

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 467 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Banca Carige Spa - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, in persona del legale rappresentante,
rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso il suo studio in
Genova, via Corsica, 2/11;

contro

Università degli Studi di Genova, in persona del Rettore pro tempore, rappresentato e difeso per
legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliato in Genova, v.le B. Partigiane, 2;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Cassa di Risparmio della Spezia, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli
avvocati Cristina Martorana, Giuseppe La Rosa C.F., domiciliato in Genova, via dei Mille n. 9
presso la Segreteria del T.A.R. Liguria;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- 1) della nota dell'Università degli Studi di Genova – Area Approvvigionamenti e Patrimonio – Servizio Negoziale – Settore Gare per Affidamenti di Servizi e Forniture 20/5/2016, prot.n. 36554, con la quale è stata comunicata alla Banca Carige l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di cassa e dei servizi bancari accessori per sette anni;
- 2) del verbale della Commissione giudicatrice del 17.5.2016, che ha disposto la suddetta esclusione
- 3) degli ulteriori verbali della Commissione giudicatrice;
- 4) del bando di gara, spedito alla G.U.U.E il 18/3/2016, nei limiti di quanto specificato nel presente ricorso con particolare riferimento al punto II.1.1.
- 5) del Disciplinare di gara, nei limiti di quanto specificato nel presente ricorso con particolare riferimento ai punti 2,9 e 10;

6) del Capitolato Speciale, nei limiti di quanto specificato nel presente ricorso con particolare riferimento all'art. 23;

7) della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi di Genova 25/11/2015 che ha approvato l'affidamento di cassa e dei servizi bancari accessori;

8) degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva

del provvedimento prot. n. 36554 del 20/05/2016 concernente esclusione da gara per l'affidamento del servizio di cassa e dei servizi bancari accessori per sette anni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Università degli Studi di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Banca Carige veniva esclusa dalla procedura di gara indetta con bando di gara pubblicato sulla G.U. R.I. n. 35 del 25/3/2016 dall'Università degli Studi di Genova avente ad oggetto l'affidamento della gestione del servizio di cassa e dei servizi bancari accessori.

Esclusione motivata per la mancata presentazione – da parte della Banca Carige- dell'impegno di un fideiussore a prestare la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione; in violazione del disciplinare di gara, che all'art. 9, indica la presentazione della dichiarazione di un fideiussore contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, richiesta della concorrente la cauzione definitiva ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006.

Con ricorso notificato in data 16 giugno 2016 all'Università degli Studi di Genova e depositato sempre in data 16 giugno 2016 la Banca Carige s.p.a. – Cassa di Risparmio di Genova ed Imperia ha impugnato la nota dell'Università degli Studi di Genova del 20 maggio 2016 prot. n. 36554 con la quale è stata comunicata a Banca Carige l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di cassa e dei servizi bancari accessori per sette anni di cui al punto n. 1 dell'epigrafe.

Ciò premesso in punto di fatto, a sostegno del gravame Banca Carige s.p.a. ha dedotto quattro motivi di ricorso rubricati come segue.

I. violazione degli artt. 38, 46 e 75 d. lgs. N. 163/2006, violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 lamentando difetto di istruttoria e di motivazione.

Sotto un primo profilo si lamenta di come la mancata presentazione, da parte di Carige, dell'impegno di un fidejussore terzo a rilasciare la garanzia definitiva non avrebbe dovuto portare all'esclusione dalla gara, bensì all'attivazione del soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1-ter, d.lgs. n. 163/2006.

Sotto un secondo profilo, si lamenta inoltre della nullità di cui la clausole del disciplinare di gara, come quelle contenute nel bando (punto III. 1.1.) e del Capitolato (art. 23) posto che in base al comma 1 1-bis dell'art. 46, i band e le lettere d'invito non possono a pena di esclusione contenere "prescrizioni a pena di esclusione "ulteriori e ultronee rispetto a quelle previste dalla vigente normativa".

II. Violazione artt. 38, 46 e 75 d.lgs. n. 163/2006. Difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione dell'art. 3, legge n. 241/90. Travisamento.

La ricorrente ravvisa il difetto di motivazione del provvedimento di esclusione per la mancata considerazione delle osservazioni contenute nella comunicazione del 13.5.2016, invitata a seguito dell'esternazione di dubbi in ordine alla posizione di Carige dopo la prima seduta pubblica del 12.5.2016. Osservazione in cui veniva dato atto della posizione assunta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nella determinazione n. 1/2015 e nel parere del 2.12.2015.

III. Violazione degli artt. 30, 46 e 75 del d.lgs. n. 163/2006. Difetto di istruttoria e di motivazione

Il motivo si incentra sulla qualifica del servizio di cassa sugli Istituti bancari per le Università in rapporto di concessione di servizi alla cui disciplina non si applicherebbe dunque la disposizione di cui all'art. 75, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006 – senza essere tenuta ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 - non avendo così l'Università degli Studi di Genova la possibilità di introdurre discrezionalmente una causa di esclusione non prevista dalla legge.

IV. Violazione direttiva UE 31/3/2014 n. 18. Violazione art. 41 Cost. Violazione principi di massima partecipazione e concorrenza. Illogicità. Irragionevolezza.

La mancata presentazione da parte dell'operatore di un impegno da parte di soggetto terzo del rilascio della cauzione definitiva costituisce costituirebbe una misura sproporzionata e irragionevole in violazione delle direttive europee in cui è incluso un elenco di cause di esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad una gara.

La ricorrente concludeva per l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione dell'atto impugnato e l'adozione della misura cautelare monocratica di riammissione della ricorrente alla procedura di gara, con vittoria delle spese di lite

Si costituiva in giudizio l'amministrazione intimata Università degli Studi di Genova.

Successivamente alla notifica del ricorso l'amministrazione adottava i provvedimenti di cui al punto n. 2 dell'epigrafe, ed in particolare il verbale della Commissione giudicatrice del 17.5.2016 che ha disposto la suddetta esclusione reso oggetto di motivi aggiunti senza tuttavia, come da parte ricorrente dichiarato, non fossero emersi profili nuovi o diversi rispetto a quelli dedotti nel ricorso introduttivo in quanto il contenuto del provvedimento coincideva con la parte riportata nella comunicazione di esclusione di cui alla nota del 20/5/2016, prot. n. 36554 impugnata con ricorso introduttivo. Dunque parte ricorrente propone con motivi aggiunti i medesimi motivi dedotti da I a IV del ricorso introduttivo senza l'introduzione di domande nuove.

Con decreto n. 122/16, in data 17 giugno 2016, è stata accolta dal Presidente della Seconda Sezione di codesto tribunale la domanda di provvedimento cautelare monocratico, per l'effetto, riammettendo con riserva alla procedura di gara la Banca Carige fissando per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 30 giugno 2016.

Con ordinanza 30 giugno 2016 è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati

In data 28 luglio 2016 veniva notificato, da parte della Cassa di Risparmio della Spezia S.p.a. ("Carispezia") l'intervento ad opponendum nel giudizio promosso da Banca Carige contro Università degli Studi di Genova in qualità di concorrente partecipante alla gara. Carispezia insiste perché il ricorso venga dichiarato inammissibile, irricevibile, infondato e per respingerlo vantando un interesse qualificato affinché il provvedimento di esclusione della Banca Carige continui ad essere efficace.

Carispe eccepisce che Carige avrebbe dovuto notificare il ricorso avverso l'esclusione dalla gara indetta dall'Università di Genova

Banca Carige nella memoria di replica depositata in data 17 settembre 2016 solleva preliminarmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse poiché essendo la procedura di gara ancora in corso ed avendovi partecipato tre concorrenti (oltre a Carispe e Carige anche Popolare di Sondrio) dall'eventuale conferma dell'esclusione di Carige e Carispe non ricaverebbe altro se non un incremento delle chances di aggiudicazione altresì dichiarando come l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica al Carispe – quale controinteressato – prova di fondamento posto che la qualifica di controinteressato non si acquisirebbe per il mero partecipante in occasione dell'impugnazione della esclusione da parte di altro concorrente.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 29 settembre 2016, il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

L'eccezione di inammissibilità del ricorso è priva di fondamento.

Infatti, la qualifica di controinteressato – quale soggetto che è titolare di un interesse giuridicamente rilevante al mantenimento dell'impugnata esclusione – come correttamente sostenuto da Banca Carige non si configura in capo al mero partecipante in occasione dell'impugnazione della esclusione da parte di altro concorrente laddove sia ancora in corso lo svolgimento della gara e dunque la stazione appaltante non abbia fatto contestualmente luogo all'aggiudicazione dell'appalto. Nel momento in cui Banca Carige presentava il ricorso avverso il provvedimento di esclusione Carispe non ha assunto per le ragioni di cui sopra alcuna posizione di controinteresse.

L'intervento della Carispe s.p.a., di contro, deve ritenersi ammissibile aumentando, l'eventuale reiezione del ricorso, le chances di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto da parte dell'interveniente. Deve, infatti, rilevarsi come l'intervento sia utilizzabile per la tutela di interessi che sono al momento della presentazione del ricorso privi di attualità e come tali non idonei ad attribuire la qualifica di ricorrente ovvero specularmente di controinteressato.

Nel merito il ricorso è fondato.

L'art. 46 d.lgs 163/06, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, stabiliva "1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. 1-ter. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

A sua volta l'art. 38, comma 2 – bis, d.lgs. 163/06 stabiliva: "2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte."

L'ambito dell'istituto del soccorso istruttorio dipende dal discrimine tra la qualifica di essenzialità o non essenzialità dell'offerta tale da ingenerare, o meno, una situazione di incertezza sul contenuto dell'offerta e cioè sull'idoneità a garantire alla stazione appaltante il raggiungimento del perseguito con la gara indetta dalla stazione appaltante.

Tale conclusione è ritraibile dal comma 1 – bis dell'art. 46 che fa riferimento al contenuto dell'offerta, di talché tutti gli elementi che influiscono sul contenuto dell'offerta nelle sue componenti di offerta tecnica ed economica, ovvero sulla prestazione o bene proposto dal concorrente non possono essere sanati mediante il ricorso al soccorso istruttorio..

L'istituto, seppur oggetto di numerose modifiche legislative, trova comunque il limite della par condicio tra i concorrenti e tuttavia limita l'operatività della par condicio al contenuto dell'offerta così inteso. Tutti gli altri elementi, al contrario, possono essere sanati con conseguenze negative sulla par condicio conseguenze tuttavia che il legislatore ha previsto e accettato.

In altre parole, il discrimine tra la possibilità di esercitare il soccorso istruttorio da parte delle stazioni appaltanti oppure no è dato dalla qualifica o meno di elemento che attiene al contenuto dell'offerta e che, se fatto conoscere o messo a disposizione della stazione appaltante, in un momento successivo rispetto alla presentazione delle offerte, è chiaramente idoneo a violare il principio della par condicio tra i concorrenti.

Nel caso di specie Banca Carige avrebbe omesso di depositare la dichiarazione di impegno di cui all'art. 75, comma 8 D. Lgs. n. 163 del 2006 "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario", disposizione richiamata nel Disciplinare di gara all'art. 9.

Il dettato dell'art. 75, comma 8, D.Lgs. n. 163 del 2006 e del conforme art. 9 del disciplinare di gara non lasciano spazio a dubbi quando annoverano la mancata allegazione di tale dichiarazione di impegno tra le cause tassative che legittimano la stazione appaltante all'esclusione di una partecipante da una procedura ad evidenza pubblica.

L'allegazione di una dichiarazione da parte di un soggetto terzo in ordine alla presentazione di una cauzione definitiva è volta, da un lato, a ulteriormente rafforzare la complessiva affidabilità dell'offerta formulata dall'altra, in via mediata, a garantire l'amministrazione circa la corretta esecuzione del servizio in vista della tutela dell'interesse pubblico perseguito dalla stessa.

Tale elemento se pur essenziale non attiene al contenuto dell'offerta.

E' lo stesso tenore letterale della norma trascritta ad escludere che l'impegno del fideiussore costituisca elemento attinente al contenuto dell'offerta. Invero l'elemento in questione è proveniente da un terzo ed è previsto quale corredo dell'offerta stessa, con ciò evidenziando come tale elemento non costituisca parte integrante e costitutiva né dell'offerta economica né di quella tecnica, conclusione quest'ultima che, se pure intuitivamente raggiungibile, non pertinendo l'impegno del fideiussore né all'offerta tecnica né a quella economica e non influenzando sulla quantità e qualità dei beni e servizi offerti, è stata resa esplicita dalla norma mediante la previsione che l'impegno del fideiussore sia posto a corredo dell'offerta.

Sul punto non assume rilevanza la circostanza che la norma sanzioni l'omessa produzione dell'impegno con l'esclusione. Deve, infatti, rilevarsi come la norma sia stata introdotta precedentemente alle modifiche all'art. 46 d.lgs. 163/06 da ultimo intervenute di talché l'essenzialità o meno di un elemento ai fini nell'economia dell'offerta non può trarsi dalla sanzione che presidia la mancata produzione dell'elemento stesso.

Una volta acclarato che l'impegno del fideiussore non attiene al contenuto dell'offerta non sussistono dubbi sulla piena operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, come previsto, nella sua amplissima latitudine dall'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06.

Il Collegio non ignora le possibili ricadute negative sulla par condicio che l'applicazione del soccorso istruttorio, inteso in questa latissima accezione, può comportare. Si pensi solo per restare alla presente fattispecie, la diversa urgenza che si traduce inevitabilmente in un diverso costo per il reperimento di un fideiussore tra il concorrente che diligentemente rispetta i termini del bando e il concorrente che, infrangendoli, invece attende fino alla richiesta della stazione appaltante.

E, tuttavia, il Collegio ritiene che il legislatore, con scelta insindacabile in questa sede siccome immune da vizi di ragionevolezza, abbia inteso, in tutte le ipotesi in cui il difetto degli elementi non attenga al contenuto dell'offerta, sostituire la sanzione espulsiva con una sanzione pecuniaria, quella prevista dall'art. 38, comma 1 bis d.lgs. 163/06 articolo espressamente richiamato dall'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06.

Pertanto, per tutti gli elementi essenziali ma non attinenti al contenuto dell'offerta, tra i quali ovviamente anche l'impegno del fideiussore, la cui essenzialità nell'ottica della previsione di cui

all'art. 38, comma 2 – bis d.lgs. 163/06, deriva dalla previsione normativa dell'esclusione in caso di mancata produzione deve ritenersi la sostituzione della sanzione espulsiva con quella pecuniaria.

Ne consegue che, nella specie, la ricorrente dovrà essere ammessa al prosieguo della procedura previa applicazione da parte della stazione appaltante della sanzione di cui all'art. 38, comma 2 – bis d.lgs. 163/06.

Le spese possono compensarsi stante la complessità della questione di diritto trattata

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati ammette la ricorrente al prosieguo della procedura previa applicazione da parte della stazione appaltante della sanzione di cui all'art. 38, comma 2 – bis d.lgs. 163/06 .

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Morbelli

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO