

Pubblicato il 02/12/2019

N. 08248/2019REG.PROV.COLL.

N. 02820/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2820 del 2019, proposto da

Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

***contro***

Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Bagnoli, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;  
Banco BPM s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Pera, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, n. 02405/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense e del Banco BPM s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Tanzarella, Pera e Bagnoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. All'esito di una gara europea indetta dalla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense per l'affidamento del servizio di tesoreria a far data dal 1° gennaio 2019 e per i successivi sessanta mesi, la Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a. si collocava prima in graduatoria con punteggio complessivo di 75,108 punti (di cui 30 punti per l'offerta tecnica e 45,108 per l'offerta economica), seguita dal Banco BPM s.p.a. con punteggio di 67,777 (di cui 16 punti per l'offerta tecnica e 51,777 per quella economica) ed era dichiarata aggiudicataria.

2. Avverso l'atto di aggiudicazione, nonché i provvedimenti ad esso antecedenti – tra cui il *Disciplinare* di gara – il Banco BPM s.p.a. proponeva ricorso innanzi al TAR per il Lazio, contestandone la legittimità con tre articolati motivi, chiedendone l'annullamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, oltre alla condanna della stazione appaltante alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 Cod. proc. amm., ovvero in via subordinata il risarcimento per equivalente dei danni subiti, quantificabili nell'utile che avrebbe ritratto dall'esecuzione del contratto, oltre accessori.

2. L'adito tribunale, nella resistenza della Cassa Nazionale di previdenza e assistenza forense e della Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a., che eccepiva anche l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del sopravvenuto provvedimento di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela, con la sentenza segnata in epigrafe ha accolto il ricorso sul presupposto innanzitutto che l'estrema genericità ed indeterminatezza dei criteri discrezionali per la valutazione delle offerte, unitamente alla mancata predeterminazione di *sub*-criteri e *sub*-punteggi, aveva reso arbitraria l'attribuzione alla ricorrente del punteggio di 11.50/30 ed alla controinteressata del punteggio massimo di 23/30, aggiungendo che tale vizio non poteva ritenersi "sanata" dalla stringata motivazione contenuta nel verbale del 26 giugno 2018, in quanto le società partecipanti alla gara avrebbero dovuto essere rese edotte immediatamente degli elementi specifici che sarebbero stati oggetto di valutazione e del peso attribuito ad ognuno di essi.

4. Avverso tale decisione la Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a. ha interposto appello, chiedendone la riforma alla stregua dei seguenti motivi:

1) *Circa l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha affermato la natura di atto meramente confermativo della delibera di CdA di Cassa Forense 13 settembre 2018, comunicata con nota 17 settembre 2018, prot. n. 153195 (sentenza, pag. 5).*

2) *Circa l'erroneità della sentenza nella parte in cui argomenta in ordine alla interpretazione e alla conseguente applicazione dell'art. 77.4 codice dei contratti pubblici (sentenza, pagg. 17-18).*

3) *Circa l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha validato l'assunto della genericità dei criteri selettivi e ha conseguentemente accolto la censura relativa alla non corretta attribuzione del punteggio (sentenza, pagine 6 – 16).*

Ha riproposto inoltre, "quali ragioni di gravame", le considerazioni svolte alle pagine da 6 a 21 della memoria illustrativa prodotta nel precedente grado di giudizio.

5, Costituitasi in giudizio, la Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense ha chiesto l'accoglimento dell'appello; la controinteressata Banco BPM s.p.a ha invece chiesto la reiezione del gravame.

6. Successivamente le parti hanno ulteriormente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza pubblica del 3 ottobre 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

7. L'appello è infondato e va respinto.

7.1. Con il primo motivo viene dedotta la tardività del ricorso originario a causa della mancata impugnazione della delibera del Consiglio di amministrazione di Cassa Forense del 13 settembre 2018 (trasmessa il 17 settembre 2018, prot. n. 153195), della quale viene contestata la natura di atto meramente confermativo, recante rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela avanzata da BPM s.p.a.: secondo l'appellante la stazione appaltante non si sarebbe limitata a prendere atto dell'esistenza di una richiesta di autotutela, ma avrebbe provveduto sulla stessa, dando vita ad un atto nuovo e diverso dall'originaria aggiudicazione, che avrebbe dovuto essere autonomamente impugnato.

Il motivo non è fondato.

L'atto della cui mancata impugnazione l'appellante si duole non contiene alcuna nuova valutazione dei fatti posti a fondamento dell'originaria aggiudicazione, limitandosi a confermare, senza neppure una specifica motivazione, il proprio precedente operato ribadendone la correttezza.

La motivazione del diniego di autotutela non svolge in definitiva alcuna nuova considerazione o valutazione dell'aggiudicazione e si pone come atto meramente confermativo di quest'ultimo, non abbisognevole di autonoma impugnazione.

7.2. Con il secondo motivo di appello si lamenta che la sentenza impugnata viene invece censurata per non aver fatto corretto uso del criterio giurisprudenziale che

restringerebbe l'incompatibilità ai soli casi in cui vi sia un'effettiva e comprovata ragione di dubbio sull'imparzialità del commissario, del quale parte ricorrente avrebbe peraltro l'onere della prova.

In particolare, la sentenza non spiegherebbe le ragioni della ritenuta violazione dell'art. 77, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, all'uopo non essendo sufficiente né il richiamo al fatto che "*alla gara de qua hanno partecipato due soli concorrenti?*" (laddove il rischio di parzialità non si sarebbe ridotto ove i concorrenti fossero stati in numero maggiore), né alla circostanza che una delle due ditte partecipanti alla gara "*è l'attuale gestore del servizio di tesoreria dell'Ente?*" (nessuna disposizione di legge impedendo all'appaltatore uscente di ricandidarsi, né tale eventualità comportando necessariamente dei contatti con funzionari con i quali questi aveva in precedenza avuto occasioni di lavoro).

Né, d'altro canto, secondo l'appellante, la predetta incompatibilità potrebbe automaticamente desumersi dall'appartenenza del componente della Commissione alla struttura organizzativa preposta nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso.

Neppure questo motivo può essere accolto.

La sentenza impugnata sul punto evidenzia non solo come i due funzionari indicati dalla ricorrente facessero parte, rispettivamente, del Settore di Tesoreria e dell'unità organizzativa "Sistemi informativi e tecnologie", entrambi operanti a stretto contatto con l'attuale fornitore dei servizi di tesoreria (risultato poi aggiudicatario della gara), ma pure che uno di essi era intervenuto nella procedura di gara nella triplice veste di *team leader* del settore tesoreria, Rup della procedura di gara per cui è causa, nonché presidente della Commissione giudicatrice.

Ai sensi dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, "*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al*

*contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.*

Nel caso in esame è da ritenere che la ricorrente originaria abbia assolto il proprio onere probatorio, nell'evidenziare una serie di precisi indici presuntivi di possibile violazione dell'art. 77 comma 4 cit.

In particolare risulta astrattamente integrata l'ipotesi di svolgimento di funzioni o incarichi tecnico-amministrativi inerenti il contratto oggetto di gara, laddove a fronte degli indici presuntivi dedotti dal Banco BPM s.p.a. sarebbe stato preciso onere delle controparti (*in primis* della stazione appaltante) dimostrare l'assenza, nei fatti, della violazione contestata, innanzitutto documentando l'impossibilità di avvalersi di altri funzionari per lo svolgimento delle procedure di gara.

Dimostrazione che peraltro non risulta essere stata fornita dalla Cassa Forense, la quale si è limitata a dedurre genericamente che i suddetti commissari non hanno contribuito alla determinazione dei criteri della gara e/o alla redazione degli atti della procedura, sul presupposto che il divieto di cui all'art. 77 cit. riguardi soltanto coloro che hanno svolto funzioni decisorie autonome nella predisposizione degli atti di gara.

Invero, secondo la stazione appaltante, nel caso di specie non sussisterebbero elementi specifici che in concreto possono far ritenere la dedotta incompatibilità di alcuni commissari di gara, né sarebbe stato addotto dalla medesima ricorrente alcun elemento probatorio al riguardo, utile a dimostrare che detti commissari abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento del servizio.

Nessuno dei componenti della Commissione, infatti, avrebbe effettivamente svolto un qualche ruolo nella predisposizione degli atti di gara e pertanto i medesimi, pur dipendenti di Cassa Forense, non verserebbero automaticamente in condizioni di incompatibilità.

Del resto, la ricorrente *“si era limitata a lamentare che alcuni di essi svolgono funzioni presso il servizio di tesoreria della Cassa Forense”* e ciò *“senza minimamente specificare le ragioni effettive dell’asserita incompatibilità, ossia come e quando si sia concretata l’attività idonea ad interferire nel giudizio di merito sull’affidamento, come tale attività abbia inciso sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e come ne sia stato conseguentemente condizionato l’esito”*.

In ogni caso, conclude la stazione appaltante, dagli atti di gara non emergerebbe alcun concreto elemento *“idoneo a dimostrare che il giudizio di merito espresso dalla commissione possa essere stato inficiato dal fatto che il concorrente risultato aggiudicatario era il precedente gestore del servizio”*, eventualità che avrebbe al più dovuto essere dimostrata dalla ricorrente, *“dato che non si può desumere ex se un profilo di incompatibilità in un caso del genere, in assenza di una normativa che imponga alla stazione appaltante di incaricare commissari esterni qualora - come nella specie - alla gara partecipi il soggetto titolare del precedente contratto”*.

In realtà, gli elementi di fatto indicati dalla ricorrente, seppur di carattere presuntivo, erano sufficienti – anche in ragione del cd. principio di vicinanza della prova, in base al quale il relativo onere deve essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità, per l’uno o per l’altro dei contendenti, di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d’azione – a tal fine, dovendo piuttosto la stazione appaltante fornire elementi obiettivi a sostegno sia dell’impossibilità di avvalersi comunque di funzionari che non avessero in precedenza avuto rapporti con le parti in gara, sia (una volta superato tale presupposto) che in concreto tali rapporti non potevano comunque determinare una situazione di incompatibilità di fatto.

Ad scongiurare tale evenienza (che dunque va reputata del tutto eccezionale), del resto, è funzionale la stessa previsione dell’art. 77, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale *“La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”*, di talché è corretta la considerazione del primo giudice secondo cui la circostanza che fossero

state presentate solo due offerte – e conseguentemente che l'onere motivazionale gravante sulla Commissione risultasse alleggerito – imponeva alla stazione appaltante di essere particolarmente rigorosa nella scelta dei commissari di gara.

7.3. Con il terzo motivo di appello viene infine dedotta l'insufficiente motivazione della sentenza di primo grado, laddove censura la genericità ed inintelligibilità dei criteri di aggiudicazione previsti dalla *lex specialis* di gara, con particolare riferimento ai due criteri discrezionali di valutazione dell'offerta tecnica (*Progetto e Collegamento Telematico*), nonché la mancata definizione dei criteri motivazionali di valutazione degli stessi e la conseguente carenza delle valutazioni in concreto formulate – sotto l'aspetto motivazionale dell'attribuzione dei punteggi – da parte della Commissione giudicatrice.

Ad avviso dell'appellante la motivazione del primo giudice si tradurrebbe in un *“assunto sostanzialmente tautologico perché non vi è nulla che consenta di comprendere il formarsi del convincimento espresso il quale sarebbe stato esaustivo solo a fronte di una corrispondentemente generica difesa delle parti intimate”*; per contro, lungi dall'essere generici, i criteri in questione sarebbero stati sufficientemente dettagliati e, d'altro canto, la stazione appaltante avrebbe messo a disposizione dei concorrenti tutte le informazioni utili per la formulazione delle offerte.

Il motivo, ancorché suggestivo nella sua complessa articolazione, non può trovare accoglimento.

La sentenza impugnata ha evidenziato come il Disciplinare di gara stabilisse che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe stato applicato tramite l'attribuzione, a ciascun operatore economico ammesso alla gara, di due distinti punteggi da assegnare alle rispettive offerte tecniche (fino a 30 punti) ed economiche (fino a 70 punti), per un massimo complessivo di 100 punti.

In particolare, il punto 17 del *Disciplinare* prevedeva che la valutazione della offerta tecnica sarebbe avvenuta secondo quattro criteri:

- a) *Progetto* (criterio discrezionale): in considerazione dell'organizzazione che l'offerente intendeva porre in essere, integrato dalle prospettive di sviluppo delle singole realtà bancarie partecipanti al servizio di tesoreria e con la precisazione dei tempi di attuazione delle fasi componenti il progetto stesso (fino a 13 punti attribuiti sulla base della valutazione discrezionale della Commissione giudicatrice);
- b) *Collegamento telematico* (criterio discrezionale): sulla base della proposta del collegamento telematico e scambio dati da/e verso la Cassa per tutta la durata del servizio con l'ERP SAP della Cassa Forense (in particolare, il servizio “*Contabilità e Patrimonio*” e quello “*Informatico*”) e l'ufficio dell'Istituto di credito che eseguirà il servizio medesimo con l'indicazione dei tempi di attivazione (fino a 10 punti attribuiti sulla base della valutazione discrezionale della Commissione giudicatrice);
- c) *Ritiro documenti* (criterio tabellare): in ragione della disponibilità dell'Istituto di credito a garantire il ritiro quotidiano e gratuito di tutta la documentazione relativa al servizio presso la sede di Cassa Forense (due punti attribuiti in ragione della sussistenza nell'offerta di quanto richiesto);
- d) *Disaster Recovery* (criterio quantitativo): in ragione dei tempi di attuazione per la continuità operativa nel caso di attivazione delle procedure di *Disaster Recovery* (fino a 5 punti attribuiti sulla base di una formula matematica).

Il riferimento normativo in materia è dato dall'art. 95, comma 6, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale “*In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto*”.

Premesso quanto sopra, deve ritenersi che effettivamente, in presenza di due decisivi criteri discrezionali di così ampia portata, quali quello del *Progetto* e del *Collegamento telematico*, necessariamente la *lex specialis* di gara avrebbe dovuto individuare degli ulteriori *sub-criteri* di dettagli idonei a guidare secondo linee oggettive ed omogenee

la Commissione di gara nelle sue valutazioni, pena il possibile sconfinamento nell'arbitrio e, di conseguenza, la violazione della *par condicio* tra gli offerenti.

Il primo giudice non si è peraltro limitato al riscontro formale dell'assenza di tali *sub-criteri*, ma ha altresì riscontrato, in concreto, che le motivazioni date dalla Commissione a giustificazione dei punteggi attribuiti alle due offerte tecniche in gara a loro volta non erano tali da autonomamente supplire, in qualche modo, alla riscontrata carenza di disciplina.

Proprio l'assenza di tali parametri di maggior dettaglio non consentiva da un lato ai partecipanti alla gara di formulare un'offerta sulla base di criteri oggettivi ed uniformi, idonei ad assicurare un confronto omogeneo tra le offerte e tali da rendere edotti gli interessati, senza incertezze, degli aspetti tecnici e qualitativi di maggiore interesse per la stazione appaltante; dall'altro – di rimando – ostava alla possibilità di ancorare la valutazione della Commissione ai criteri oggettivi ed uniformi per tutte le offerte richiesti dall'art. 95, comma 6 cit., con conseguente illegittimità della stessa. Alla luce di questi rilievi si spiegano le osservazioni contenute nella sentenza impugnata circa lo squilibrio delle valutazioni delle offerte tecniche, *“resa ancora più evidente dal fatto che la Commissione di gara ha enfatizzato le carenze della offerta tecnica della ricorrente (la mancata allegazione del manuale operativo con riguardo all'ordinativo informatico), mentre non ha attribuito alcuna rilevanza alle carenze della offerta tecnica dell'aggiudicataria (la mancata descrizione delle modalità di scambio dei dati nel caso di collegamento telematico) nonché del fatto che ha attribuito rilevanza, ai fini della valutazione delle offerte, ad elementi non espressamente indicati negli atti di gara (espletamento del servizio di banca depositaria)”*.

In questi termini, è persuasiva e coerente anche la doglianza dell'appellata BPM, secondo cui la Commissione da un lato non avrebbe arbitrariamente considerato rilevanti le presunte carenze dell'offerta tecnica di BPS (nella specie, la mancata descrizione delle modalità di scambio dei dati nel caso di collegamento telematico), mentre dall'altro avrebbe pure individuato – ai fini della valutazione di entrambe le

offerte – degli elementi non espressamente indicati nel bando di gara o comunque inconferenti con l'oggetto del servizio posto a gara (espletamento del servizio di banca depositaria).

Ne consegue che la sentenza impugnata, sul punto, è dotata di sufficiente motivazione, anche alla luce del principio di sinteticità degli atti ex artt. 120, comma 10 e 74 Cod. proc. amm.

8. Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l'appello va respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza quanto all'appellata Banco BPM S.p.A., mentre possono essere compensate quanto alla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore dell'appellata Banco BPM s.p.a., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovuti.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado, relativamente alla posizione della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**