

APPALTI - SOCCORSO ISTRUTTORIO - ATTO DI NOTORIETA' - REQUISITI MORALI - RICHIESTA INTEGRAZIONE - LEGITTIMA

La dichiarazione di insussistenza di condanne e pendenze penali, attenendo a una condizione soggettiva personale, può essere resa solo dal diretto interessato. È quindi legittima la richiesta di integrazione da parte della stazione appaltante qualora tale condizione sia dichiarata in sede di gara dall'impresa concorrente in luogo degli amministratori.

TAR Molise, Campobasso, Sez. I, sentenza n. 698/2018

Publicato il 17/12/2018

N. 00698/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00259/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 259 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da B.n.l. – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Paolo Clarizia, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaele Fallone in Campobasso, via Piave, n. 101,

contro

Camera di Commercio del Molise, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Michele Coromano, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

nei confronti

Banca 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 p.e.c. e domicilio eletto presso lo studio Antonio Ferri in Campobasso, corso Giuseppe Mazzini, n. 112;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

per quanto riguarda il ricorso introduttivo, dei seguenti atti: 1) il provvedimento di ammissione di Intesa Sanpaolo S.p.A. alla procedura di gara per “*l'affidamento in concessione del servizio di tesoreria della Camera di Commercio del Molise e degli organismi collegati*”; 2) la Determinazione n. 67/2018, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Intesa Sanpaolo S.p.A.; 3) tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi comprese quelle del 26.3.2018, del 7.5.2018, del 9.5.2018 e del 29.5.2018; 4) ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la determinazione del Segretario Generale n. 35 del 27/03/2018, nella parte in cui Intesa Sanpaolo S.p.A., a seguito della manifestazione di interesse, è stata ammessa a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lettera b), del D.Lgs. n. 50/2016; nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con Intesa Sanpaolo S.p.A.; per il conseguimento della aggiudicazione e per il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da BNL S.p.A. il 19.10.2018, per l'annullamento dei seguenti atti: 1) il provvedimento di ammissione di Intesa Sanpaolo S.p.A. alla procedura di gara per “*l'affidamento in concessione del servizio di tesoreria della Camera di Commercio del Molise e degli organismi collegati*”; 2) la Determinazione n. 67/2018, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Intesa Sanpaolo S.p.A.; 3) tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi comprese quelle del 26.3.2018, del 7.5.2018, del 9.5.2018 e del 29.5.2018; 4) ogni atto e provvedimento presupposto, connesso

e consequenziale, ivi compresa la determinazione del Segretario Generale n. 35 del 27.3.2018, nella parte in cui Intesa Sanpaolo S.p.A., a seguito della manifestazione di interesse, è stata ammessa a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) del D.Lgs. 50/2016; 5) il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di Intesa Sanpaolo S.p.A., comunicato con nota del 21.09.2018; 6) la nota della CCIAA Molise del 21.09.2018; 7) il bando e del disciplinare di gara, con particolare riferimento al paragrafo 15; nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con Intesa Sanpaolo S.p.A.; per il conseguimento dell'aggiudicazione, per il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Intesa Sanpaolo S.p.A. il 3.9.2018, per l'annullamento dei seguenti atti: 1) la determinazione dirigenziale n. 37 del 29.3.2018 di approvazione degli atti di gara, gli atti con essa approvati ovvero il bando, il disciplinare di gara e l'allegato A al medesimo disciplinare di gara, nella parte di interesse come da esponende censure; 2) il verbale 7.5.2018, nella parte in cui la Commissione di gara invita BNL a rendere in forma scritta le proprie contestazioni circa la ritualità della partecipazione di Intesa Sanpaolo; 3) il verbale 9.5.2018 in cui la Commissione di gara – nonostante il comunicato ANAC 26.10.2016 (secondo cui *“Il possesso del requisito di cui al comma 1, dell'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente mediante utilizzo del modello di DGUE. La dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 80, senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti”*) e, ancor prima, nonostante le prescrizioni di cui ai citati artt. 47 e 77-bis del D.P.R. n. 445/2000, ritiene di conformarsi al disciplinare di gara con richiesta delle dichiarazioni dirette ad opera degli amministratori e/o soggetti muniti di rappresentanza nonché del direttore tecnico ove presente di Intesa Sanpaolo; 4) la nota CCIAA 9.5.2018 prot.

n. 6257; 5) la nota CCIAA 10/5/2018 prot. n. 6336; 6) il verbale della Commissione di gara 29/5/2018, ove occorra, laddove prende atto degli adempimenti ulteriori richiesti sulla scorta degli atti che precedono, nel presupposto della loro pretesa necessità, senza dare invece atto della originaria ritualità della domanda di partecipazione di Intesa Sanpaolo; 7) la stessa determinazione dirigenziale n. 67 del 6.6.2018 di aggiudicazione a Intesa Sanpaolo, nella parte in cui approva i verbali di gara (del 7, 9 e 29 maggio 2018), quindi la fase del subprocedimento di **soccorso istruttorio** illegittimamente attivato dalla Stazione appaltante attesa la perfetta ritualità e completezza delle dichiarazioni rese dal sig. Pettinaro in sede di domanda di partecipazione alla procedura di cui si controverte (domanda 24.4.2018); sono altresì impugnate nei termini di cui al par. IV del ricorso incidentale: la determinazione dirigenziale n. 67 del 6.6.2018 di aggiudicazione a Intesa Sanpaolo, nella parte in cui approva i verbali di gara medesimi (7-9-29/5/2018), nonché la determinazione dirigenziale n. 35 del 27.3.2018 con cui la CCIAA, facendo proprie le risultanze del verbale del 26.3.2018 – per quanto di interesse - ha ammesso BNL alla procedura negoziata, a seguito dell'indagine di mercato da essa condotta, in ragione della mancata doverosa estromissione di BNL dalla procedura negoziata medesima;

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

Visti l'atto di costituzione in giudizio e le memorie di Camera di Commercio del Molise, nonché l'atto di costituzione, le memorie difensive e il ricorso incidentale di Intesa Sanpaolo S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2018, il dott. Orazio Ciliberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - All'esito di un'indagine di mercato, con bando di gara del 28.3.2018, la Camera di Commercio del Molise indicava procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lettera b), del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), concernente l'affidamento del servizio di tesoreria dell'Ente, con durata fino al 31.12.2023. Nel termine concesso dal bando di gara, le concorrenti BNL S.p.A. e Intesa Sanpaolo S.p.A. presentavano, ciascuna, domanda di partecipazione e offerta. Nella seduta di gara del 7.5.2018, la Commissione procedeva all'apertura dei plichi presentati dalle concorrenti e di tutte le buste in essi contenute, valutando per ciascuna la documentazione amministrativa e le offerte tecnica ed economica. Nella successiva seduta del 9.5.2018, la Commissione stabiliva di avviare, nei confronti della concorrente Intesa Sanpaolo, la procedura di **soccorso istruttorio**, ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, chiedendo *“l'integrazione della documentazione amministrativa già presentata ai fini della partecipazione alla gara, con riferimento, in particolare, alle dichiarazioni previste al punto 3 lettere b, c, m dell'istanza di partecipazione, da parte di tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza nonché dal direttore tecnico, dovendo indicare tali dichiarazioni anche le eventuali condanne per le quali i soggetti in questione abbiano beneficiato della non menzione”*. La Commissione si riuniva nuovamente in data 29.5.2018 e constatava *“la completezza della documentazione amministrativa integrativa richiesta”*, presentata dalla concorrente Intesa Sanpaolo, nel termine differito al 25.5.2018. Con determinazione n. 67/2018, la Stazione appaltante disponeva, quindi, l'aggiudicazione provvisoria in favore della concorrente Intesa Sanpaolo. In data 21.06.2018, la Stazione appaltante consentiva a BNL S.p.A. l'accesso agli atti della procedura, all'esito del quale la stessa BNL insorge, con il ricorso introduttivo notificato il 19.7.2018 e

depositato il 23.7.2018, per impugnare i seguenti atti: 1) il provvedimento di ammissione di Intesa Sanpaolo S.p.A. alla procedura di gara per “*l'affidamento in concessione del servizio di tesoreria della Camera di Commercio del Molise e degli organismi collegati*”; 2) la determinazione n. 67/2018, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Intesa Sanpaolo S.p.A.; 3) tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi comprese quelle del 26.3.2018, del 7.5.2018, del 9.5.2018 e del 29.5.2018; 4) ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la determinazione del Segretario Generale n. 35 del 27/03/2018, nella parte in cui Intesa Sanpaolo S.p.A., a seguito della manifestazione di interesse, è stata ammessa a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lettera b), del D.Lgs. n. 50/2016. La ricorrente chiede, altresì, la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con Intesa Sanpaolo S.p.A., nonché il conseguimento dell'aggiudicazione e il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato. Deduce i seguenti motivi di diritto: 1) violazione dell'art. 10, comma 2, del disciplinare di gara, invalidità della domanda di partecipazione e dell'offerta, incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, difetto di istruttoria e di motivazione; 2) violazione degli artt. 9, 11, 17 e dell'allegato a) del disciplinare di gara, violazione dell'art. 80, commi 1, 2 e 3, del D.Lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, violazione del principio di *par condicio*, contraddittorietà, eccesso di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.

Con i motivi aggiunti del 19.10.2018, BNL S.p.A. insorge nuovamente per chiedere l'annullamento dei seguenti atti: 1) il provvedimento di ammissione di Intesa Sanpaolo S.p.A. alla procedura di gara per “*l'affidamento in concessione del servizio di tesoreria della Camera di Commercio del Molise e degli organismi collegati*”; 2) la determinazione n. 67/2018, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione

provvisoria della gara in favore di Intesa Sanpaolo S.p.A.; 3) tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi comprese quelli del 26.3.2018, del 7.5.2018, del 9.5.2018 e del 29.5.2018; 4) ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la determinazione del Segretario Generale n. 35 del 27.3.2018, nella parte in cui Intesa Sanpaolo S.p.A., a seguito della manifestazione di interesse, è stata ammessa a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lettera b), del D.Lgs. 50/2016; 5) il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di Intesa Sanpaolo S.p.A., comunicato con nota del 21.9.2018; 6) la nota della CCIAA Molise del 21.9.2018; 7) il bando e del disciplinare di gara, con particolare riferimento al paragrafo 15. La ricorrente BNL chiede, altresì, la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con Intesa Sanpaolo S.p.A. e il conseguimento dell'aggiudicazione, con subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato. Con tre successive memorie, la ricorrente BNL ribadisce e precisa le proprie deduzioni e conclusioni.

Si costituisce la controinteressata Intesa Sanpaolo S.p.A., per resistere nel giudizio. Chiede la reiezione del ricorso principale e dei motivi aggiunti e propone un ricorso incidentale per impugnare i seguenti atti: 1) la determinazione dirigenziale n. 37 del 29.3.2018 di approvazione degli atti di gara, gli atti con essa approvati ovvero il bando, il disciplinare di gara e l'allegato A al medesimo disciplinare di gara, nella parte di interesse come da censure; 2) il verbale 7.5.2018, nella parte in cui la Commissione di gara invita BNL a rendere in forma scritta le proprie contestazioni circa la ritualità della partecipazione di Intesa Sanpaolo; 3) il verbale 9.5.2018 in cui la Commissione di gara – nonostante il comunicato ANAC 26.10.2016 (secondo cui *“Il possesso del requisito di cui al comma 1, dell'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente mediante utilizzo del modello di DGUE. La dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art.*

80, senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti”) e, ancor prima, nonostante le prescrizioni di cui ai citati artt. 47 e 77-bis del D.P.R. n. 445/2000, ritiene di conformarsi al disciplinare di gara con richiesta delle dichiarazioni dirette ad opera degli amministratori e/o soggetti muniti di rappresentanza nonché del direttore tecnico, ove presente, di Intesa Sanpaolo; 4) la nota CCIAA 9.5.2018 prot. n. 6257; 5) la nota CCIAA 10/5/2018 prot. n. 6336; 6) il verbale della Commissione di gara 29/5/2018, ove occorra, laddove prende atto degli adempimenti ulteriori richiesti sulla scorta degli atti che precedono, nel presupposto della loro pretesa necessità, senza dare invece atto della originaria ritualità della domanda di partecipazione di Intesa Sanpaolo; 7) la stessa determinazione dirigenziale n. 67 del 6.6.2018 di aggiudicazione a Intesa Sanpaolo, nella parte in cui approva i verbali di gara (del 7, 9 e 29 maggio 2018), quindi la fase del subprocedimento di **soccorso istruttorio** illegittimamente attivato dalla Stazione appaltante attesa l’asserita ritualità e completezza delle dichiarazioni rese dal sig. Pettinaro in sede di domanda di partecipazione alla procedura di cui si controverte (domanda 24.4.2018); sono altresì impugnate nei termini di cui al par. IV del ricorso incidentale: la determinazione dirigenziale n. 67 del 6.6.2018 di aggiudicazione a Intesa Sanpaolo, nella parte in cui approva i verbali di gara medesimi (7-9-29/5/2018), nonché la determinazione dirigenziale n. 35 del 27.3.2018 con cui la CCIAA, facendo proprie le risultanze del verbale del 26.3.2018 – per quanto di interesse - ha ammesso BNL alla procedura negoziata, a seguito dell’indagine di mercato da essa condotta, in ragione della mancata doverosa estromissione di BNL dalla procedura negoziata medesima. La controinteressata ricorrente incidentale deduce i seguenti motivi di diritto: 1) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, violazione degli artt. 47, comma 2, e 77-bis del D.P.R. n. 445/2000, violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione del principio del *favor participationis* e del divieto di non aggravamento

degli oneri di partecipazione; 2) violazione dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, violazione della *lex specialis* di gara in relazione agli obblighi dichiarativi e con riguardo ai contenuti dell'offerta economica.

Si costituisce la Camera di Commercio del Molise, per resistere nel giudizio. Deduce, anche con tre successive memorie, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti, nonché del ricorso incidentale.

Nella camera di consiglio del 12.9.2018, la ricorrente principale rinuncia alla sospensiva.

Le parti presentano memorie conclusive e di replica.

All'udienza del 5 dicembre 2018, la causa è introitata per la decisione.

II – Il ricorso incidentale, qui esaminato in via prioritaria, è da ritenersi infondato, mentre il ricorso principale è ammissibile e fondato.

III – Le censure dedotte nel ricorso incidentale sono sostanzialmente tre: 1) a dire della ricorrente incidentale (Intesa Sanpaolo S.p.A.), sarebbe illegittimo il sub-procedimento di **soccorso istruttorio** attivato nei suoi confronti dalla Stazione appaltante, nella parte in cui, ritenendo insufficiente la dichiarazione sui requisiti morali degli amministratori resa dal firmatario dell'offerta, *ex art.* 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000, ha imposto ulteriori oneri dichiarativi sull'assenza dei motivi di esclusione a carico di tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e del direttore tecnico della società concorrente, senza considerare la previsione dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000, che ammette la presentazione di dichiarazioni indirette; 2) inoltre, a dire della ricorrente incidentale, la società BNL non avrebbe presentato, neppure in via indiretta, le dichiarazioni sostitutive relative agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e ai componenti dell'organismo di vigilanza e, per tale ragione, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; 3) infine, l'offerta di BNL non sarebbe conforme alle prescrizioni di gara, non avendo essa indicato il contributo annuo offerto per la sponsorizzazione di attività o il

finanziamento di iniziative promozionali camerali, di guisa che la concorrente BNL avrebbe dovuto essere per tal motivo esclusa dalla gara.

Tali censure incidentali devono essere disattese.

III – A – Per quanto riguarda l'asserita illegittimità del **soccorso istruttorio** avviato dalla Stazione appaltante, pur prescindendo dalla tardività del rilievo, la deduzione è da ritenersi infondata, atteso che l'adempimento al **soccorso istruttorio** è avvenuto in ossequio a uno specifico obbligo di legge supportato da sanzione espulsiva – *ex art.* 83 del Codice contratti pubblici – e, per quel che si dirà, l'integrazione documentale chiesta dalla Stazione appaltante alla ricorrente incidentale Intesa Sanpaolo non era affatto ultronea né inutile.

Invero, l'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000 consente che, con gli atti di notorietà, siano rese dichiarazioni di un terzo limitatamente a “*stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza*” ma non consente che siano rese da terzi le dichiarazioni sostitutive di certificazione, quale è la dichiarazione relativa all'assenza di pregiudizi penali, *ex art.* 46, comma 1 lett. aa), del D.P.R. n. 445/2000.

La dichiarazione di insussistenza di condanne e pendenze penali, attenendo a una condizione soggettiva strettamente personale, può essere resa solo dal diretto interessato, sicché – sotto tale profilo - è da ritenersi infondata la doglianza incidentale dell'asserita illegittimità del **soccorso istruttorio** avviato dalla Stazione appaltante al fine di consentire alla concorrente società Intesa Sanpaolo di integrare l'atto di notorietà prodotto sui requisiti morali dei suoi amministratori con le autocertificazioni sull'assenza di pregiudizi penali degli amministratori medesimi.

III – B – Anche la seconda censura incidentale è destituita di fondamento.

Contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente incidentale, la società BNL ha reso tutte le dichiarazioni previste dalla vigente normativa e dalla *lex specialis*, con

riguardo ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, come indicato dall'art. 80, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 (nel caso di specie, il solo Presidente del C.d.A.). Non vi è ragione alcuna per ritenere che tale obbligo debba estendersi ad altri amministratori non muniti di legale rappresentanza, i quali pertanto sono esonerati dal rendere la dichiarazione in argomento, anche se dovessero occasionalmente svolgere funzioni sostitutive o vicarie del rappresentante legale (cfr.: Cons. Stato VI, 1.4.2016 n. 1296; idem III, 20.5.2014 n. 2598). Ad ogni modo, si tratterebbe di un adempimento previsto non a pena di esclusione, vale a dire di una carenza o incompletezza documentale non essenziale, comunque ovviabile mediante il **soccorso istruttorio**, ex art. 83, comma 9, del Codice, di guisa che è da ritenersi inammissibile la pretesa della ricorrente incidentale di derivarne l'esclusione della ricorrente principale dalla gara.

III – C – Anche il terzo motivo del ricorso incidentale va disatteso, poiché la mancata offerta di un contributo annuo di sponsorizzazione ad attività o iniziative promozionali della Camera di Commercio non integra difformità dell'offerta BNL rispetto alle prescrizioni di gara, in quanto trattasi di una prestazione aggiuntiva ed opzionale, estranea ai contenuti del servizio di tesoreria e non rientrante tra le “specifiche minime” tecniche ed economiche, da garantirsi per tutta la durata del servizio, quali indicate dall'art. 2 del disciplinare di gara.

Se è vero che l'art. 12 dello schema di convenzione prevede l'impegno del gestore del servizio di tesoreria a concedere alla Camera di Commercio un contributo annuo di sponsorizzazione, non è da ritenersi preclusa la possibilità che per tale singola voce sia offerto dalla concorrente un valore pari a zero, senza che ciò snaturi o comprometta i vantaggi complessivi dell'offerta economica (cfr.: Cons. Stato VI, 17.9.2009 n. 5583; idem V, n. 3435/2007; idem VI n. 8146/2004). Pertanto, la mancata indicazione di un contributo di sponsorizzazione non si configura come causa di indeterminatezza dell'offerta economica di BNL che,

correttamente, è stata giudicata completa in ogni suo aspetto ed è stata, peraltro, destinataria di un punteggio superiore.

IV – Ciò premesso, va ribadito che il ricorso principale e i connessi motivi aggiunti sono ammissibili e fondati.

V – Premesso che la Stazione appaltante non ha mai adottato un provvedimento formale di ammissione delle concorrenti alla procedura di gara, di guisa che il termine decadenziale previsto dall'art. 120, comma 2-bis, del c.p.a. sarebbe privo di un *dies a quo*, le eccezioni di tardività del ricorso principale e dei motivi aggiunti, sollevate dalle parti resistenti, sono inattendibili.

VI – La determina dirigenziale n. 67 datata 6.6.2018, invero, non è un provvedimento di ammissione delle concorrenti alla gara, poiché – preso atto degli esiti di valutazione delle offerte da parte della Commissione di gara – detto provvedimento, a firma del Segretario generale della Camera di Commercio, testualmente recita nel suo dispositivo che si “*determina di aggiudicare in via provvisoria, nelle more della verifica dei requisiti autocertificati in sede di gara, il servizio di tesoreria della Camera di Commercio del Molise alla Banca Intesa Sanpaolo S.p.A. di Torino*”.

Stando al dato testuale, la Stazione appaltante aggiudica in via provvisoria l'appalto del servizio di tesoreria, differendo a un momento successivo la verifica dei requisiti. Non si può, pertanto, affermare che quella determinazione dirigenziale rechi in sé un implicito atto di ammissione delle concorrenti alla gara, nel senso che, a decorrere dalla pubblicazione di quell'atto, la ricorrente principale avrebbe solo 30 giorni per contestare l'ammissione alla gara della società controinteressata.

È più corretto ritenere, anche in ragione dei principi di trasparenza e legalità, che in assenza di un formale atto di ammissione delle concorrenti alla gara, la decadenza processuale prevista dall'art. 120, comma 2-bis, del c.p.a. (vale a dire il termine di 30 giorni per impugnare autonomamente l'atto di ammissione alla gara di una concorrente) non possa qui operare.

Ma vi è di più: lo stesso Segretario generale della Camera di Commercio, con la nota datata 21.9.2018 ha comunicato alla BNL che il provvedimento a sua firma n. 67/2018 sia da ritenersi un'aggiudicazione definitiva. Precisamente, detta nota, rispondendo a una richiesta della BNL, afferma quanto segue: *“Con riferimento alla Vs. richiesta del 14 settembre u.s., si comunica che il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara di cui in oggetto si identifica nel provvedimento del Segretario Generale n. 67 del 6 giugno 2018, definito come di aggiudicazione provvisoria solo in quanto inefficace in attesa della verifica del possesso dei requisiti positivamente intervenuta con l'acquisizione dell'ultima certificazione presso i competenti enti”*. In sostanza, si vorrebbe far decorrere gli effetti dell'aggiudicazione da una verifica dei requisiti di cui non si conosce la data precisa e che si sarebbe perfezionata con *“l'acquisizione dell'ultima certificazione presso i competenti enti”*, anch'essa di data incerta.

In effetti, l'art. 32, comma 7, del Codice prevede che *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*, di guisa che la comunicazione dell'avvenuta *“verifica del possesso dei prescritti requisiti”* acquista il valore di una presa d'atto della definitività dell'aggiudicazione. Fino a quel momento, la concorrente che confidasse in una verifica negativa del possesso dei requisiti dell'aggiudicataria potrebbe non avere un interesse attuale e concreto ad impugnare in via giurisdizionale un'aggiudicazione *sub condicione*, prima del verificarsi della condizione di efficacia.

Considerato, allora, che il primo atto col quale viene comunicata a BNL l'avvenuta verifica del possesso dei requisiti, nonché l'avvenuta definitività dell'aggiudicazione è proprio la citata nota del 21.9.2018, da quella data deve farsi decorrere il termine decadenziale per l'impugnazione dell'atto dell'aggiudicazione divenuta ormai definitiva.

In realtà, proprio la citata nota del 21.9.2018, nel confermare come definitiva l'aggiudicazione provvisoria, può essere essa stessa qualificata come

comunicazione alla BNL dell'aggiudicazione definitiva, di guisa che rispetto a tale atto i motivi aggiunti proposti della ricorrente BNL (notificati il 16.10.2018 e depositati il 21.10.2018) devono ritenersi tempestivi e ammissibili.

VII – Il ricorso è, altresì, ammissibile sotto il profilo della possibile commistione o fusione dei due riti processuali, quello speciale in materia di appalti, previsto in via generale dall'art. 120 c.p.a. e quello cosiddetto “super-speciale” o “super-accelerato”, previsto dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., con riferimento all'autonoma impugnativa degli atti di ammissione alla gara. Invero, si applica all'uopo la disposizione di cui all'art. 32, comma 1, c.p.a., a tenore della quale se le azioni presenti all'interno dello stesso giudizio “*sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario*” (cfr.: T.a.r. Puglia Bari I 7.12.2016 n. 1367). Per rito ordinario, nella specie, deve intendersi quello generalmente previsto in materia di appalti dall'art. 120 citato.

Alla luce di tali considerazioni, vanno, pertanto, disattese tutte le eccezioni di inammissibilità del ricorso.

VIII – Con riguardo al merito della causa, la ricorrente non ha provato quel che afferma nei motivi aggiunti che, cioè, sia stata pretermessa la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, anche se tutto lascia presumere che la censura sia attendibile, poiché il Segretario generale della Camera di Commercio, con la citata nota datata 21.9.2018 ha comunicato alla BNL che il provvedimento a sua firma n. 67/2018 sia da ritenersi aggiudicazione definitiva. Ma se quel provvedimento stabiliva “*di aggiudicare in via provvisoria, nelle more della verifica dei requisiti autocertificati in sede di gara, il servizio di tesoreria della Camera di Commercio del Molise alla Banca Intesa Sanpaolo S.p.A. di Torino*”, non si comprende allora in che momento si sia proceduto alla verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, fase che – com'è noto – dovrebbe precedere l'atto di aggiudicazione definitiva o quantomeno condizionare l'efficacia dell'aggiudicazione (censura III dei motivi aggiunti).

Appare allora evidente che il procedimento in esame presenti vistose lacune, irregolarità, incongruenze, manchevolezze, come quella - segnalata nell'ultimo motivo del ricorso introduttivo - della simultanea apertura di tutte le buste (A, B e C) nella seduta di gara del 7.5.2018 (in difformità da quanto previsto nell'art. 17 del Disciplinare) o quella del mancata acquisizione del DURC (punto IV dei motivi aggiunti) o ancora quella del mancato approfondimento circa la situazione d'incertezza sui requisiti di una componente del C.d.A. della società Intesa Sanpaolo (punto V dei motivi aggiunti).

IX - Al netto di tali rilievi – che in qualche modo sembrerebbero superabili - il Collegio ritiene, comunque, fondate e decisive le prime due censure del ricorso introduttivo, reiterate dai motivi aggiunti con riguardo a quella che – per le ragioni già esposte – può qualificarsi come comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (la nota CCIAA datata 21.9.2018) e a tutti gli atti presupposti, vale a dire i seguenti due motivi di diritto: 1) le offerte, tecnica ed economica, dell'aggiudicataria Intesa Sanpaolo S.p.A. sono state sottoscritte da un soggetto privo dei poteri di rappresentanza dell'impresa societaria; 2) il procedimento del **soccorso istruttorio** si è protratto oltre il tempo massimo consentito dall'art. 83, comma 9, del Codice, di guisa che l'offerta della concorrente Intesa Sanpaolo avrebbe dovuto essere esclusa per intervenuta decadenza.

X – La concorrente Intesa Sanpaolo doveva essere esclusa dalla procedura di gara in quanto sia la manifestazione di interesse, sia la domanda di partecipazione sia l'offerta tecnica ed economica risultano sottoscritte da un soggetto privo dei relativi poteri di rappresentanza della società. Il soggetto firmatario di tutti gli atti di gara, impegnativi sul piano giuridico ed economico, è un Quadro direttivo della Direzione Regionale Emilia-Romagna, Marche, Abruzzo e Molise della società Intesa Sanpaolo, privo di procura (come si evince anche dalla visura allegata al ricorso), che si proclama “*abilitato a rappresentare Intesa Sanpaolo S.p.A. in tutti gli atti*

relativi all'assunzione di servizi di tesoreria e/o cassa, ivi compresa la sottoscrizione dell'offerta e del relativo contratto, in forza della deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 28 aprile 2016, allegata in stralcio alla domanda di partecipazione". La suddetta deliberazione di C.d.A. approva il documento recante "*Facoltà di autonomia gestionale*", il quale, a sua volta, disciplina nel paragrafo 2.5. le "*facoltà di firma per la sottoscrizione di atti inerenti all'assunzione ed alla gestione dei servizi di tesoreria e/o cassa*", nei seguenti termini: "*Fatto salvo quanto previsto al capitolo 8 del presente documento in ordine alla partecipazione a gare per l'acquisizione di servizi di cassa e tesoreria, la facoltà di firma di tutti gli atti relativi all'assunzione di servizi di tesoreria e/o cassa, ivi compresa la sottoscrizione dell'offerta e del relativo contratto, è conferita, in via disgiunta, ai Responsabili ed ai Dirigenti o ai Quadri Direttivi delle strutture centrali della Divisione Banca dei Territori e della Divisione Corporate e Investment Banking, nonché ai Dirigenti e Quadri Direttivi di Area*". Detta delibera del 28.4.2016, invero, si limita ad approvare un documento recante "*Facoltà di autonomia gestionale*", ovvero a delineare un assetto organizzativo generale che caratterizza la struttura aziendale, senza tuttavia conferire alcuna delega o procura a soggetti specificamente individuati. Il conferimento del potere di firma e rappresentanza non può prescindere dall'individuazione specifica del soggetto destinatario della rappresentanza sociale, non potendosi configurare in modo valido una delega genericamente attribuita a persone che non siano specificamente individuate. Peraltro, se fosse vero che l'approvazione del suddetto documento abbia determinato di per sé il conferimento del potere di rappresentanza a tutti i soggetti che rivestono i profili funzionali lì indicati ("*Responsabili ed ai Dirigenti o ai Quadri Direttivi delle strutture centrali della Divisione Banca dei Territori e della Divisione Corporate e Investment Banking*"), questi ultimi risulterebbero tutti muniti di procura e dovrebbero essere indicati nella visura camerale tra i soggetti muniti di poteri rappresentativi. Sennonché, il Quadro direttivo che ha firmato le offerte di Intesa Sanpaolo non risulta menzionato nella visura camerale tra i soggetti muniti di

poteri di firma o rappresentanza. Nella specie, nessuna specifica delega risulta attribuita al soggetto che ha sottoscritto l'offerta, il quale si è limitato ad esibire una nota datata 16.5.2016 con cui la Divisione Banca dei Territori *“attesta che il Signor Gabriele Pettinaro [...] è attualmente dipendente di Intesa Sanpaolo s.p.a. e presta servizio presso la Direzione Regionale Emilia-Romagna, Marche, Abruzzo e Molise, con inquadramento al 4° Livello dei Quadri direttivi”*.

A voler attribuire, per mera ipotesi, valenza di procura generale alla citata deliberazione del C.d.A., si perverrebbe alla conclusione che tutti i profili funzionali menzionati nel paragrafo 2.5 di essa (*Responsabili e Dirigenti o Quadri Direttivi delle strutture centrali della Divisione Banca dei Territori e della Divisione Corporate e Investment Banking*) sarebbero per ciò solo titolari del potere di rappresentanza, con conseguente riconducibilità degli stessi nell'ambito di applicazione soggettiva dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e, stante l'insorgenza del correlato onere dichiarativo (non assolto da nessuno dei suddetti profili) ne seguirebbe l'obbligo di esclusione dalla gara della società per la mancata certificazione dei requisiti di tutti i soggetti muniti di rappresentanza, la qual cosa conduce a ritenere che –in un'ottica organizzativa corretta e coerente della relazione tra impresa concorrente e Stazione appaltante - la rappresentanza e il potere di firma debbano essere conferiti, di volta in volta, con atti formali.

Mancando la formalità necessaria alla legittimazione del firmatario nei confronti di terzi, le offerte dell'aggiudicataria Intesa Sanpaolo S.p.A. avrebbero dovuto essere escluse dal confronto di gara, a tenore dell'art. 10, comma 2, del Disciplinare che detta: *“Tutta la documentazione di gara, a pena di esclusione, deve essere sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa”*.

XI – Altra censura palesemente fondata è quella contenuta nel secondo motivo di ricorso (reiterata nei motivi aggiunti), per la quale il procedimento del **soccorso istruttorio** si è protratto oltre il tempo massimo consentito dall'art.

83, comma 9, del Codice, laddove si prescrive che la Stazione appaltante ai fini del **soccorso istruttorio** “*assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni*” e “*in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*”.

Nella specie, con nota del 9.5.2018, la Stazione appaltante ha chiesto l'integrazione dichiarativa, prescrivendo che “*l'adempimento, a pena di esclusione dalla gara, dovrà essere ottemperato entro le ore 12:00 del giorno 18 maggio 2018*”. Sennonché, con nota del 10.5.2018, la concorrente Intesa Sanpaolo ha richiesto “*un differimento del termine fino al 25 maggio 2018*” e la richiesta è stata accolta dalla Stazione appaltante. Ma neppure nel termine differito al 25.5.2018, la concorrente Intesa Sanpaolo ha ottemperato alla richiesta di integrazione dichiarativa e solo in data 30.5.2018 è pervenuta alla Stazione appaltante la nota recante in allegato le dichiarazioni rese dai componenti dell'organismo di vigilanza. La Commissione di gara, nella seduta di gara del 29.5.2018, si è limitata a prendere atto “*che la Banca San Paolo S.p.A. ha fatto pervenire nei termini richiesti (prot. 7129 del 25/05/2018), via PEC, la documentazione integrativa richiesta*”, constatandone la completezza. L'illegittimità perpetrata è ancor più evidente in considerazione del fatto che il termine per l'adempimento, originariamente fissato per le ore 12:00 del 18.5.2018, è stato inammissibilmente differito al 25.5.2018, in palese violazione dell'art. 83, comma 9, del Codice (che prevede la concessione di un termine “*non superiore a dieci giorni*”).

Il termine per il compimento del **soccorso istruttorio** è necessariamente breve per almeno due ragioni: 1) per non intralciare né rallentare troppo la procedura di gara; 2) perché il **soccorso istruttorio** può riguardare modeste integrazioni documentali, non può servire a colmare vistose carenze nella documentazione delle offerte.

La doverosità dell'esclusione in caso di ritardo nell'adempimento del **soccorso istruttorio** è un pacifico dato di interpretazione: il termine dev'essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella

consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti (cfr.: Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n.10; Cons. Stato, IV, 5.5.2016 n. 1803). Pertanto, anche il secondo motivo di ricorso è da ritenersi fondato.

XI – In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti e deve essere dichiarato il diritto della ricorrente principale BNL di vedersi aggiudicato l'appalto per il servizio di tesoreria di cui è causa (previa verifica dei requisiti e salva la verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta), stante l'accertata inammissibilità dell'offerta proposta dalla concorrente società Intesa Sanpaolo.

Le spese del giudizio, in parte compensate, per la restante parte seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso incidentale, perché infondato ed accoglie il ricorso principale e i motivi aggiunti, per l'effetto annullando gli atti e i provvedimenti con esso impugnati e dichiarando il diritto della ricorrente principale BNL di vedersi aggiudicato l'appalto per il servizio di tesoreria di cui è causa, previa le necessarie verifiche procedurali.

Compensa in parte le spese del giudizio, per la restante parte condannando la Camera di Commercio resistente a rifondere le spese sostenute dalla ricorrente principale BNL S.p.A., liquidate in euro 3.000,00, oltre Iva, c.p.a. e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Campobasso, nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente
Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore
Rita Luce, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Orazio Ciliberti

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO