



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N.1625/04

Reg.Dec.

N. 5784 Reg.Ric.

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da BANCA CARIME spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Spagnolo ed elettivamente domiciliata in Roma via G. Cesare n. 71 presso lo studio dell'avv. Vito Nanna;

contro

POLITECNICO DI BARI in persona del Rettore in carica rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato per legge in Roma alla via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti di

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA, in persona del suo legale rappresentante pro tempore rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Grassi e Libero Giulietti ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Piazza Barberini n. 12 (studio Visentini);

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia- Bari Sez. I - n. 733 del 2003;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 13 gennaio 2004 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi l'avv. Spagnolo, l'avv. dello Stato Volpe e l'avv. Grassi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Il Politecnico di Bari con bando di gara, pubblicato il 12 agosto 2002, avviava una procedura aperta per l'affidamento del servizio di cassa del Politecnico di Bari per il periodo 1 gennaio 2003 / 31 dicembre 2005, con possibilità di rinnovo per i tre anni successivi, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23 comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 157/1995.

L'amministrazione resistente, ai sensi dei punti 9 e 15 del bando di gara e dell'art. 37 del capitolato, aveva determinato quali elementi preferenziali per l'aggiudicazione: A) gli aspetti tecnico organizzativi per un totale di 38 punti assegnabili; B) gli aspetti economici migliorativi rispetto a quelli stabiliti nell'allegato 1 al capitolato (per un totale di 48 punti assegnabili); C) gli aspetti economici migliorativi per il personale, studenti ed ente rispetto a quelli stabiliti negli artt. 30, 33 e 34 del capitolato.

Presentavano tempestivamente il proprio progetto offerta sia la Banca Carime sia il Monte dei Paschi di Siena.

Si costituiva la Commissione di gara, in data 11 ottobre 2002, e procedeva – come verbalizzato nel verbale n. 2 – all'apertura dei plichi

relativi agli aspetti tecnico-organizzativi del servizio. In relazione all'offerta del Monte dei Paschi di Siena la Commissione rilevava che “nessun riferimento specifico è evidenziato nell'offerta a favore degli studenti, inoltre la mancanza della prescritta relazione, in particolare per quanto attiene la valutazione dell'implementazione ed innovazione dei servizi, non consente l'attribuzione di alcun punteggio, in quanto la Commissione non ritiene che l'allegato manuale operativo sia idoneo a sostituire la prevista relazione”.

All'esito della valutazione degli aspetti tecnico – organizzativi la Commissione attribuiva alla Monte Paschi Siena 16 punti, contro i 38 punti assegnati alla Banca Carime.

La Commissione passava quindi all'esame dell'offerta economica, prima di aprire le buste dava lettura dell'indice Euribor MMP del giorno (e del mese infatti MMP sta per media del mese precedente) pari a 3,316% indi procedeva alla lettura delle offerte ed all'assegnazione dei punteggi di cui alle lettere da B1 a B7 e da C1 a C6.

A seguito di detta operazione, all'offerta economica Carime, veniva attribuito il punteggio di 38,58 punti, mentre a quella del Monte Paschi Siena, il punteggio di 52,61.

In particolare la Commissione ha attribuito all'offerta economica Carime relativa ai punti B2 , B3, e B4 i seguenti punteggi : 6,67 punti (B2), 8,6 punti (B3), 1,37 punti (B 4), corrispondenti rispettivamente ai tassi offerti (2,98%, lordo pari a 2,65% netto per la voce B2, 2,49% per la voce B3, 4,47% per la voce B4).

Sommata i punteggi parziali, proponeva quindi l'aggiudicazione del servizio alla Banca Carime, avendo quest'ultima totalizzato un punteggio complessivo di 76,58 punti contro quello di 68,61 punti assegnato a Monte Paschi.

La gara si concludeva con la proposta di aggiudicazione in favore della Banca Carime.

Il Direttore amministrativo del Politecnico, con nota del 22/10/2002 (prot. n. 15909) ritenendo non chiara la comparazione dei punteggi assegnati per l'offerta economica, come effettuata dalla Commissione nell'allegato n. 5 rimetteva gli atti di gara a quest'ultima, al fine di operare l'opportuna conversione dei relativi dati di offerta, onde potere meglio comprenderne la traduzione in punteggi e quindi meglio equiparare le offerte stesse, in definitiva al fine di ottenere una griglia definitiva di comparazione delle due offerte rappresentate con la stessa unità di misura.

La Commissione di gara si riuniva in data 12 novembre 2002, essa predisponendo una nuova griglia di valutazione delle offerte a tenore della quale si determinava un esito favorevole della gara per Monte Paschi.

Poiché il Politecnico non prendeva in considerazione gli argomenti Carime, al fine di esercitare l'autotutela in relazione alle nuove determinazioni della Commissione, che si ritenevano illegittime e frutto di errori di valutazione, la Banca Carime adiva il Tar Puglia chiedendo l'annullamento degli atti di gara.

Con il primo motivo si denunciava la violazione dei principi che presiedono le gare, e la violazione dei limiti imposti dalla nota dirigenziale del 22/10/1992.

Si rilevava che il direttore amministrativo aveva semplicemente invitato la Commissione a chiarire l'iter logico di attribuzione dei punteggi, ma non aveva legittimato la Commissione a modificare l'aggiudicazione, per effetto di una nuova e diversa valutazione delle offerte presentate.

In sostanza alla commissione, quale organo straordinario dell'amministrazione, era precluso ritornare a rivedere operazioni già effettuate, indicando un nuovo aggiudicatario, ciò spettando unicamente all'organo di amministrazione attiva.

Né la Commissione poteva rivalutare gli atti in base a nuovi criteri.

Con il secondo motivo si denunciava violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, eccesso di potere, difetto di motivazione, illogicità, irricostruibilità dell'iter logico.

La Commissione non poteva apportare modifiche alle risultanze di gara se non previa comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico.

La Commissione era stata convocata per convertire i valori in una griglia più leggibile, non poteva mutare i valori ma solo rendere evidenti errori già commessi.

Inoltre nella specie si era addivenuti al contrarius actus senza una motivazione specifica ed il riconoscimento di aver errato nella valutazione precedente.

Con il terzo motivo si denunciava la violazione dell'art. 37 comma 2 cpv. 2 e 3 , lex specialis della gara, violazione dell'art. 23 lett. b) del d.lgs. n. 157/1995, violazione dell'art. 37 capitolato lett. A1 e A2, eccesso di

potere, difetto dei presupposti, difetto di motivazione, erronea interpretazione del progetto offerta.

Si contestava l'erroneità dell'ultima valutazione della commissione, ricordando che il secondo capoverso dell'art. 37 del capitolato così ne limitava i poteri: “per gli elementi B1,B2, B3, B4, B6 e B7, il punteggio sarà attribuito con il seguente criterio : zero punti per le condizioni economiche poste a base di gara ed indicate nell'allegato 1; il massimo punteggio all'offerta più conveniente per l'amministrazione; i punteggi intermedi (tra zero e quello massimo) saranno attribuiti con il metodo dell'interpolazione lineare.”

L'attribuzione dei punteggi per ciascuno degli elementi (B1 – B7 e C1 – C6) costituenti l'offerta economica era quindi vincolata al mero riscontro dei dati numerici delle offerte: zero punti per gli elementi solo rispettosi del progetto base ; il punteggio massimo per le migliori offerte; un punteggio intermedio, stabilito con il metodo dell'interpolazione lineare, per quelle comunque migliorative del progetto base.

Ogni aspetto migliorativo doveva quindi essere premiato con il punteggio massimo o con un punteggio intermedio.

Banca Carime assumeva di aver offerto tassi tutti migliorativi del tasso previsto con tasso del progetto base.

Si soffermava poi il ricorso sulle offerte B3 tasso creditore, B4 tasso debitore, B2 inv.giac. cassa, sostenendo che era indubbia la loro natura migliorativa del progetto – base e che, in conseguenza, la commissione aveva errato ad attribuire loro punteggio zero.

Si rilevava poi che l'offerta Carime era stata formulata in termini percentuali, e che le offerte dovevano essere semplicemente comparate all'Euribor (già espresso in termini percentuali), mentre la Commissione, per quanto atteneva al valore B2, aveva sottratto detto valore all'Euribor, per quanto atteneva al B3 aveva effettuato la comparazione in modo illogico rilevando che il 75% dell'Euribor equivale al 25% dell'Euribor, deducendone che l'offerta Carime fosse peggiorativa rispetto al valore posto a base di gara, ed, in ultimo, per quanto atteneva al valore B4, la commissione aveva effettuato un passaggio logico incomprensibile rilevando che il 135% Euribor equivale al +35% Euribor e deducendone sempre che l'offerta fosse peggiorativa rispetto al valore posto a base di gara.

Il Tar Puglia ha rigettato il ricorso, rilevando che la Commissione si era limitata ad emendare gli atti da illegittimità verificatesi in precedenza, che vi era stata la comunicazione della nuova seduta della Commissione, per la revisione dei punteggi, che i miglioramenti in sede di offerte previsti dall'allegato 1 della lettera di invito dovevano sostanziarsi nell'aumento o nella diminuzione del dato percentuale stabilito dall'Amministrazione in più o in meno del tasso Euribor /3 mesi. In ultimo il Tar ha rilevato che la relazione sulle modalità tecnico – organizzative del servizio offerto non risultava fra i documenti da presentare a pena di esclusione.

L'appello lamenta violazione dell'art. 112 c.p.c. Omessa pronuncia, difetto assoluto di motivazione. Violazione dell'art. 37 comma 2 cpv. 2 e 3 della lex specialis della gara, e violazione dell'art. 23 lett. b) del d.lvo n. 157/1995. Eccesso di potere. Difetto dei presupposti. Difetto di motivazione. Erroneità di fatto.

Insiste l'appellante Banca Carime nel sostenere che le offerte formulate sono migliorative dell'offerta posta a base di gara, richiamando il prospetto grafico riepilogativo dei tassi posto a base del ricorso.

Viene all'uopo prodotta una consulenza tecnica di parte, sostenendo che si trattava di attività amministrativa priva di margini di discrezionalità, e si sostiene l'illegittimità dell'attribuzione del punteggio zero ai valori B2, B3, B4. Si insiste sulla nebulosità dei passaggi logici dell'ultimo verbale della Commissione, corroborando tale affermazione con la consulenza tecnica, a pag. 13 dell'appello si offre una tabella riepilogativa delle offerte, alla luce della quale emergerebbe l'erroneità delle valutazioni della Commissione.

Con il secondo motivo di appello si censura la sentenza denunciando violazione dei principi che presiedono le gare, violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, eccesso di potere, difetto dei presupposti, difetto di motivazione.

Si insiste nei primi due motivi di ricorso, rilevando che la Commissione non avrebbe potuto modificare gli esiti della gara, se non sulla scorta di adeguata motivazione e non sulla base di una nuova interpretazione del dato posto a base di gara.

In ultimo si ripropone il motivo relativo alla mancata esclusione del Monte dei Paschi per omesso deposito della relazione sulle modalità tecnico-organizzative di gestione del servizio.

Resistono il Politecnico e la Banca Monte dei Paschi di Siena spa.

DIRITTO

L'appello è infondato.

In primo luogo va rilevato che la Commissione non ha ecceduto i poteri poiché essa era stata investita del compito di riesaminare l'attribuzione dei punteggi dall'organo di amministrazione attiva che aveva avuto modo di valutare la prima aggiudicazione provvisoria avvenuta in favore della Banca Carime.

Il Consiglio di Stato, sez. IV, con decisione, che si condivide, 29.05.1998, n. 900 ha affermato che la possibilità per l'amministrazione di *rivedere il provvedimento di aggiudicazione provvisoria di un contratto, anche riaprendo la gara* al fine di riammettervi un'impresa illegittimamente esclusa, trova il *primo fondamento nel principio costituzionale di buon andamento*, che impegna l'amministrazione stessa ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e autorizza, quindi, anche il riesame degli atti adottati ove reso opportuno da circostanze sopravvenute (ovvero da un diverso apprezzamento della situazione preesistente), beninteso con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato.

Sui limiti del riesame si è escluso che esso possa avvenire in base a criteri non precedentemente espressi ed introdotti solo in sede di riesame: così C. Stato, sez. V, 20.10.1994, n. 1201 ha sostenuto che al fine di riportare il procedimento concorsuale nell'ambito della legittimità, la rinnovazione parziale del procedimento di licitazione privata è possibile solamente nel caso in cui l'illegittimità sia accertata in relazione *a regole di comportamento chiare e precostituite*, di modo che la rideterminazione dei risultati raggiunti sia l'effetto di una *mera operazione tecnica*; non è invece possibile allorché si introduca, a procedimento di gara già ultimato, un

criterio che richieda da parte della commissione valutazioni altamente discrezionali.

Né in contrario rileva quanto stabilito da Tar Puglia Sez. II 31 gennaio 1998 n. 109, poiché tale pronuncia dichiara illegittimo il riesame delle offerte nel caso in cui la commissione torni a convocarsi di sua iniziativa, indicando un nuovo aggiudicatario, mentre nella specie la Commissione è stata investita del compito di riesaminare l'aggiudicazione provvisoria dal Direttore amministrativo del Politecnico, ossia dal competente organo di amministrazione attiva (CdS, V, 3 febbraio 2000 n. 661).

La Commissione ha formulato una nuova griglia di valutazione delle offerte sulla base di mere operazioni matematiche, di carattere vincolato, in applicazione del bando e del capitolato di gara, ossia in aderenza alla lex specialis, non impugnata .

Tanto quindi non decampa dai poteri assegnati alla Commissione di gara una volta che l'amministrazione la inviti a riesaminare, in alcuni punti particolari, il proprio operato, trattandosi di semplici correzioni di errori matematici e logici di calcolo dei punteggi da attribuire in modo automatico (ossia secondo il metodo dell'interpolazione lineare previsto dal bando, ovvero mediante attribuzione di punteggio zero alle offerte non migliorative di quella posta a base di gara e di punteggio massimo all'offerta migliore).

Quanto all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, va rilevato che le regole del contraddittorio sono state pienamente rispettate poiché l'amministrazione ha dato avviso alle società bancarie della nuova

seduta di valutazione delle offerte a cui hanno assistito rappresentanti delle imprese partecipanti alla gara.

Né può sorgere alcun dubbio sulla congruenza della motivazione, in quanto si trattava di correggere un mero errore di impostazione, dovuto alla possibilità di individuare il tasso di riferimento posto a base della gara (e che funge da termine di comparazione delle offerte, per individuare la migliore, quelle migliorative ma non migliori in assoluto, e quelle non migliorative) in base ad un'operazione di addizione o sottrazione e non di determinazione su base percentuale.

Quanto al merito della controversia, va infatti rilevato che l'allegato 1 del capitolato prevedeva i seguenti tassi

Creditore Euribor 3 mesi MMP -1,5%

Debitore Euribor 3 mesi MMP +1,5%

Investimenti giacenze di cassa Euribor 3 mesi MMP -0,60%

Rileva il Collegio che, nel caso di specie, la *lex specialis minus dixit quam voluit* ma va interpretata: infatti il tasso Euribor 3 mesi MMP va ad es. per calcolare B 3 ossia il tasso creditore diminuito della misura percentuale indicata (-1,5%) che non può che essere una misura percentuale dello stesso Euribor.

In caso contrario, ossia se si procedesse come fa l'appellante nel prospetto alla pagina 13 dell'appello, ossia se si sottraesse al valore dell'Euribor 3 mesi MMP la cifra indicata dal bando (nell'esempio -1,5%) intesa come valore assoluto in primo luogo si violerebbe la lettera del bando che indica una percentuale (anche se non specifica espressamente di che cosa ma con dimenticanza rimediabile per il fatto che si tratta di sottrarre

una percentuale all'euribor e quindi una percentuale dello stesso euribor) e poi si determinerebbe un risultato paradossale quale il sensibile peggioramento del tasso posto a base di gara per l'amministrazione poiché, per stare all'esempio del tasso creditore, è evidente che un tasso creditore di 3,316 è di gran lunga più appetibile di un tasso creditore di 1,816 che è il risultato dell'operazione prefigurata dall'appellante.

Il tasso creditore è infatti il tasso che si applica non quando la banca è creditrice ma quando sul conto corrente vi è un credito del correntista, e quindi la correzione proposta dall'allegato 1 della lettera di invito, letta nel senso voluto dalla Banca Carime, si appalesa irragionevolmente penalizzante per la p.a..

Il risultato non cambia qualora si considerino i risultati del metodo Carime sugli altri valori dell'offerta economica che risultano sensibilmente aumentati o diminuiti rispetto all'euribor preso come tasso di riferimento.

Orbene, la riprova della inequivocità dell'interpretazione del bando che ritiene la sottrazione debba essere di una percentuale dello stesso Euribor, risiede nella seguente tabella di calcolo: per cui sottraendo all'euribor 3 mesi MMP pari a 3,316 -1,50% dello stesso euribor, si ottiene la misura appena peggiore per la p.a. dello stesso euribor pari a 3,266 (dato da $3,316 - ((3,316 \times 1,5):100)$) che appare una correzione del tasso in diminuzione assai più ragionevole.

Analoghi risultati di correzione più ragionevole (non conducenti a sensibili scostamenti dal tasso preso a riferimento) si hanno per gli altri valori.

Inoltre il bando specificava in altri punti riferimenti a tassi maggiorati di determinati punteggi intesi in cifra fissa e non in percentuale (art. 30 lettere b, h, m del capitolato speciale di gara).

L'offerta Carime poi, sulla base dell'erronea interpretazione del bando, è stata espressa in termini di percentuale dello stesso Euribor e non in valori percentuali da sottrarre o da aggiungere al valore dell'Euribor posto a base di gara, così determinando il non previsto effetto di esprimere un'offerta al di fuori dei parametri previsti dal bando ed alla quale è stato assegnato punteggio zero.

Ne consegue il rigetto dell'appello, non sussistendo fra le cause di esclusione della Banca Monte Paschi, a tenore dell'art.13 del bando di gara, la mancata presentazione della relazione relativa alle caratteristiche organizzative del servizio offerto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicati in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 13 gennaio 2004 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI Presidente

Giuseppe ROMEO Consigliere

Giuseppe MINICONE	Consigliere
Rosanna DE NICTOLIS	Consigliere
Giancarlo MONTEDORO	Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria