



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2275 del 2008, proposto da:
Nextam Partners Sgr S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Stefano Grassi e Rosanna Ricci, con domicilio eletto presso
quest'ultima in Milano, Via Vitali, 1

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato
e difeso dagli avv. Maria Teresa Maffey, Stefania Pagano e Maria Rita
Surano, domiciliato in Milano, Via Andreani, 10

per l'annullamento

-del bando di gara n. 60/2008;
-della nota esplicativa della procedura, allegata alla determinazione
dirigenziale n. 318 del 10.7.2008, nonché di tale determinazione, nella
parte in cui disciplina il requisito di partecipazione previsto dall'art. 6

lett. D “capacità tecnica”;

-della nota a firma del Direttore del Settore Acquisti, di risposta alla richiesta di chiarimenti presentata dalla ricorrente;

-del provvedimento di esclusione dalla procedura, ricevuto il 4.8.2008;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune ha indetto una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'individuazione di un servizio di *advisory* per l'assistenza e la consulenza nella valutazione della propria struttura finanziaria e, cioè, per selezionare un soggetto in grado di operare una valutazione prognostica del debito in essere e di indicare la migliore strategia di gestione dell'indebitamento, ivi inclusa l'eventuale rinegoziazione dei contratti o l'avvio di procedura contenziose contro i creditori che avevano offerto i prodotti finanziari derivati.

Alla procedura prendeva parte solo la ricorrente, che veniva tuttavia esclusa, a causa del mancato possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dalla *lex specialis*.

1) Con il primo motivo di ricorso si censura la disciplina di gara nella parte in cui avrebbe indebitamente contenuto la platea dei concorrenti alle sole “istituzioni finanziarie” (art. 5 nota esplicativa), e ai soli soggetti “che abbiano effettuato o effettuino in concreto operazioni di raccolta e impiego fondi e/o di tipo bancario”. Da tale premessa, visto che l'appalto in questione avrebbe per oggetto la “consulenza per la valutazione finanziaria”, e non la raccolta e l'impiego di fondi, sarebbe illegittimo restringere la partecipazione ai soggetti che hanno effettuato quest'ultima attività, confondendo tra quella richiesta dal bando (consulenza), e ciò che ne costituirebbe l'oggetto (le operazioni di raccolta e impiego fondi).

2) Con il secondo motivo è stata denunciata la violazione dell'art. 42 comma 1 del D.Lgs. n. 163/06, che consente di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica facendo riferimento ai destinatari, pubblici o privati, dei servizi, mentre la *lex specialis* ha richiesto di attestare la pregressa fornitura di servizi di consulenza finanziaria “a favore di enti pubblici”.

Il quadro normativo di riferimento in tema di prestazione dei servizi oggetto dell'appalto, sarebbe costituito dal D.Lgs. 17.9.2007 n. 164, in attuazione della direttiva 2004/39/CE, che a parere della deducente non prevederebbe alcuna differenziazione tra clienti

privati e pubblici, rilevante ai fini dell'esercizio dell'attività e della sua organizzazione, dato che le Amministrazioni pubbliche non costituirebbero in alcun modo un'autonoma categoria di clientela.

3) Con il terzo motivo è stato rappresentato l'irragionevole peso attribuito alla componente tecnica (70 punti), rispetto a quella economica (30 punti). Inoltre la valutazione delle "esperienze pregresse" sarebbe arbitrariamente ristretta nella soglia massima di 30 punti.

4) Con il quarto ed ultimo motivo è stato dedotto che la procedura non potrebbe considerarsi "sotto soglia", come affermato dal Comune, dovendosi computare, oltre al corrispettivo previsto per la durata annuale prevista di € 206.000, anche quello per il periodo di eventuale rinnovo per altri dodici mesi.

Si è costituito in giudizio il Comune, insistendo per la reiezione del ricorso, in quanto inammissibile e infondato nel merito.

DIRITTO

In via preliminare, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, nella parte in cui mira ad ottenere "la rinnovazione della procedura sulla base di nuove e più favorevoli regole". Come correttamente osservato dalla difesa della stazione appaltante, la procedura di che trattasi non è, infatti, mai stata aggiudicata, né alcun contratto è stato stipulato, per cui non può pronunciarsi alcuna condanna della stazione appaltante a bandire ex novo una procedura alle diverse condizioni auspiccate dalla ricorrente: lo stabilire se indire o meno una

nuova gara alla luce dell'esito di quella precedente rientra, oinfatti, nell'area della riserva amministrativa e resta insindacabile alla luce dei motivi introdotti..

Nel merito, il ricorso è in parte inammissibile ed in parte infondato.

1) Il primo motivo è inammissibile.

La ricorrente non alcun interesse a dolersi di una clausola di partecipazione che fissi requisiti che la stessa possiede, essendo, per sua stessa ammissione, una "società di gestione del risparmio", ed essendo peraltro l'unica concorrente ad aver presentato domanda di partecipazione.

2) Il secondo motivo è infondato.

L'appalto in questione aveva a oggetto una serie di complesse attività di analisi finanziarie e di gestione del rischio in relazione a pregresse operazioni in borsa che il Comune ha posto in essere, da parte di un consulente finanziario indipendente ed altamente qualificato, idoneo a fornire assistenza nella valutazione dell'esistente situazione debitoria, come delineatasi in seguito alla crisi dei mercati finanziari che ha negativamente inciso anche sul Comune di Milano, quale possessore di titoli di cosiddetta finanza derivata.

Parimenti, i predetti servizi, andavano forniti a favore di un committente connotato da un'ulteriore "specialità" rispetto ai soggetti privati, come dimostrato dall'esistenza di un'ampia e complessa normativa in materia contabile e finanziaria specificamente dettata per gli Enti Pubblici.

Quanto precede giustifica dunque le previsioni della *lex specialis* che non appaiono eccessivamente restrittive della platea dei potenziali concorrenti, come peraltro già riconosciuto in giurisprudenza in casi analoghi ("Ben si giustifica, pertanto, l'introduzione nel bando di gara di una disposizione che riferisce il requisito di partecipazione ai soli soggetti che si sono già qualificati come fornitori di analoghi servizi, all'evidenza svolgibili soltanto presso altre Amministrazioni pubbliche in senso stretto (...). Nel caso di specie l'Amministrazione Regionale, proprio perché ha legittimamente inteso delimitare la platea dei propri potenziali fornitori di servizio ai soggetti che evidenziavano peculiarità professionali specificamente conferenti con le proprie esigenze richiedendo l'avvenuta prestazione di servizi comunque uguali nel contenuto rispetto a quello posto in gara, non ha violato il principio del favor participationis, né i principi discendenti dalle norme costituzionali o comunitarie invocate dalla ricorrente, né più in generale ha posto in essere le illegittimità da essa complessivamente descritte". (T.A.R. Veneto, Sez. I 29.7.2009 n. 2247).

3) Il terzo motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

Nel ricorso era stato dedotto, infatti, il solo eccessivo peso attribuito alla componente tecnica rispetto a quella economica, nonché la valorizzazione di requisiti soggettivi, quali le "esperienze pregresse" per le quali erano previsti soli 30 punti; alcun vizio era stato dedotto, invece, per la mancanza di criteri di ponderazione che limitassero la

discrezionalità dell'Amministrazione, come invece emerge nella memoria del 24.12.2010: il detto motivo è pertanto inammissibile, trattandosi non già di uno sviluppo del motivo originario, ma di una sua vera e propria integrazione.

Le ulteriori censure sono comunque infondate. Osserva il Collegio che l'attribuzione dei punteggi alle singole componenti dell'offerta è rimessa al potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, cui compete di stabilire in qual modo la qualità del servizio debba rapportarsi con il suo costo (C.S. Sez. V 22.6.2010, n. 3890). In definitiva, sia, la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che per vizi meramente estrinseci (C.S., Sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3103; sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

Per quanto concerne poi la presunta eccessiva valorizzazione degli elementi soggettivi, la giurisprudenza più recente ha chiarito che il divieto di commistione tra elementi soggettivi ed oggettivi non deve essere valutato sulla base di considerazione astratte, ma accertato in

concreto (C.S. Sez. V 12.06.2009, n. 3716): il che autorizza a concludere che la peculiarità della presente gara d'appalto qualifica la stessa in termini particolari nel quadro degli appalti di servizi, da cui la non irragionevole valorizzazione, nei termini suddetti, degli elementi soggettivi.

4) Il quarto motivo è inammissibile per carenza di interesse.

Il concorrente ha regolarmente presentato domanda di partecipazione e non potrebbe conseguire alcuna utilità a seguito della riedizione della stessa procedura di gara, seppure dovesse essere qualificata "sopra soglia".

Il ricorso è dunque inammissibile e in parte infondato..

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in relazione alla peculiarità della vicenda sopra definita.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e nel resto lo respinge.

Spese compensate.

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

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2011

IL SEGRETARIO

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