l'eccezione della già trattata offerta relativa ai tassi, si riferiscono a fattispecie residuali dell'offerta, non tali da potere indicare un effettiva anomalia della medesima.

2.2 A tale proposito, indimostrata l'affermazione che dovrebbe comportare l'esclusione dalla gara o l'anomalia dell'offerta la disponibilità delle somme versati sui conti correnti postali in un solo

giorno lavorativo tra il prelievo e l'accredito, considerando che non viene qualificata la portata e la rilevanza di tale supposta anomalia.

2.3 Ancora, con riguardo alle commissioni per i bonifici, anche in questo caso si può concordare con le valutazioni dell'Amministrazione e le argomentazioni controinteressata, tenendo conto che, in una gara pubblica, nell'offerta complessiva formulata da un partecipante non deve essere necessariamente previsto un corrispettivo per ogni singola prestazione e che il costo, per un istituto bancario, dell'effettuazione di bonifici è presumibilmente modesto, se non nullo.

2.4 Con riguardo, infine, alla mancanza della ricevuta del versamento del contributo all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, va rilevato che il disciplinare di gara prevedeva che venisse allegato all'offerta l'originale della ricevuta del versamento e la comunicazione degli estremi del versamento effettuato presso gli uffici postali al sistema on line di riscossione dell'autorità. Il documento presentato dalla ricorrente, unitamente alla prescritta ricevuta di versamento, vale a dire la ricevuta redatta dalla stessa AVCP che annuncia alla controinteressata l'inoltro della ricevuta con i dati del pagamento di cui Carige ha effettuato l'autocertificazione, non può che testimoniare il buon fine del pagamento medesimo.

3 Il secondo motivo è parimenti infondato.

3.1 Al riguardo, il collegio non può che rilevare come l'Adunanza

Generale del Consiglio di Stato, con decisione n. 6/2002, abbia ormai chiarito, con riferimento ai contratti di sponsorizzazione (ma lo stesso discorso vale per i contributi, essendo la sponsorizzazione una forma di erogazione di contributi, caratterizzata dalla circostanza che è concesso all'erogante di pubblicizzare il marchio dei prodotti o la propria ditta), che è legittima l'indizione di una gara relativa alla messa a concorso del servizio di tesoreria in cui, tra i criteri di valutazione, sia prevista l'attribuzione di punteggio in relazione alla disponibilità, manifestata dal concorrente, a stipulare un contratto di sponsorizzazione e a farsi carico dei relativi oneri.

3.2 Presupposti di legittimità di tale operazione sono state ritenute due circostanze:

-che il pagamento di un corrispettivo in denaro per la sponsorizzazione ed i criteri di attribuzione dei punteggi siano previsti espressamente nel bando o nella lettera di invito, sicché in alcun modo possa ritenersi lesa la par condicio dei partecipanti alla gara una volta resi edotti della clausola e della sua parziale e potenziale incidenza ai fini dell'aggiudicazione;

-che il punteggio conferibile in relazione alle sponsorizzazioni non deve essere tale da costituire l'elemento discriminante principale e – per la sua oggettiva portata – tendenzialmente risolutivo dell'iter concorsuale.

3.3 Il conferimento di punteggio per tale voce deve quindi muoversi nell'ambito di una forcella esattamente definita della lex specialis

della gara ed ivi resa nota ai concorrenti, tale da non comportare in alcun caso l'attribuzione di punteggi aggiuntivi direttamente e illimitatamente proporzionale al crescere dell'entità dell'offerta per la voce stessa.

3.4 Orbene, nella fattispecie al vaglio del Collegio i due indicati presupposti sono del tutti evidenti, in quanto il punteggio per totale per contributi e sponsorizzazioni (quindici su un totale di cento punti), oltre ad essere previsto nel bando, non pare irragionevolmente eccessivo (in una fattispecie simile CdS, sez. V 22.3.2010 n. 1673)

3.5 E' altresì irrilevante, a parere del collegio la distinzione tra concessioni e contributi: è importante che il punteggio previsto per il totale di questa voce non sia abnorme, cosa non in discussione nel caso in esame.

3.6 Considerati i principi appena elencati, non costituisce indice di illegittimità o anomalia la offerta di € 150.000, in totale, tra sponsorizzazioni e contributi, considerata la rilevanza della gara e le dimensioni dei soggetti coinvolti.

3.7 Per quanto riguarda il punteggio assegnato agli sportelli sul territorio (5 punti) lo stesso non appare in alcun sproporzionato, anche in considerazione del sempre maggiore utilizzo di strumenti elettronici per i pagamenti, e il peso di 5 punti su un massimo di 100 costituisce un'incensurabile espressione di discrezionalità della stazione appaltante. Né appare censurabile le scelta della Stazione

Appaltante di dare rilevanza agli sportelli sul territorio regionale (oltre che cittadino), dato che la presenza di numerosi sportelli del Comune è indubbiamente un dato che può facilitare lo svolgimento del servizio ma non appare, in alcun modo decisivo, per cui il peso da attribuire a tale (e ad altri fattori) non può che essere rimesso alla discrezionalità della Stazione Appaltante.

4 Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il ricorso è infondato e deve essere respinto, unitamente alla domanda di risarcimento dei danni considerato che la ricorrente non ha subito alcun danno ingiusto. Ne consegue anche il respingimento della domanda di subentro nel contratto stipulato dalla contro interessata con la Stazione Appaltante.

4.1 Sussistono tuttavia giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2011

IL SEGRETARIO

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