



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2240 del 2011, proposto da:
Cassa di Risparmio del Veneto S.p.A. Cariveneto, rappresentato e
difeso dagli avv. Paolo Mantovan, Giuseppe Franco Ferrari, con
domicilio eletto presso Paolo Mantovan in Venezia, San Marco,
4255;

contro

Comune di Spresiano, rappresentato e difeso dall'avv. Cristiano
Antonini, con domicilio eletto presso Cristiano Antonini in Venezia,
Piazzale Roma, 464;

nei confronti di

Unicredit Banca S.p.A.;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Unicredit Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso Giorgio Pinello in Venezia, San Polo, 3080/L;

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile dell'Unità Organizzativa II - Area Finanziaria - n. 508 del 15/11/2011 e dell'ivi richiamata perizia di cui all'allegato "A", di aggiudicazione definitiva dell'appalto servizio tesoreria comunale periodo 01/01/2012 - 31/12/2016 a Unicredit Banca SpA; della raccomandata prot. n. 18127/18921 concernente diniego di autotutela ai sensi dell' art. 243-bis, comma 5, d.lgs. 163/2006; quale atto presupposto, del bando di gara prot. n. 14024 per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale per il periodo 01/01/2012 - 31/12/2016; nonchè di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Unicredit Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso Giorgio Pinello in Venezia, San Polo, 3080/L;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 la

dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Visti i motivi dedotti con il ricorso principale, le eccezioni opposte dalle resistenti, nonché l'atto di intervento ad opponendum ed il ricorso incidentale proposto dalla contro interessata;

ritenuto preliminarmente di non poter accogliere l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per mancata notifica del gravame al soggetto aggiudicatario del servizio, in quanto effettuata inizialmente (salva tardiva integrazione) nei confronti di UniCredit Banca S.p.A. e non nei confronti del soggetto reale aggiudicatario, ossia UniCredit S.p.A. (quest'ultima frutto della fusione operata nel 2010 e nella quale è confluita UniCredit Banca S.p.A.);

invero, esaminata la documentazione agli atti, soprattutto i verbali e la stessa comunicazione effettuata dal Comune in data 18.11.2011 alla ricorrente ai sensi dell'art. 79, comma 5-quater, si rileva che in tali atti è stato indicato il nominativo di UniCredit Banca S.p.A., mentre nella determinazione impugnata con il ricorso introduttivo (n. 508/2011) ancora una volta è stata indicata la banca UniCredit e non Unicredit S.p.A.;

se quindi è vero che nella comunicazione ex art. 243 del 18.11.11 la ricorrente ha utilizzato il nominativo di UniCredit S.p.a., è altrettanto oggettiva l'incertezza che sussisteva circa l'esatta individuazione del soggetto aggiudicatario, per cui è possibile superare l'eccezione

concedendo la scusabilità dell'errore di notifica.

Ciò premesso, ritiene il Collegio di dover procedere all'esame di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, proposti, trattandosi di gara alla quale hanno preso parte due soli concorrenti, e quindi di trarre avvio dall'esame delle doglianze contenute nel ricorso principale, in considerazione del fatto che quelle esposte nell'incidentale, investendo la legittimità del bando di gara e quindi dell'intera procedura, assumono rilevanza unicamente nell'ipotesi in cui, in accoglimento del ricorso principale, l'esito della gara dovesse risultare diverso.

Orbene, il Collegio ritiene che il ricorso principale sia fondato e meritevole di accoglimento per le seguenti considerazioni.

Il bando di gara ha infatti individuato fra i criteri per l'assegnazione dei diversi punteggi per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche quello della distanza della sede dell'istituto di credito da quella comunale o meglio, letteralmente, dalla sede dell'ente, senza operare alcuna specifica indicazione circa un indirizzo particolare, né in ordine alla presenza di diversi accessi alla sede comunale.

In realtà, proprio in assenza di alcuna specifica indicazione contenuta nella *lex specialis*, il solo riferimento possibile, in quanto rilevabile agevolmente da ogni aspirante affidatario del servizio, poteva essere, nel rispetto della trasparenza e *par condicio*, quello della sede dell'ente comunale, così come indicata nell'intestazione ed in ogni

altro documento di gara.

Ne deriva che la sede dell'ente doveva essere individuata in Spresiano, Piazza Luciano Rigo n. 10.

Diversamente operando, a fronte della diversa distanza indicata dai due concorrenti nelle rispettive offerte, l'amministrazione ha effettuato un controllo circa la distanza degli sportelli disponibili rispetto alla sede dell'ente, con una misurazione che ha tenuto conto di un ulteriore e diverso accesso secondario, posto in posizione più ravvicinata per la controinteressata UniCredit, tale da consentirle di ottenere il massimo punteggio disponibile, penalizzando al contempo la ricorrente, che ha ottenuto un punteggio pari a zero.

Premesso che proprio tale difforme valutazione ha di fatto assunto rilevanza ai fini del punteggio finale complessivamente totalizzato dalla concorrenti, si osserva come detta operazione di verifica sia basata su dati palesemente in contrasto con i principi di par condicio, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, non essendo mai stata data alcuna indicazione ai concorrenti circa l'esistenza di più accessi alla sede dell'ente, sui quali valutare la distanza da calcolare ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio.

Ne deriva l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione e quindi dei punteggi assegnati dalla commissione e della conseguente aggiudicazione a favore della contro interessata.

La fondatezza del ricorso principale comporta la necessità di esaminare la fondatezza di quello proposto in via incidentale e

subordinata dalla controinteressata, la quale ha censurato la legittimità della lex specialis di gara per quanto riguarda la mancata richiesta del versamento da parte dei concorrenti della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75, comma 1 del d.lgs. n. 163/06, del mancato obbligo di dichiarazione di impegno alla prestazione della cauzione definitiva ex art. 75, comma 8 ed in deroga all'art. 113 del Codice degli Appalti, nonchè in ordine alla violazione degli artt. 86 e 87 in materia di oneri di sicurezza.

Ritiene il Collegio che le doglianze esposte in sede incidentale non siano fondate, per cui, superate le eccezioni preliminari di inammissibilità dello stesso per carenza di interesse dedotte dalla difesa del Comune, il ricorso incidentale non può trovare accoglimento.

Invero, tenuto conto della peculiarità del servizio oggetto della gara, per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 75, primo e ottavo comma, il Collegio ritiene di condividere l'orientamento secondo il quale nel caso di specie non si tratterebbe di una gara d'appalto per l'affidamento di un servizio, bensì di una concessione di servizi, per la quale opera l'art. 30 del D.lgs. n. 163/06 e quindi, salvo quanto ivi previsto, viene esclusa l'applicazione delle disposizioni del Codice dei Contratti .

Richiamata sul punto per un caso identico la pronuncia della Sezione V del Consiglio di Stato, n. 3377/2011, si concorda con l'impostazione ivi esplicitata del servizio di tesoreria quale servizio

dato in concessione, tenuto conto dell'assunzione dell'alea del servizio a carico del concessionario e non dell'amministrazione affidante, il che porta a concludere, sulla scorta anche dell'orientamento comunitario in materia e della Corte di Cassazione, che trovi applicazione nella fattispecie l'art. 30, secondo comma del D.lgs. n. 163/06 trattandosi di gara in cui la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, così restando esclusa la riconducibilità della stessa all'appalto di servizi.

Per detti motivi non può trovare applicazione la norma dell'art. 75 richiamata (a maggior ragione per quanto riguarda il primo comma, non essendovi un importo cui commisurare l'ammontare della cauzione) e quindi neppure le disposizioni invocate in materia di oneri di sicurezza.

Pertanto, ritenuta la fondatezza del ricorso principale, respinto il ricorso incidentale, va disposto l'annullamento degli atti impugnati e quindi dichiarata l'inefficacia del contratto concluso fra il Comune e UniCredit S.p.A., con conseguente aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Spese compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti

impugnati, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato fra il Comune e la controinteressata, con tutte le conseguenze derivanti in ordine all'esito della gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2012

IL SEGRETARIO

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