

Pare evidente come una cosa siano i requisiti di partecipazione ad una gara ed un'altra i criteri di valutazione dell'offerta, non fosse altro perché questi entrano in gioco solo dopo che l'offerta ha superato positivamente il vaglio di ammissibilità : l'esperienza fatta come tesoriere di enti locali può solo contribuire ad ottenere un maggiore punteggio, senza poter diventare un elemento di discriminazione della ammissione alla gara

il Consiglio di Stato con la decisione numero 1194 dell ' 8 marzo 2006 ci insegna che:

< non consentire, a soggetti in possesso della specifica autorizzazione prevista dalla legge, di partecipare ad una pubblica gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale contrasterebbe in primo luogo con l'interesse pubblico che alle gare partecipi il maggior numero di concorrenti che siano in possesso di tutti i requisiti richiesti e, in secondo luogo, siffatta esclusione non rispetterebbe nemmeno i principi posti a tutela della libera e leale concorrenza tra imprese, posto che la preclusione a partecipare alla gara o l'esclusione dalla stessa di istituti bancari regolarmente autorizzati a prestare servizio di tesoreria per enti pubblici territoriali restringerebbe e in definitiva riserverebbe, del tutto ingiustificatamente, la possibilità di divenire affidatari del servizio in questione ai soli istituti che hanno già svolto almeno un servizio analogo per detti enti>

ma non solo.

<In giurisprudenza, del resto, ormai pacificamente si riconosce la netta distinzione operata dalla normativa nazionale e comunitaria tra criteri soggettivi di prequalificazione (cui si riferiscono le previsioni di cui agli artt. 12-17 del d. lgs. n. 157/95) e quelli oggettivi afferenti alla aggiudicazione (artt. 22-23), netta ed inderogabile distinzione che oltre a trovare un preciso ed espresso riferimento nella normativa richiamata ha una sua sostanziale ed evidente logica: quella di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipazione alla gara da quelli oggettivi attinenti alla offerta ed alla aggiudicazione >

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 10036/2004, proposto da BANCA POPOLARE \*\*\* – BANCO DI S. \*\*\* E S. \*\*\*, in persona del legale rappresentante pt., rappresentato e difeso dal Prof. Avv. Antonio Carullo e dall'Avv. Beatrice Belli e con domicilio eletto in Roma, via Principessa Clotilde 2, presso il Prof. Avv. Angelo Clarizia,

contro

il COMUNE di NOVELLARA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Ermes Coffrini e dall'Avv. Massimo Colarizi ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in Roma, via Panama 12;

e nei confronti di

BANCA \*\*\* DI CREDITO COOPERATIVO S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Ermes Coffrini e dall'Avv. Massimo Colarizi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Panama 12;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, del 28 maggio 2004, n. 245, resa inter partes e non notificata.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Novellara e della Banca \*\*\* di Credito Cooperativo;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo n. 386/2005;

Alla pubblica udienza del 14 giugno 2005, relatore il Consigliere Nicola Russo e uditi, altresì, gli Avv.ti A. Clarizia per delega dell'Avv. A. Carullo, e l'avv. M. Colarizi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## F A T T O

Con ricorso n. 108 del 2001, notificato il 13 febbraio e depositato il 27 febbraio 2001, la Banca Popolare \*\*\* – Banco S. \*\*\* e S. \*\*\* chiedeva al T.A.R. per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, l'annullamento: a) del provvedimento di esito dell'asta pubblica relativa alla concessione, da parte del Comune di Novellara, del servizio di tesoreria comunale per il quinquennio 1/1/2001 - 31/12/2005; b) della determinazione n. 735 del 12 dicembre 2000 con cui la suddetta Amministrazione Comunale aveva affidato il servizio di tesoreria comunale alla Banca \*\*\* di Credito Cooperativo s.c. a r.l.; c) di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale e, in particolare, del verbale della commissione tecnica di valutazione del 7 dicembre 2000.

Illustrate le principali circostanze di fatto afferenti la controversia, parte ricorrente deduceva, a sostegno dell'impugnativa proposta, i seguenti motivi in diritto:

1. "Eccesso di potere per violazione della "lex specialis" della gara nonché per illogicità e falso presupposto di fatto; Violazione ed erronea applicazione dell'art. 209 del D. Lgs. n. 267 del 2000";

La Banca \*\*\* di Credito Cooperativo, aggiudicataria del servizio e controinteressata, non poteva partecipare alla gara perché mancante del necessario requisito di essere istituto che già era tesoriere.

Ciò risulterebbe dal combinato disposto delle prescrizioni di cui ai punti n. 3 e n. 8 del bando da cui si evince che erano soggetti ammissibili alla gara solo quelli svolgenti l'attività di cui all'art. 10 del D. Lgs. n. 385 del 1993 e che sarebbe stato attribuito un punteggio tra 1 e 10 relativamente "agli

elementi necessari inerenti il servizio” solo ai concorrenti che avessero già effettivamente svolto detta attività per almeno un ente pubblico.

2. “Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento di potere, ingiustizia manifesta e contraddittorietà; Violazione dell’art. 16 del D. Lgs. n. 157 del 1995; Eccesso di potere per violazione della “lex specialis”;

Riguardo al parametro di valutazione relativo alla “efficienza del servizio connesso al grado di automazione delle operazioni di tesoreria (oltre all’attuale orario di apertura dello sportello)” la Commissione ha attribuito 2 punti alla ricorrente, qualificando “buono” il servizio dalla stessa offerto, mentre ha attribuito il punteggio massimo (tre punti) alla controinteressata, qualificando come “ottimo” il suo servizio.

Detta valutazione sarebbe illogica, in quanto il servizio offerto dalla banca controinteressata sarebbe solo virtuale, non reale, mentre quello proposto dalla ricorrente è concreto e certo, avendo essa svolto il servizio per il Comune per il periodo precedente a quello oggetto di gara.

La Commissione ha ritenuto “sintetica” la relazione con cui la ricorrente ha illustrato il suddetto elemento di valutazione, non tenendo presente che l’efficienza del servizio reso dalla medesima era verificabile in concreto, dal momento che essa è l’attuale concessionaria del servizio e, comunque, non provvedendo, come era doveroso fare, ai sensi dell’art. 16 del D. Lgs. n. 157 del 1995, a richiedere alla concorrente una più dettagliata esplicitazione degli elementi già forniti.

Se la Commissione avesse applicato correttamente i principi generali, avrebbe dovuto applicare punti 0 alla controinteressata, che ha effettuato una relazione su un’efficienza solo ipotizzata e punti 3 – il massimo – all’offerta della ricorrente, quale offerta migliore, come previsto dal bando.

3. “Eccesso di potere per violazione del bando; illogicità e disparità di trattamento; carenza di motivazione”;

Nel bando è prescritto che i punteggi debbono essere assegnati secondo un criterio proporzionale e cioè “all’istituto che presenterà l’offerta migliore verrà assegnato il punteggio massimo: all’altro verranno assegnati i punteggi proporzionalmente inferiori rispetto alla migliore offerta”.

La Commissione non avrebbe applicato detto criterio proporzionale, dato che laddove all’offerta migliore ha assegnato il punteggio massimo, alla seconda ha assegnato un punteggio uguale a zero.

Tale operazione è stata fatta per tutti i requisiti, eccetto per quello relativo all’efficienza del servizio connesso al grado di automazione, risultando così in modo manifesto l’irrazionalità con la quale ha operato la Commissione.

I procedimenti matematici di calcolo indicati nell’all. B3 della determinazione dirigenziale n. 636 del 4 novembre 2000 sono stati evidentemente previsti per un numero di istituti concorrenti superiori a 2 e, pertanto, la Commissione, quando ha rilevato che alla gara in questione erano stati ammessi solo due istituti e in ogni caso prima dell’apertura delle buste e della valutazione delle offerte, avrebbe dovuto rideterminare le modalità procedurali, in modo che l’attribuzione dei punteggi rispettasse il predetto criterio proporzionale.

La pedissequa applicazione dei criteri allegati al bando, invece, ha finito per negare lo stesso criterio della proporzionalità.

Se i punteggi fossero stati attribuiti proporzionalmente, e cioè attribuendo, per ogni elemento da valutare, il punteggio massimo all'offerta migliore e un punteggio inferiore, calcolato proporzionalmente a tale offerta, a quella dell'altra concorrente, l'istituto ricorrente sarebbe risultato il vincitore della gara con punti 57,159 rispetto ai punti 50,310 che avrebbero dovuto essere attribuiti alla Banca \*\*\* di Credito Cooperativo s.c. a r.l..

4. "Eccesso di potere per falso presupposto di fatto e illogicità";

La gara sarebbe illegittima laddove è stato attribuito un punteggio ad un elemento, "gratuità o onerosità pagamenti a favore dei beneficiari per bonifici", che prevede vantaggi non già a favore dell'Amministrazione Comunale appaltante, bensì di terzi soggetti.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha ritenuto illegittima la clausola di un bando di gara che imponeva ai concorrenti di promettere regalie, in quanto prescrizione che altera la concorrenza, costringendo l'appaltatore a finanziare, al di fuori di ogni regola, soggetti o attività neppure previamente identificabili, con la conseguenza che l'interesse ad ottenere l'appalto viene spostato al di fuori dell'area del legittimo profitto d'impresa.

L'Amministrazione Comunale resistente, costituitasi in giudizio, ritenendo infondato il ricorso, ne chiedeva la reiezione, vinte le spese.

Anche la Banca \*\*\* di Credito Cooperativo si costituiva in giudizio, chiedendo anch'essa la reiezione del ricorso e la condanna di parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

Il T.A.R. per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, con sentenza n. 245/2004, depositata il 28 maggio 2004, respingeva il ricorso, condannando la parte ricorrente alla refusione delle spese di lite.

Con ricorso notificato il 10 novembre 2004 e depositato il 17 novembre successivo, la Banca Popolare \*\*\* – Banco di S. \*\*\* e S. \*\*\* s.c. a r.l. ha proposto appello avverso la prefata sentenza, non notificata, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio, sotto tre distinti profili di impugnazione, con cui si contestano analiticamente le motivazioni poste dal Tribunale a fondamento del rigetto dei motivi di ricorso proposti in prime cure.

Tanto il Comune di Novellara, quanto la Banca \*\*\* di Credito Cooperativo si sono ritualmente costituiti in giudizio, contestando in fatto ed in diritto, mediante articolate controdeduzioni, le censure sollevate dall'appellante, chiedendone il rigetto, con il favore delle spese del grado.

Alla pubblica udienza del 14 giugno 2005, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

E' impugnata la sentenza n. 245/2004, meglio indicata in epigrafe, con la quale il T.A.R. per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, ha respinto il ricorso con cui la Banca Popolare \*\*\* – Banco di S. Gemignano e S. \*\*\* s.c. a r.l. (di seguito chiamata "Banco") ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti con i quali l'Amministrazione Comunale di Novellara (RE) ha concluso il procedimento di gara pubblica relativa alla concessione del servizio di tesoreria comunale per il periodo 1.1.2001 – 31.12.2005, affidando il predetto servizio alla Banca \*\*\* di Credito Cooperativo (di seguito chiamata "Credito"), classificatasi al primo posto della graduatoria di gara.

Contro la sentenza del T.A.R. l'appellante solleva tre motivi di

appello, con cui censura le statuizioni di rigetto dei primi tre motivi di ricorso in primo grado, mentre non è stata gravata la statuizione di rigetto del quarto motivo, relativo all'elemento delle regalie previsto da apposita clausola del bando, statuizione che, quindi, è ormai coperta dal giudicato, stante l'acquiescenza derivante dall'impugnazione parziale, ai sensi dell'art. 329, co. 2, c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo.

Con il primo motivo di impugnazione il Banco appellante critica la sentenza impugnata nella parte in cui non ha accolto la censura relativa alla mancata esclusione dalla gara della controinteressata, per non avere avuto esperienza come Tesoriere. Sostiene, infatti, che il bando prevedeva come condizione minima l'aver già svolto una tale funzione presso enti locali.

Afferma la banca appellante, che "... il punto 8 del bando, inerente «Procedure e criterio di aggiudicazione» prevedeva, fra gli altri gli "elementi di carattere generale relativi agli istituti bancari ed elementi necessari inerenti il servizio (max punti 10)". In questa voce veniva espressamente indicato, alla lettera a) l'aver svolto servizi analoghi per enti pubblici territoriali, attribuendo a tale voce massimo 3 punti così assegnabili: da 1 a 5 enti p. 1; da 6 a 10 enti p. 2; oltre 10 enti p. 3".

Il motivo è infondato.

Come, infatti, correttamente rilevato dai primi giudici, il punto 3 del bando in questione prescrive che "la gara è riservata esclusivamente ad Istituti Bancari autorizzati a svolgere l'attività di cui all'art. 10 del Decreto Legislativo 1.9.1993 n. 385...", con ciò espressamente ammettendo la partecipazione alla gara di quegli istituti di credito che siano in possesso della specifica autorizzazione a svolgere i servizi di tesoreria.

Il punto 8 del bando, invece, nella parte richiamata dalla ricorrente, odierna appellante - "Elementi di carattere generale relativi agli istituti bancari ed elementi tecnici inerenti il servizio" - attribuisce, riguardo alla sottovoce: "a) Servizi analoghi svolti per enti pubblici territoriali", punteggi fino ad un massimo di tre punti da calcolarsi in modo direttamente proporzionale al numero degli enti per i quali il concorrente ha in precedenza svolto servizio di tesoreria o servizio analogo.

Sulla base della suddetta disposizione, al concorrente che ha già prestato servizi di tesoreria per uno e fino a cinque enti territoriali è attribuito un punto; il servizio prestato per sei e fino a dieci enti è premiato con l'attribuzione di due punti, mentre a coloro che hanno prestato detto servizio a più di dieci enti è assegnato il punteggio massimo di tre punti.

Tale norma non prevede, come è logico, alcuna attribuzione di punteggio per quegli Istituti di Credito che, pur in possesso dell'autorizzazione a svolgere il servizio di tesoreria per enti pubblici e che, quindi, avevano pieno diritto a partecipare alla gara in questione, non hanno mai svolto tale servizio.

La disposizione in parola, pertanto, deve essere interpretata ed applicata – come, del resto, hanno fatto sia la Commissione giudicatrice, che il giudice di primo grado - non attribuendo alcun punto al concorrente "Credito", il quale, riguardo al predetto elemento di valutazione, non aveva indicato alcun servizio di tesoreria precedentemente svolto.

D'altra parte, come pure giustamente sottolineato dai primi giudici, a seguire l'interpretazione che delle richiamate disposizioni del bando fornisce parte appellante, si perverrebbe a conclusioni in contrasto con i principi regolatori delle pubbliche gare e con la "ratio" delle disposizioni stesse.

Infatti, non consentire, a soggetti in possesso della specifica autorizzazione prevista dalla legge, di partecipare ad una pubblica gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale contrasterebbe in primo luogo con l'interesse pubblico che alle gare partecipi il maggior numero di concorrenti che siano in possesso di tutti i requisiti richiesti e, in secondo luogo, siffatta esclusione non rispetterebbe nemmeno i principi posti a tutela della libera e leale concorrenza tra imprese, posto che la preclusione a partecipare alla gara o l'esclusione dalla stessa di istituti bancari regolarmente autorizzati a prestare servizio di tesoreria per enti pubblici territoriali restringerebbe e in definitiva riserverebbe, del tutto ingiustificatamente, la possibilità di divenire affidatari del servizio in questione ai soli istituti che hanno già svolto almeno un servizio analogo per detti enti.

Siffatta interpretazione, peraltro, si porrebbe anche in evidente contrasto con la "ratio" di quelle disposizioni del bando che, come si è anticipato, da un lato ammettono a partecipare alla gara tutti gli istituti di credito che siano in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di cui all'art. 10 del D. Lgs. n. 385 del 1993 e che, dall'altro lato e nel contesto di un'asta pubblica finalizzata ad aggiudicare il servizio all'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, valutano le precedenti specifiche esperienze di ciascun istituto concorrente, non già quale requisito di partecipazione alla gara, ma unicamente (e logicamente) in termini di maggior punteggio (per un massimo di 3 punti) attribuibile a questi istituti bancari rispetto a quelli che non possono vantare tale specifica esperienza.

Pare, invero, evidente come una cosa siano i requisiti di partecipazione ad una gara ed un'altra i criteri di valutazione dell'offerta, non fosse altro perché questi entrano in gioco solo dopo che l'offerta ha superato positivamente il vaglio di ammissibilità.

In giurisprudenza, del resto, ormai pacificamente si riconosce la netta distinzione operata dalla normativa nazionale e comunitaria tra criteri soggettivi di prequalificazione (cui si riferiscono le previsioni di cui agli artt. 12-17 del d. lgs. n. 157/95) e quelli oggettivi afferenti alla aggiudicazione (artt. 22-23), netta ed inderogabile distinzione che oltre a trovare un preciso ed espresso riferimento nella normativa richiamata ha una sua sostanziale ed evidente logica: quella di separare i requisiti soggettivi di idoneità e partecipazione alla gara da quelli oggettivi attinenti alla offerta ed alla aggiudicazione (cfr. Cons. St., sez. V, 16 aprile 2003, n. 1993).

Nella fattispecie, dunque, l'esperienza fatta come tesoriere di enti locali può solo contribuire ad ottenere un maggiore punteggio, senza poter diventare un elemento di discriminazione della ammissione alla gara.

Con il secondo motivo l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha disatteso il motivo relativo alla carenza di motivazione ed istruttoria nella valutazione della propria offerta e di quella della controinteressata, nonché violazione di legge, e ciò sotto un duplice profilo:

- da un lato in relazione al fatto che all'offerta del Credito è stato assegnato (in relazione alla voce elementi tecnici inerenti il servizio) il punteggio massimo pur a fronte di un semplice progetto, di una proposta di cui non si era neppure in grado di valutare la fattibilità da parte del Credito stesso;
- dall'altro in relazione alla circostanza che l'offerta del Banco è stata valutata meno per la sinteticità della relazione.

La censura verte essenzialmente sull'essere stati assegnati, per "efficienza del servizio, connesso al grado di automazione delle operazioni di Tesoreria", tre punti (giudizio ottimo) alla banca controinteressata, a fronte dei due punti (giudizio buono) assegnati alla banca appellante.

Anche tale ordine di censure appare privo di fondamento.

Come correttamente ritenuto dai primi giudici, è palese che la relazione richiesta ai concorrenti affinché essi descrivessero il servizio ed il relativo livello di automazione offerti non potesse che riguardare un servizio progettato, che, peraltro, doveva risultare valutabile, da parte della Commissione, anche in termini di sua realizzabilità in concreto, proprio mediante l'analitica esplicitazione, da parte del concorrente, delle varie fasi e scansioni delle procedure previste nonché dei mezzi tecnici e sistemi operativi mediante i quali sarebbe stato possibile raggiungere il grado di automazione offerto.

Sotto tale profilo, pertanto, e tenuto conto dell'ampia discrezionalità attribuita dal bando di gara alla Commissione per valutare il servizio "progettato" da ogni singolo concorrente, da un lato, appare inconferente il richiamo, effettuato dal "Banco" appellante al fatto che esso abbia gestito il servizio fino ad ora, poiché era oggetto di valutazione, da parte della Commissione di gara, unicamente il livello di automazione del servizio che avrebbe dovuto essere reso dall'aggiudicatario per tutto il periodo indicato dal bando e, dall'altro lato, che non sembra viziato per illogicità l'operato della Commissione di gara laddove essa ha ritenuto di valutare con un punteggio inferiore a quello massimo assegnabile, l'offerta prodotta dal "Banco", non essendo detta offerta risultata pienamente convincente, anche a causa della riscontrata sinteticità della relazione.

Anche a proposito di questo mezzo, dunque, le conclusioni del T.A.R. non possono che essere confermate.

Con il terzo motivo di gravame l'appellante critica la statuizione di rigetto del Tribunale in ordine alla censura relativa alle modalità seguite per l'attribuzione del punteggio alle concorrenti.

Sostiene l'appellante che "Il bando prescriveva, senza ombra di dubbio, il criterio proporzionale, precisando che all'offerta migliore viene attribuito il punteggio massimo e alle altre offerte il punteggio proporzionalmente inferiore. In realtà, come denunciato e dimostrato nell'atto introduttivo, tale criterio di rigida proporzionalità non è stato applicato, o meglio è stato applicato solo parzialmente, senza che la Commissione fosse stata a ciò autorizzata da alcun atto della gara e, quindi, in spregio a violazione della *lex specialis*".

Più specificamente, il "Banco" ricorrente, odierno appellante, ritiene che, avendo il bando prescritto che l'attribuzione dei punteggi relativi ai vari elementi di valutazione dovesse essere effettuata secondo un criterio proporzionale e cioè in modo che "all'istituto che presenterà l'offerta migliore verrà assegnato il punteggio massimo: all'altro verranno assegnati punteggi proporzionalmente inferiori rispetto alla migliore offerta..." come da "dettaglio formule e giudizi nella scheda offerta, indicata come allegato B3" (cfr. pag. 3 del bando), la Commissione, una volta rilevato che la partecipazione alla gara di due soli concorrenti avrebbe comportato - mediante l'applicazione delle formule matematiche previste nel suddetto allegato B3 - l'attribuzione automatica, per ciascun elemento di valutazione, del punteggio massimo all'offerta migliore e di zero punti all'altra offerta, avrebbe dovuto determinarsi - prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte - nel senso di ripristinare la proporzionalità tra queste ultime, attribuendo alla migliore il punteggio massimo e alla seconda un minore punteggio calcolato percentualmente sull'offerta migliore.

Il giudice di prime cure ha ritenuto, invece, che anche in questo caso l'operato della Commissione di gara fosse immune dai vizi segnalati dalla società ricorrente.

Premesso che il bando prescriveva un ben individuato criterio con il quale calcolare i punteggi da assegnare agli istituti concorrenti, basato su formule matematiche mediante le quali, riguardo a due dei tre elementi di valutazione, una volta attribuito il punteggio massimo all'offerta migliore, era possibile determinare automaticamente e in modo proporzionale il punteggio da attribuire alle restanti offerte, il Tribunale ha, invero, rilevato che la circostanza che all'asta pubblica in questione partecipassero o fossero ammessi soltanto due istituti di credito, circostanza non espressamente prevista dal bando, non precludesse in astratto né avrebbe precluso in concreto l'attribuzione ai due concorrenti di un punteggio per ogni elemento di valutazione, per cui la Commissione legittimamente avrebbe applicato le prescrizioni del bando assegnando ai concorrenti il punteggio risultante dall'applicazione delle formule previste nell'allegato B3 e, riguardo al terzo elemento di valutazione, i criteri parimenti dettagliatamente previsti in tale atto, facente parte integrante del bando di gara.

Aggiunge il T.A.R. che «non sembra che la Commissione, applicando tale sistema di attribuzione del punteggio, abbia oltrepassato i limiti della logica, dal momento che non è inusuale, nelle gare pubbliche da aggiudicarsi con il metodo che premia l'offerta più vantaggiosa quale risultante dalla sommatoria dei punteggi conseguiti dai concorrenti nei vari elementi di valutazione e che vedono fronteggiarsi solo due concorrenti, l'attribuzione, riguardo a ciascun elemento, del punteggio massimo all'offerta migliore e di zero punti alla seconda offerta»

Il Collegio ritiene, tuttavia, che, come giustamente dedotto dall'appellante, tali considerazioni non possano essere condivise e che, quindi, il terzo motivo di impugnazione - a differenza dei precedenti due - sia fondato.

Come già esposto dall'appellante nel ricorso in primo grado, l'attribuzione proporzionale del punteggio è stata prevista per tutti gli elementi dell'offerta, senza che fosse prevista alcuna deroga. Nonostante ciò la Commissione ha in realtà proceduto in modo difforme da quanto indicato nel bando, attribuendo all'offerta migliore il punteggio massimo e all'offerta inferiore non già un punteggio proporzionale, bensì il punteggio "0", con ciò modificando non solo i risultati della gara, ma, a ben vedere, anche la portata della *lex specialis*.

Come esposto nel ricorso introduttivo e nell'atto di appello, infatti, attribuire "0" alla offerta inferiore non costituisce certo un punteggio proporzionale rispetto al valore massimo fissato per l'offerta migliore (punteggio che, a seconda dell'elemento, è stato fissato in p. 5, p. 10 o p. 15). Tutte le posizioni intermedie che il bando aveva ipotizzato potessero rappresentare la "proporzionalità" sono andate così perse. In tal maniera si è appiattito il risultato in quanto si sono perse quelle differenze minimali che potevano ridurre il distacco fra le due offerte, sostanzialmente simili o molto vicine: orbene, come fondatamente dedotto dall'appellante, due offerte simili o molto vicine, quali quelle delle due concorrenti odierne contendenti, non potevano proporzionalmente avere una il punteggio massimo e l'altra il punteggio "0", poiché in tale attribuzione non vi è nulla di proporzionale, essendosi così violato il dettato del bando e, con esso, la stessa volontà dell'Amministrazione appaltante.

Dunque, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, il Banco non si è lamentato dell'applicazione del bando, ma al contrario della sua non applicazione, o meglio, della sua non corretta applicazione, in relazione alla circostanza, risultata evidente solo in sede di gara, della presenza di sue sole offerte valide e, quindi, di due sole offerte valutabili.

Ora, il fatto che due sole fossero le offerte valutabili in gara non fa venire meno il criterio di attribuzione del punteggio stabilito nel bando: cioè il criterio proporzionale. Se questo, infatti, deve essere l'unico criterio da applicare non è chi non veda come attribuire all'una offerta il punteggio massimo e all'altra il punteggio "0" non contiene in sé alcun criterio e principio di proporzionalità.

E' mancata, dunque, la coerente applicazione dei criteri fissati dal bando, attraverso i quali esprimere la proporzionalità.

Si noti che, come si è detto, il punteggio "0" è stato ritenuto, anche dalla sentenza impugnata, congruamente applicato, con riferimento alla valutazione dell'elemento inerente le precedenti esperienze con enti locali, laddove il concorrente ha dimostrato di non possedere alcuna precedente esperienza. Dunque, da un lato un punteggio graduato da 1 a 3 punti massimi in relazione a precedenti servizi svolti per enti pubblici territoriali e la conseguente attribuzione di "0" punti laddove tali precedenti servizi non sussistono e, dall'altro, incongruamente, l'attribuzione di punti "0" pur a fronte di un'offerta con un contenuto valutabile e proporzionalmente graduabile rispetto a quella più vantaggiosa.

Nel caso di specie, a fronte di un minimo scarto fra le due offerte concorrenti, anziché corrispondere una minima differenza proporzionale nell'attribuzione del punteggio è corrisposto, invece, l'attribuzione sproporzionata del punteggio "0", slegata da ogni criterio di calcolo.

Sul punto la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2001, n. 574), ha precisato che "A fronte di una previsione contenuta nella "lex specialis" che, con riferimento all'appalto per l'affidamento di incarico di tesoreria, prevede l'attribuzione del punteggio massimo all'offerta migliore ed un punteggio proporzionalmente inferiore per le altre, va reputata illegittima la decisione della commissione di attribuire i punteggi per i tassi passivi (ossia per i crediti erogati dalle banche) non in relazione alla differenza proporzionale di ogni offerta rispetto all'offerta sul punto migliore, ma in base alla collocazione di ogni offerta intermedia in una banda di oscillazione tra la migliore (alla quale viene attribuito il punteggio massimo) e la peggiore (alla quale viene attribuito un punteggio pari a zero). Un simile "modus operandi" finisce, infatti, per graduare il punteggio non in relazione alla effettiva convenienza di ogni offerta ma in forza del dato casuale del numero delle offerte e della differenza tra offerta più conveniente e quella meno appetibile".

Nella fattispecie, simile a quella oggetto del presente ricorso, questo Consiglio ha statuito che "Il criterio applicato dalla commissione, oltre a non essere conforme alla lettera del bando, si appalesa non sincronizzabile con la ratio della disciplina di gara. Non è infatti chi non veda come l'attribuzione al tasso debitore peggiore del punteggio 0, anche laddove la differenza rispetto al tasso migliore sia in ipotesi impercettibile, e quindi priva di rilievo pratico per l'amministrazione, dimostra la non coerenza del metodo prescelto con le finalità della gara".

E, ancora, la giurisprudenza di questa Sezione (cfr. Cons. St. sez. V, dec. n. 3628/2000), ha precisato che l'operato della Commissione risulta immune da vizi solo laddove, secondo la formula adottata, i punteggi assegnati esprimono il rapporto proporzionale che intercorre fra i prezzi offerti e, pertanto, "si collocano in una scala di valori che riflette in modo equilibrato il progressivo grado di convenienza per l'amministrazione: massimo per l'offerta più favorevole ..., proporzionalmente ridotto per le altre offerte", in quanto "l'individuazione dell'offerta "economicamente più vantaggiosa" deve avvenire sulla base di punteggi commisurati, per i singoli elementi di valutazione, al grado di convenienza per l'amministrazione e deve discendere ... da un apprezzamento complessivo di tutti gli elementi indicati nel bando".

Alla luce dei summenzionati precedenti, pertanto, la sentenza impugnata merita di essere riformata.

Infatti, laddove l'Amministrazione ha ritenuto di derogare al criterio di valutazione proporzionale delle offerte come risultante dall'applicazione di due distinte formule matematiche riportate in allegato al bando, l'ha indicato espressamente. Ad esempio, in relazione all'aspetto esaminato (precedenti analoghi servizi per enti pubblici territoriali), il bando non ha previsto un criterio proporzionale, ma una graduazione dei punteggi da assegnare in relazione alla "quantità" dell'elemento da valutare, individuando rigidamente il numero di precedenti esperienze a cui far corrispondere un punteggio rigidamente prefissato.

Per i restanti criteri il bando ha, invece, previsto un punteggio da attribuirsi proporzionalmente, e non un punteggio rigidamente prefissato, per cui il punteggio "0", così come attribuito in concreto nella gara de qua, non può essere ritenuto applicazione di un criterio proporzionale.

Se è vero, dunque, come pure si legge nell'impugnata sentenza, che secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia, nel caso in cui la procedura di individuazione del contraente non presupponga un'aggiudicazione automatica, ma derivi – come nella gara oggetto della presente causa – da una pluralità di elementi di valutazione, solamente nel caso in cui il bando di gara non indichi detti elementi in ordine decrescente di importanza e non specifichi dettagliatamente i criteri di attribuzione del punteggio relativi a ciascun elemento di valutazione, la Commissione giudicatrice della gara - prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte - potrà introdurre elementi di specificazione pur sempre restando nell'ambito dei criteri generali prefissati dal bando (cfr. Cons. St. sez. V, 13 aprile 1999, n. 412), è, però, altrettanto vero che nel caso di specie il bando imponeva l'applicazione del principio della proporzionalità nell'attribuzione dei punteggi alle offerte, per cui, se – come pure riconosciuto dalla sentenza impugnata – il bando non ha previsto che i concorrenti fossero solamente due e che, quindi, le formule matematiche allegate non consentivano di rispettare il principio della proporzionalità, compito della Commissione era, appunto, quello di risolvere il problema alla luce delle disposizioni del bando, non di applicare le sole formule in maniera acritica, perdendo di vista il criterio imposto, vale a dire la proporzionalità.

Se fra due offerte che si differenziano per valori minimi, ad una si assegnano 15 punti e all'altra 0, non si comprende dove possa essere la proporzione; la formula doveva, di conseguenza, per forza essere adattata al caso di specie. Non essendo avvenuto ciò, ne consegue l'illegittimità del verbale della Commissione di valutazione delle offerte e, in via derivata, del provvedimento di esito dell'asta pubblica in questione e di quello di aggiudicazione del servizio di tesoreria comunale.

Occorre a questo punto domandarsi in quale misura l'illegittimità consumatasi nel corso del procedimento di gara ridondi nell'annullamento e nella necessaria rinnovazione integrale della gara stessa o se possa procedersi ad una rinnovazione solo parziale della gara.

In base ai principi generali vigenti nel nostro sistema di diritto amministrativo, e, in particolare, i principi di economicità e di conservazione degli atti amministrativi, salvo particolari e motivate esigenze di pubblico interesse, la P.A. deve mantenere ferma l'attività legittimamente posta in essere. Tale principio vale sia nel caso in cui la medesima amministrazione che ha indetto la gara intervenga con un provvedimento reso in sede di autotutela, sia allorquando sopravvenga una statuizione giurisdizionale di annullamento degli atti di gara.

Nell'ipotesi in cui intervenga un provvedimento giurisdizionale di accoglimento di un ricorso avverso gli atti di gara, l'operatività dei principi summenzionati, che impongono di far salva tutta l'attività amministrativa non incisa dall'eventuale vizio, andrà naturalmente commisurata alla latitudine della statuizione di annullamento.

In giurisprudenza si è, ad esempio, chiarito che in seguito all'annullamento ad opera del giudice amministrativo del provvedimento di aggiudicazione di un appalto-concorso, in base alla ritenuta insufficienza e genericità dei criteri di valutazione di taluni elementi progettuali, la rinnovazione della gara non deve necessariamente essere integrale, potendosi limitare ad una nuova formulazione dei criteri in questione, con rivalutazione delle offerte già presentate e tenendo ferme le precedenti operazioni di gara non investite dalla pronuncia giurisdizionale (cfr. Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 1998, n. 1668).

Naturalmente, da quanto ora detto consegue che uno dei principi cardine in materia di pubbliche gare, vale a dire quello della segretezza, allorché occorre procedere alla rinnovazione parziale degli atti di gara a seguito dell'intervento del giudice amministrativo che abbia annullato parte del procedimento, assume un ruolo inevitabilmente differente rispetto a quello che normalmente riveste.

La rivalutazione delle offerte avviene, infatti, in tali casi a carte scoperte.

Tuttavia, tale inevitabile conseguenza dell'intervenuto provvedimento giurisdizionale di annullamento, se da un lato non garantisce appieno l'imparzialità della Commissione, dall'altro rappresenta l'unico modo per evitare di porre nel nulla l'intera procedura (utile per inutile non vitiatur). E, in proposito, la giurisprudenza poc'anzi citata ha chiarito che la rivalutazione delle stesse offerte già presentate in base a criteri annullati, ma riformulati conformemente al giudicato, non può risultare a priori viziata, inserendosi in una procedura nel suo complesso da presumere corretta; la conoscenza delle offerte rispetto alla riformulazione dei detti criteri, pertanto, provoca una riduzione, solo potenziale, dell'imparzialità, inferiore al sicuro nocimento alla buona amministrazione che deriverebbe dal porre nel nulla l'intera procedura (cfr. Cons. St., sez. VI, dec. n. 1668 del 1998 cit.).

La parziale rinnovazione delle operazioni di gara, inoltre, a ben vedere, serve a ridurre l'eventuale ulteriore contenzioso, in quanto il concorrente non aggiudicatario potrà insorgere muovendo contestazioni all'operato del seggio di gara solo laddove si tratti di contestazioni concernenti le parti della procedura espressamente rinnovate (cfr. Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1067).

Applicando le suindicate coordinate alla fattispecie in esame, in cui non sono stati annullati i criteri di valutazione, ma solo il verbale di valutazione delle offerte nella parte relativa alla attribuzione dei punteggi alla concorrente non aggiudicataria, ne consegue che la procedura potrà essere rinnovata a partire dall'operazione di valutazione dell'offerta della medesima, tenendo ferma l'attività legittimamente posta in essere precedentemente a tale momento.

L'appello, pertanto, deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere annullati i provvedimenti impugnati in primo grado di esito della gara e di affidamento del servizio, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Autorità amministrativa di rinnovo parziale della procedura di gara nei sensi suesposti.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla i provvedimenti di esito della gara e di affidamento del

servizio, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Autorità Amministrativa nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 14 giugno 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA L' 8 marzo 2006