



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 Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9877 del 2018, proposto da

Intesa Sanpaolo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

contro

Fondazione Enasarco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Dell'Unto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Bnl - Banca Nazionale del Lavoro S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;
Banca Popolare di Sondrio S.C.P.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

a. della esclusione di Intesa Sanpaolo S.p.A. dalla procedura aperta in ambito U.E. indetta dalla Fondazione ENASARCO – Ente Nazionale di Assistenza per gli Agenti e Rappresentanti di Commercio ai sensi degli artt. 60 e 95 d.lgs. 50/2016 per l'affidamento dei servizi di tesoreria e cassa della Fondazione e dei servizi di pagamento di contante allo sportello localizzato sul territorio nazionale – Lotto I CIG 72421413D0 disposta all'esito della seduta di gara del 6.7.2018 con provvedimento dell'11.7.2018, comunicato in pari data a Intesa Sanpaolo S.p.A., e del predetto provvedimento;

b. della comunicazione della disposta esclusione effettuata con nota dell'11.7.2018 – ENA180000074414U e della nota predetta;

c. della aggiudicazione della gara in questione al RTI Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. – Banca Popolare di Sondrio S.c.p.A.;

d. di ogni altro atto e/o comportamento preordinato, consequenziale o comunque connesso, ed in specie: i) di tutti i verbali di gara e delle operazioni della Commissione di gara, del RUP e della Fondazione ENASARCO – Ente Nazionale di Assistenza per gli Agenti e Rappresentanti di Commercio nelle parti in cui hanno valutato l'offerta di Intesa Sanpaolo S.p.A. e ne hanno disposto l'esclusione dalla procedura de qua; in particolare dei verbali delle sedute pubbliche del 13.6.2018 e del 6.7.2018 e del verbale della seduta riservata del 28.6.2018; ii) delle determinazioni / deliberazioni degli organi della Fondazione ENASARCO – Ente Nazionale di Assistenza per gli Agenti e Rappresentanti di Commercio che hanno disposto l'esclusione di Intesa Sanpaolo S.p.A. dalla procedura de qua; iii) della proposta di aggiudicazione della gara al RTI Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. – Banca Popolare di Sondrio S.c.p.A.; iv) del giudizio di congruità dell'offerta del RTI Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. – Banca Popolare di Sondrio S.c.p.A.; v) occorrendo, della lex specialis della procedura, ed in specie del disciplinare di gara, dello schema di contratto e dello schema di offerta economica, nei soli termini di cui infra,

per l'accertamento e la dichiarazione
della inefficacia del/dei contratto/contratti eventualmente sottoscritti dalla Fondazione ENASARCO – Ente Nazionale di Assistenza per gli Agenti e Rappresentanti di Commercio con il RTI Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. – Banca Popolare di Sondrio S.c.p.A. nelle more del giudizio,

per l'accertamento e la dichiarazione
del danno ingiusto subito dalla Società ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica, mediante affidamento dell'appalto a Intesa Sanpaolo S.p.A., anche eventualmente in via di subentro al RTI Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. – Banca Popolare di Sondrio S.c.p.A., anche ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121, 122 e 124 c.p.a., ovvero, solo in subordine, per equivalente, mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi dalla Società ricorrente da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria,

per la condanna
della Fondazione ENASARCO – Ente Nazionale di Assistenza per gli Agenti e Rappresentanti di Commercio al risarcimento del danno ingiusto subito dalla Società ricorrente, in via principale, in forma specifica, mediante adozione degli atti necessari all'affidamento a Intesa Sanpaolo S.p.A. dell'appalto de quo, anche eventualmente in via di subentro al RTI Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. – Banca Popolare di Sondrio S.c.p.A., ovvero, solo in subordine, per equivalente, mediante condanna al risarcimento del danno subito dalla Società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della di Fondazione Enasarco e della Bnl - Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2018 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

La ricorrente ha impugnato la propria esclusione dalla procedura aperta in ambito U.E. indetta dalla Fondazione Enasarco, ai sensi degli artt. 60 e 95 d.lgs. 50/2016, per l'affidamento dei servizi di tesoreria e cassa della Fondazione e dei servizi di pagamento di contante allo sportello localizzato sul territorio nazionale.

Si sono costituiti Enasarco e la controinteressata.

Alla camera di consiglio del 25 settembre 2018, avvertite le parti ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso non è fondato.

La ricorrente è stata esclusa in quanto la sua offerta è stata ritenuta *“inammissibile poiché ha introdotto un elemento aggiuntivo/modificativo rispetto agli atti di gara”*.

È anzitutto infondata la censura di difetto di motivazione.

È un principio generale, quello per cui l'amministrazione appaltante può porre a base del proprio provvedimento di esclusione di un concorrente la valutazione espressa dalla Commissione di gara nei propri verbali.

Nel caso in esame, la motivazione è espressa nel verbale della Commissione di gara del 28 giugno 2018, e non vi è dubbio che la ricorrente abbia avuto piena conoscenza del verbale citato, considerato che la stessa ha provveduto ad allegarlo al ricorso e a confutarne le argomentazioni.

Parimenti infondata è l'ulteriore censura avverso le motivazioni che hanno indotto all'esclusione della ricorrente.

Il punto 12 del disciplinare di gara *“Contenuto della Busta C – Offerta Economica”*, prevedeva che l'offerta doveva essere predisposta secondo il modello di cui all'allegato n. 8 al disciplinare e doveva contenere *“... tasso di interesse attivo sulle giacenze depositate espresso, con spread positivo su Euribor ad un mese con base 365 ...”*.

L'offerta della ricorrente, alla voce riguardante tasso di interesse attivo sulle giacenze depositate espresso, con spread positivo su Euribor ad un mese con base 365, ha indicato *“0,010% (con floor a 0,000% fino a € 200.000.000,00)”*.

La semplice lettura dell'offerta della ricorrente evidenzia come questa contenga un elemento ulteriore rispetto a quanto prescritto dal bando.

Ciò è confermato anche dallo stesso ricorso, laddove è stato evidenziato come l'offerta sia stata così formulata al fine di tutelare la stazione appaltante (*“Intesa ha previsto un “floor a 0,000% fino a € 200.000.000,00”, ossia un valore minimo (c.d. floor) del tasso di interesse indicizzato*

all'Euribor. In altri termini, ove le giacenze dell'Enasarco non superino i 200 milioni di euro, troverà applicazione un floor a 0,000%, ossia, in caso di giacenze inferiori ai 200 milioni di euro, non verranno comunque applicati interessi negativi ove lo spread offerto non dovesse essere sufficiente a neutralizzare gli effetti negativi connessi all'oscillazione del valore dell'Euribor. In questo modo, l'Enasarco avrà la possibilità di tutelarsi a fronte di oscillazioni dell'Euribor potenzialmente penalizzanti per lo stesso”, così il ricorso).

A prescindere dall'esattezza di questa impostazione, contestata dalla controinteressata, è da rilevare come tale precisazione, prevedendo un elemento ulteriore, denota l'integrazione dell'offerta, rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*.

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la nozione di “offerta condizionata” ricorre nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante; in tal caso l'offerta va dichiarata inammissibile, atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali all'imparzialità nella scelta del contraente e al buon andamento in ordine alla serietà dell'offerta e alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato (cfr. Tar Torino, sez. II, 12 dicembre 2016, n. 1514).

“L'offerta dell'impresa partecipante, invero, può dirsi condizionata e, quindi, inammissibile, quando il concorrente subordina la sua adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento ovvero ad elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato o comunque non sia univoca, come nella specie (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I 26 novembre 2009 n. 8082; Tar Umbria, sez. I, 13 aprile 2010, n. 239; Tar Campania, Salerno, sez. II, 25 marzo 2014, n. 606). In tal senso, va ribadito il principio generale in materia di gare pubbliche cui sopra è stato fatto cenno secondo cui le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare all'Amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara, e che qualsivoglia elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili diversi, anche se in ipotesi vantaggiosi per l'Amministrazione, vale a conferire all'offerta la natura di offerta indeterminata o condizionata che ne deve comportare l'esclusione dalla gara, e ciò a prescindere dalla presenza o meno nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione, stante la superiorità del principio che vieta le offerte condizionate e le rende inammissibili (cfr. Tar Piemonte, sez. I, 14 luglio 2011, n. 785)” (Tar Lazio, sez. II, 5 maggio 2016, n. 5268)”

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Raffaele Tuccillo, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Claudia Lattanzi

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO