



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1767 del 2010, proposto dalla Banca Popolare di Verona - San Geminiano e S. Prospero S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via XXIV Maggio, 43;

contro

Comune di Nogarole Rocca, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianpaolo Campanini e Benito Panariti, con domicilio eletto presso Benito Piero Panariti in Roma, via Celimontana, 38;

nei confronti di

Unicredit Banca Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Brizzolari e Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via della Conciliazione, 44;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 00493/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI TESORERIA - MCP..

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Nogarole Rocca e di Unicredit Banca Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Scanzano, Campanini e, su delega dell' avv. Brizzolari, Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Nogarole Rocca (Verona) bandiva una gara per l'affidamento del proprio servizio di tesoreria per il periodo 1° gennaio 2010 – 31 dicembre 2014, prevedendo l'aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimale di 75 punti per gli aspetti economici inerenti al servizio (*“punteggio economico”*) e di 40 punti per gli *“elementi dicarattere generale”*.

La *lex specialis* di gara contemplava, all'interno di quest'ultima voce, l'attribuzione di punti fino ad un massimo di 10 (criterio 2e del bando di gara) in ragione del *“numero complessivo di enti locali territoriali di qualsivoglia regione gestiti alla data di presentazione dell'offerta, con procedura informatica che permetta la gestione completa degli ordinativi di incasso e pagamento mediante “firma digitale”*”. Per la precisione, era prevista l'attribuzione proprio di 10 punti nell'ipotesi di gestione di oltre 45 enti territoriali, e di un punteggio via via decrescente per un numero di enti inferiore.

Presentavano offerte la Banca Popolare di Verona – San Geminiano e San Prospero S.p.a. (di seguito, Banca Popolare) e Unicredit Banca S.p.a. (di qui in avanti, Unicredit), quest'ultima gestore uscente del servizio.

In un primo momento la Commissione di gara disponeva l'aggiudicazione provvisoria del servizio a favore della Banca Popolare, attribuendo ad essa il complessivo punteggio di 114,32 punti, di cui 10 in applicazione del descritto criterio 2e, nonché 74,32 per l'offerta economica; Unicredit conseguiva invece un punteggio complessivo di 107,40 (di cui 67,40 per l'offerta economica e 10, anch'essa, in forza del criterio appena detto).

Nel corso della seduta, peraltro, il rappresentante di Unicredit faceva verbalizzare che *“in relazione al punteggio da attribuirsi al punto 2e era evidentemente chiaro che fosse intendimento del Comune voler conoscere il numero degli enti effettivamente gestiti con firma digitale in modo da poter valutare l'esperienza maturata in questo tipo di servizio. Il punteggio attribuito a questo elemento è determinante ai fini dell'aggiudicazione del servizio in quanto è a conoscenza del sottoscritto che gli enti gestiti dalla Banca Popolare di Verona San Gemignano e San Prospero che utilizzano la firma digitale sono meno di dieci”*.

Il rappresentante della Banca Popolare, parimenti presente, obiettava che il criterio di cui al punto 2e doveva invece intendersi nel senso che ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio rilevava il numero degli enti gestiti mediante procedura informatica che (semplicemente) *“consentiva”* l'utilizzo della firma digitale, e non già il numero degli enti che effettivamente si avvalevano della firma medesima.

La Commissione, pur disponendo l'aggiudicazione provvisoria a favore della Banca Popolare, demandava al *“Responsabile dell'area affari generali e finanziari del Comune di Nogarole Rocca, in quanto organo che ha predisposto gli atti di gara, ogni ulteriore considerazione a proposito di detta controversia anche per quanto riguarda la valutazione circa la necessità di disporre un supplemento di istruttoria”*.

In esito a ciò, con note del 23 novembre 2009 il Responsabile degli Affari Generali del Comune chiedeva alle due concorrenti di integrare le proprie offerte, allegando l'elenco nominativo degli enti territoriali con servizi di tesoreria rispettivamente disimpegnati mediante l'effettivo utilizzo della firma digitale per l'emissione delle reversali di incasso e dei mandati di pagamento.

A riscontro, la Banca Popolare trasmetteva un elenco di 5 enti *“che, al 18 novembre 2009, gestivano le reversali di incasso ed i mandati di pagamento mediante utilizzo della “firma digitale”,* ma altresì un ulteriore elenco di 66 enti, con la precisazione che anche questi ultimi soddisfacevano quanto contemplato al punto 2e del bando, dove era stato richiesto, per l'appunto, solo il *“numero complessivo di enti locali territoriali ... di qualsivoglia regione gestiti, alla data di presentazione dell'offerta, con procedura informatica che permetta la gestione completa degli ordinativi di incasso e pagamento mediante “firma digitale””*.

Unicredit, per parte sua, trasmetteva un elenco di 174 enti.

Di seguito il seggio di gara, appositamente riconvocato, riconosceva alla Banca Popolare la gestione di soli 5 enti utili ai fini del criterio di valutazione *sub* 2e, mentre a Unicredit ne riconosceva 174. Conseguentemente, disponeva l'attribuzione sotto questo profilo di un solo punto alla Banca Popolare, confermando invece a Unicredit i 10 punti precedentemente già attribuiti allo stesso titolo.

Nella nuova graduatoria la Banca Popolare riportava, perciò, il punteggio di 105,32, inferiore a quello di 107,40 conseguito da Unicredit, che veniva contestualmente dichiarata nuova aggiudicataria provvisoria.

Con determinazione del Responsabile dell'Area Affari Generali e Finanziari del Comune n. 290 del 9 dicembre 2009 veniva, infine, disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio a favore di Unicredit.

Da qui il ricorso al TAR per il Veneto da parte della Banca Popolare avverso l'aggiudicazione alla competitorice e gli altri atti della procedura.

La ricorrente deduceva con un primo ordine di censure l'avvenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 41, 42, 86 e 87 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dell'art. 213 del T.U. approvato con d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e del d.P.R. 10 novembre 1997 n. 513, violazione e falsa applicazione del principio di massima partecipazione e massima concorrenzialità, violazione del principio di parità di trattamento tra i concorrenti, violazione di principi di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa, nonché eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, disparità di trattamento, difetto di motivazione e sviamento.

Secondo la ricorrente, poiché il punto 2e del bando di gara disponeva – come già evidenziato - l'attribuzione di un massimale di 10 punti per il “*numero complessivo di enti locali territoriali di qualsivoglia regione gestiti alla data di presentazione dell'offerta, con procedura informatica che permetta la gestione completa degli ordinativi di incasso e pagamento mediante “firma digitale”*”, “*sul piano lessicale e letterale*” sarebbe “*chiaro...che il punteggio massimo previsto ... è (ivi) collegato all'ipotesi in cui siano gestiti oltre 45 enti con procedura informatica che permetta*”, per l'appunto, “*l'utilizzo della firma digitale e non alla diversa ipotesi del numero di enti gestiti che effettivamente e concretamente utilizzzi la firma digitale*” medesima.

La ricorrente reputava che l'avvenuta applicazione, da parte dell'Amministrazione Comunale, del criterio ermeneutico teleologico fosse avvenuta in modo del tutto improprio, posto che il dato letterale del punto 2e sarebbe stato, per contro, “chiaro, univoco ed inequivoco”, il punto medesimo conferendo rilievo non già al numero degli enti gestiti che utilizzavano concretamente l' “ordinativo informatico” (a prescindere dalle caratteristiche della relativa procedura di gestione), bensì al numero dei comuni gestiti con i quali il tesoriere aveva realizzato l'allineamento dei sistemi informativi in modo da “permettere la gestione completa degli ordinativi di incasso e pagamento mediante “firma digitale”, ossia per i quali si era avuta l'implementazione, ad opera del tesoriere, di un' “organizzazione”

(cioè una “procedura informatica”) che “*permetta*” l'utilizzo di ordinativi di pagamento e di incasso “informatici” secondo il protocollo unico vigente e nel rispetto delle connesse disposizioni vigenti.

Ad avviso della ricorrente, inoltre, l'interpretazione del punto 2e prescelta dall'Amministrazione, per il fatto di essere imperniata sulla valutazione del numero degli enti gestiti che utilizzano l' “ordinativo informatico” indipendentemente dalle caratteristiche della relativa procedura, illegittimamente prescinderebbe dalla circostanza che il concetto di “ordinativo informatico” (mandato elettronico) è stato introdotto nell'ordinamento per effetto della deliberazione dell'Autorità per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (A.I.P.A.) dd. 9 novembre 1995 (Gazzetta Ufficiale 22 novembre 1995 n. 273), recante per l'appunto la “definizione delle regole tecniche per il mandato informatico”, e che la disciplina di tale strumento gestionale dei pagamenti e degli introiti delle pubbliche amministrazioni è stata progressivamente definita, dapprima con l'emanazione del d.P.R. 10 novembre 1997 n. 513, recante il Regolamento contenente i criteri e le modalità di applicazione dell'art. 15, comma 2, della L. 15 marzo 1997, n. 59, in materia di formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, e, poi, con il “Protocollo delle regole tecniche e lo standard per l'emissione dei documenti informatici relativi alla gestione dei servizi di tesoreria e di cassa del comparto pubblico” proposto dall'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.) e approvato dal Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (C.N.I.P.A.), introduttivo di uno standard unico di “colloquio” tra ente e tesoriere.

La ricorrente osservava che “solo l'implementazione di tali regole tecniche consente, mediante l' “ordinativo informatico”, lo scambio per via esclusivamente telematica, dei dati relativi ai mandati di pagamento e alle riversali di incasso, altrimenti scambiati tra banche e P.A. in modalità cartacea. L'implementazione

(facoltativa) di tale protocollo da parte delle banche implica l'adeguamento delle procedure seguite al protocollo in questione in termini di: a) struttura logica dei flussi; b) criteri per l'applicazione della firma elettronica; c) formato dei tracciati per lo scambio dei dati; d) contenuti minimi dell'ordinativo; e) regole procedurali. In questo senso l'art. 213 del D.L.vo 267 del 2000 (come modificato dall'art. 1, comma 80, della L. 30 dicembre 2004 n. 311) prevede : “Qualora l'organizzazione dell'ente e del tesoriere lo consentano, il servizio può essere gestito con modalità e criteri informatici e con l'uso di ordinativi di pagamento e di riscossione informatici, in luogo di quelli cartacei, le cui evidenze informatiche valgono a fini di documentazione, ivi compresa la resa del conto del tesoriere di cui all'art. 226””. Da qui, dunque, ad avviso della ricorrente, l'intrinseca erroneità della scelta ermeneutica di privilegiare, nella lettura del predetto punto 2e, il numero di gestioni che utilizzavano comunque l' “ordinativo informatico”, prescindendo dalle caratteristiche delle procedure di gestione, a discapito del numero delle gestioni ove il tesoriere aveva realizzato l'effettiva conformazione del sistema informativo che *“consenta la gestione degli ordinativi di incasso e di pagamento mediante la “firma digitale””*.

Lo stesso criterio ermeneutica teleologico seguito dal Comune, proprio perché introdurrebbe una discriminante a favore dei tesorieri che dispongono di un maggior numero di enti gestiti effettivamente utilizzando la firma digitale, determinerebbe la violazione del principio di massima partecipazione alle gare, oltre ad infrangere il principio di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa e quello di parità di trattamento tra i concorrenti.

Nella prospettazione della ricorrente ai vizi descritti si accompagnerebbe un'ulteriore illegittimità, rappresentata dalla circostanza che la decisione della Commissione giudicatrice di demandare al Responsabile dell'Area affari generali e finanziari del Comune ogni decisione sui dubbi interpretativi insorti in ordine al

criterio di aggiudicazione 2e avrebbe determinato l'abdicazione, da parte della Commissione medesima, alla propria incombenza istituzionale di interpretare ed applicare i criteri di valutazione delle offerte stabiliti dalla *lex specialis*.

In via subordinata, infine, la ricorrente deduceva le seguenti, ulteriori censure, che, nell'ipotesi di un loro accoglimento, avrebbero determinato l'obbligo per l'Amministrazione di riespletare la gara mediante regole diverse e, a suo dire, "corrette e ragionevoli" :

a) nell'ambito dei 40 punti previsti per la valutazione degli "elementi di carattere generale" (punteggio tecnico), ben 25 punti sarebbero stati assegnati non già sulla base dell'offerta, ma in relazione al possesso – o meno – di determinati requisiti soggettivi, e, quindi, con riferimento a requisiti di capacità tecnica, con conseguente violazione degli artt. 42 e 83 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; il criterio di valutazione 2e, inoltre, riguarderebbe non già il merito tecnico dell'offerta, ma aspetti economici della stessa, nel mentre i criteri di valutazione 2a e 2b riguarderebbero l'entità della commissione applicata a carico dei beneficiari per l'esecuzione dei pagamenti ordinati dall'Ente da estinguersi mediante bonifico bancario: tutto ciò con la conseguente, illegittima trasformazione dei requisiti soggettivi del concorrente in criteri di valutazione dell'offerta, e con l'altrettanto conseguente e parimenti illegittima commistione tra offerta economica e offerta tecnica;

b) la Commissione di gara non soltanto avrebbe abdicato alle proprie funzioni di interpretazione dei criteri di valutazione delle offerte, ma avrebbe fatto sì che i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire il giudizio sull'offerta tecnica venissero elaborati dopo la presentazione dell'offerta stessa; inoltre, la riformulazione del punteggio relativo alle offerte tecniche in sede di pretesa autotutela sarebbe illegittimamente avvenuta quando il contenuto delle offerte economiche era già noto, ossia in violazione del principio secondo il quale il

contenuto delle offerte economiche non può essere conosciuto prima di quello delle offerte tecniche; infine, sarebbe stato illegittimamente chiesto ai concorrenti di integrare con nuova documentazione le proprie offerte oltre il termine fissato dal bando di gara;

c) la revoca o annullamento dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente adottata a favore della Banca Popolare sarebbe avvenuta, in violazione dei generali principi contenuti nell'art. 7 e ss. della L. 7 agosto 1990 n. 241, senza previa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento.

Resisteva all'impugnativa la controinteressata Unicredit.

Il T.A.R. per il Veneto con la sentenza n. 493/2010 in epigrafe respingeva il ricorso.

Avverso tale pronuncia la Banca Popolare esperiva il presente appello, riproponendo sostanzialmente le proprie tesi, argomentazioni e richieste, e sottoponendo a critica la decisione del Tribunale per averle disattese.

Le ragioni dell'appellante venivano ribadite ed approfondite con successive memorie, con le quali si insisteva per l'accoglimento dell'appello.

Il Comune di Nogarole Rocca e la controinteressata, dal canto loro, si costituivano entrambe in questo grado di giudizio in resistenza all'impugnativa avversaria, deducendone l'inammissibilità (così Unicredit, sotto il profilo della tardività delle censure riguardanti la pretesa illegittimità dei parametri di aggiudicazione) e l'infondatezza, e concludendo per la sua reiezione.

Alla Camera di consiglio del 23 aprile 2010 la domanda cautelare proposta dall'appellante veniva accolta, alla luce del tenore letterale della clausola *sub iudice* e tenuto conto anche dell'esigenza di salvaguardare il principio relativo al divieto di commistione tra criteri soggettivi per la partecipazione alle gare e criteri oggettivi afferenti alla valutazione delle offerte.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

1 La Sezione reputa opportuno richiamare introduttivamente i -pur pacifici- principi dettati dalla giurisprudenza sul primato che il canone ermeneutico letterale riveste nell'interpretazione delle prescrizioni amministrative recanti, di volta in volta, la disciplina delle pubbliche gare.

Questo Consiglio ha da tempo osservato che le regole contenute nella *lex specialis* di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la sola possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando. Il rigore formale che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità, e per altro verso alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, da ciò scaturendo la conseguenza che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o bando di gara può ammettersi una interpretazione diversa da quella letterale (cfr. C.d.S., V, 2 agosto 2010, n. 5075).

Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, delle quali va preclusa qualsiasi esegesi non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato; parimenti, si devono reputare comunque preferibili, a tutela dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle previsioni da chiarire, evitando che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (C.d.S., IV, 05 ottobre 2005 , n. 5367; V, 15 aprile 2004 , n. 2162).

Nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto della P.A. deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione (C.d.S., V, 30 agosto 2005, n. 4413).

Tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*, per cui, in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c. (dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto), impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, e restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati (C.d.S., V, 1° marzo 2003, n. 1142).

La formulazione della lettera di invito non può essere interpretata sulla base delle intenzioni della stazione appaltante, ma deve essere letta secondo il suo significato oggettivo (VI, 4 agosto 2006, n. 4764).

I canoni di interpretazione di una lettera di invito, così come delle clausole dei bandi di concorso, non sono quelli delle fonti indicate negli art. 12 ss. delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, bensì quelli desunti dagli art. 1362 ss. del codice anzidetto, attesa la natura della volontà espressa, assumibile nella nozione generale del negozio giuridico. Non trova applicazione neppure la c. d. interpretazione autentica, quale quella derivante da precisazioni postume (V, 10 gennaio 2007, n. 37; VI, 17 dicembre 2008, n. 6281).

In sintesi, dunque:

- la Stazione appaltante è vincolata dalla *lex specialis* che si è data, anche ove –per ipotesi- questa abbia a rivelarsi, *remelius perpensa*, incongruamente formulata;
- nell'interpretazione delle clausole del bando deve darsi prevalenza alle espressioni letterali contenutevi, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione, palesando significati non chiaramente desumibili dalla lettura della formulazione del bando;
- il significato oggettivo delle espressioni testuali adoperate prevale sull'intenzione soggettiva della Stazione appaltante;
- a garanzia della certezza e dell'imparzialità dell'Amministrazione, va preclusa qualsiasi diversa esegesi delle clausole del bando, che non sia giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato.

2 Tanto premesso, l'attenzione può essere senz'altro concentrata sulla clausola sul cui significato le parti si contrappongono, in una controversia che si rivela decisiva per le sorti della gara.

La *lex specialis* contempla, come si è visto, in corrispondenza del criterio 2e del bando, l'attribuzione di un massimale di 10 punti con riferimento al “*numero complessivo di enti locali territoriali di qualsivoglia regione gestiti, alla data di presentazione dell'offerta, con procedura informatica che permetta la gestione completa degli ordinativi di incasso e pagamento mediante “firma digitale”*”.

Orbene, il significato oggettivo di questa formulazione, sufficientemente univoco alla luce del suo testo letterale, è quello patrocinato dalla parte appellante sin dal primo mezzo del suo originario ricorso. Ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio rileva il numero degli enti gestiti mediante procedura informatica che – semplicemente- “*consenta*” l'utilizzo della firma digitale, indipendentemente dal fatto che quegli stessi enti effettivamente si avvalgano della firma medesima.

La clausola è incentrata, infatti, sulle potenzialità oggettive della tipologia di procedura informatica evocata, e richiede di computare il numero di applicazioni di quest'ultima che ciascun concorrente abbia in corso di gestione.

Il punteggio in discussione è destinato, quindi, a riflettere il numero di applicazioni date dal singolo operatore alla procedura informatica idonea a far utilizzare la firma digitale, senza spingersi a rispecchiare il numero degli enti gestiti che effettivamente e concretamente utilizzino la firma digitale.

Nella formulazione del criterio nessun elemento indica, invero, la necessità di porre l'accento sull'impiego in concreto fatto della procedura in discorso.

In altre parole, come espone la ricorrente, il punto conferisce rilievo non già al numero dei comuni gestiti che utilizzano concretamente l' "ordinativo informatico", bensì al numero di quelli con i quali il tesoriere, semplicemente, ha realizzato l'allineamento dei sistemi informativi in modo da "permettere la gestione completa degli ordinativi di incasso e pagamento mediante "firma digitale".

Come ha fondatamente lamentato l'appellante, la diversa lettura data dall'Amministrazione alla clausola ha fatto arbitrariamente prevalere la sua soggettiva interpretazione teleologica su quella letterale.

Né sono persuasive le argomentazioni svolte dalle attuali appellate a difesa degli atti impugnati.

Si assume che il Comune avrebbe inteso valorizzare, attraverso il criterio in esame, l'elemento dell'effettivo utilizzo della firma digitale nel disimpegno delle operazioni di tesoreria. Il fatto è, però, che, come si è appena visto, il testo della clausola esprime un significato obiettivo diverso, cui quello privilegiato dall'Amministrazione -benché, in tesi, più aderente alle sue effettive intenzioni- deve cedere necessariamente il passo.

La Sezione non mette poi in dubbio che l'interpretazione preferita dall'Amministrazione munirebbe il criterio di una maggiore significatività

qualitativa, rendendolo atto a rappresentare l'esperienza specifica del singolo concorrente nell'effettivo impiego della firma digitale (la frontiera più avanzata della gestione di tesoreria con modalità informatiche, come ricorda la difesa di Unicredit). Ciò non toglie, tuttavia, che la lettera del criterio, invece di sorreggere tale lettura, ne suffraga una diversa.

L'interpretazione letterale del criterio, d'altra parte, non potrebbe dirsi certo irrazionale.

Il precedente criterio *sub* 2d è incentrato sul numero complessivo di servizi di tesoreria di enti locali svolti dal singolo operatore: ed è appena il caso di ricordare che la relativa gestione potrebbe avere luogo tanto con modalità informatiche, quanto con quelle cartacee tradizionali (art. 213 d.lgs. n. 267/2000).

Il criterio *sub* 2e, dotato di una prospettiva diversa, riflette invece, specificamente, il numero di gestioni in corso mediante procedura informatica dalle caratteristiche indicate.

Questo semplice parallelo, oltre a far trasparire la razionalità della connessione dei criteri indicati, vale anche a smentire l'obiezione che il secondo di essi, qualora inteso nel senso patrocinato dalla ricorrente, diventerebbe un duplicato del precedente *sub* 2d.

A nulla giovano, inoltre, gli sforzi profusi dagli uffici, nella seconda parte della procedura, per tentare di dimostrare come la lettura municipale fosse comunque quella “*maggiormente conforme ai criteri di logica e coerenza*” (memoria Unicredit, pag. 12), tenuto nel debito conto anche il principio giurisprudenziale, sopra ricordato nel paragrafo precedente, che disconosce all'Amministrazione la possibilità di imporre, in casi del genere, la propria “interpretazione autentica”.

Deduce altresì l'Amministrazione che, seguendosi la lettura patrocinata dalla ricorrente, e ove l'elemento principale da vagliare fosse stato, quindi, quello della “*disponibilità della procedura*”, sarebbe risultata allora pleonastica l'indicazione del

“*numero degli enti gestiti*” (in tale ottica sarebbe bastato far dichiarare il possesso della procedura, a prescindere dal numero dei suoi fruitori). Neppure questo argomento vale, però, a colorare di irrazionalità l’interpretazione letterale della clausola, la cui richiesta di far conoscere, al di là del mero “*possesso*” della procedura, il numero di enti locali presso i quali la medesima è stata impiantata, ha il preciso senso ulteriore -come l’appellante ha fondatamente obiettato- di far emergere il numero di casi in cui il tesoriere ha provveduto all’organizzazione dei sistemi informatici, curando l’allineamento tra i propri e quelli del singolo utente, sì da consentire l’utilizzo dell’ordinativo informatico secondo il protocollo tecnico vigente.

Né si tratta di collegare l’assegnazione del punteggio in discussione a meri “adempimenti futuri”, come ha ritenuto il primo Giudice (persuaso, per converso, che l’uso del congiuntivo “consenta” individui un adempimento da riferire ed apprezzare comunque nel presente). Il punteggio previsto per il criterio in esame, in aderenza al suo piano tenore letterale, va infatti correlato al dato, pur sempre attuale, riflettente il numero di enti per i quali l’operatore abbia proceduto, in veste di tesoriere, ad implementare una procedura informatica “*che permetta la gestione completa ... mediante firma digitale*”.

Merita poi di essere rimarcato il fatto che l’interpretazione letterale del criterio è quella che rende il medesimo più aderente agli indirizzi che erano stati impartiti dalla Giunta comunale agli uffici con la delibera n. 124 dell’8 ottobre 2009, la quale contemplava, nell’ambito dei fattori qualitativi, la previsione di apposito punteggio, senz’altro, per il “*possesso di procedura informatica che permetta la gestione completa degli ordinativi di incasso e dei mandati di pagamento senza e con introduzione del protocollo di comunicazione dei flussi stessi firmati digitalmente*”.

Si insiste *ex adverso* anche sul fatto che il participio “*gestiti*”, che compare nel testo del criterio, esprime un chiaro riferimento ad una realtà già attuale. Non vi è peraltro dubbio che le gestioni di tesoreria da indicare dovessero essere già attive, il

che appunto giustifica l'uso del detto participio: la potenzialità che la clausola ammette verte soltanto sull'uso della firma elettronica.

Ci si diffonde, infine, sulle ragioni (in tesi, puramente grammaticali) che giustificerebbero, nel testo del criterio, l'impiego del verbo "*permettere*" con il modo congiuntivo ("*...che permetta ...*"), in luogo dell'indicativo. Quand'anche, però, il verbo della proposizione fosse stato coniugato con l'indicativo, il senso della clausola non sarebbe sostanzialmente diverso, poiché la medesima non cesserebbe di essere imperniata sul numero di applicazioni ricevute da una procedura qualificata semplicemente dall'attitudine che si è più volte menzionata.

L'interpretazione letterale della clausola va pertanto confermata.

3 In conclusione l'appello deve essere accolto, potendo rimanere assorbita ogni doglianza residua della Banca Popolare, e per l'effetto va parimenti accolto il suo originario ricorso, in riforma della sentenza in epigrafe.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere equitativamente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, ed annulla l'aggiudicazione con esso impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2011

IL SEGRETARIO

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