

Come possono essere considerate adeguate le giustificazioni di un'eventuale offerta anomala?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il giudizio di non anomalia non richiede una motivazione analitica e dettagliata, potendo fare riferimento alle giustificazioni, ove queste non siano generiche: peraltro le giustificazioni, nella parte relativa all'analisi dei costi, si articolano in quattro paragrafi che illustrano: a) i ricavi dal servizio; b) i costi di esecuzione del servizio; c) il margine e utile netto; d) gli ulteriori vantaggi connessi ad aspetti collegati allo svolgimento del servizio e relativi sostanzialmente allo sviluppo della clientela; esse quindi non appaiono affatto generiche, bensì adeguatamente circostanziate. _ In definitiva l'istituto aggiudicatario, nel formulare la propria offerta ha in certo senso "scommesso" su un certo sviluppo del servizio su base telematica, e presumendo altresì un ridimensionamento dei pagamenti in contanti, assumendosi ovviamente il relativo rischio d'impresa, e ritenendo che detto sviluppo avrebbe comportato costi assai inferiori rispetto a quelli preventivati dalla Stazione Appaltante.

In tema di verifica dell'offerta anomala, merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 2919 dell' 8 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

<4. Con la terza censura si assume sostanzialmente una carente valutazione delle giustificazioni addotte a sostegno dell'offerta economica anomala, per notevole ribasso (61,43% a fronte del 20,57% della ricorrente), presentata dall'aggiudicataria.

A fronte di un prezzo a base d'asta di € 3,50 di commissione omnicomprensiva, l'aggiudicataria ha offerto € 1,35 di commissione per ogni operazione di pagamento di pensione all'estero.

Parte ricorrente afferma che, proprio per la misura eccezionalmente bassa dell'offerta, dovevano essere verificati con attenzione i dubbi che la banca intendesse accollare ai pensionati, in maniera surrettizia,

alcuni oneri, in modo da rendere l'operazione comunque remunerativa.

Ad avviso del Collegio l'INPS ha accolto le giustificazioni in base ad argomenti adeguati e sufficienti a spiegare il notevole ribasso.

Premesso infatti che dagli atti risulta come in precedente analogo gara il servizio è stato aggiudicato con un costo di commissione pari ad € 0.166, e considerato che la notevole esperienza in pagamenti internazionali dell'Istituto di credito aggiudicatario appare indubitabile (tra l'altro svolge già analogo servizio per l'INPS in altri Paesi dell'area extraeuro oltre a svolgerlo anche per i pagamenti dell'****), la stazione appaltante ha valutato che l'aggiudicataria poteva avvalersi di notevoli investimenti già avvenuti per lo svolgimento di analogo servizio.

Inoltre, considerato che la base d'asta era stata fissata a livelli piuttosto elevati rispetto alla media del costo del servizio in quanto erano previste attività aggiuntive quali la stampa e l'invio di modulistica e spese postali anche per il pagamento tramite assegno, ha ritenuto convincente la giustificazione fondata sostanzialmente sull'assunzione di un rischio d'impresa consistente nella previsione fatta dalla banca aggiudicataria, sulla base peraltro della sua esperienza al riguardo, di una notevole riduzione dei pagamenti tramite assegno, con conseguente significativo abbattimento delle spese connesse e dell'incremento contemporaneamente dell'uso dello strumento telematico, con costi assai inferiori.

Peraltro le giustificazioni, nella parte relativa all'analisi dei costi, si articolano in quattro paragrafi che illustrano: a) i ricavi dal servizio; b) i costi di esecuzione del servizio; c) il margine e utile netto; d) gli ulteriori vantaggi connessi ad aspetti collegati allo svolgimento del servizio e relativi sostanzialmente allo sviluppo della clientela; esse quindi non appaiono affatto generiche, bensì adeguatamente circostanziate.

Anche il servizio di coll center multilingua risultava struttura già esistente che ha consentito alla banca di prevedere costi notevolmente inferiori rispetto a quelli fissati nel prezzo a base d'asta.

In definitiva l'istituto aggiudicatario, nel formulare la propria offerta ha in certo senso "scommesso" su un

certo sviluppo del servizio su base telematica, e presumendo altresì un ridimensionamento dei pagamenti in contanti, assumendosi ovviamente il relativo rischio d'impresa, e ritenendo che detto sviluppo avrebbe comportato costi assai inferiori rispetto a quelli preventivati dallo stesso INPS.

Né risulta dall'analisi dei costi alcun elemento che possa indurre a ritenere che l'offerta contenga costi "occulti" da accollare al pensionato.

Peraltro in base anche a recente giurisprudenza, il giudizio di non anomalia non richiede una motivazione analitica e dettagliata, potendo fare riferimento alle giustificazioni, ove queste non siano generiche

Nel caso di specie il giudizio di non anomalia risulta sintetico, ma individua gli elementi essenziali delle giustificazioni adottate che hanno convinto la stazione appaltante della adeguatezza degli argomenti in ordine al ribasso praticato.

Il raffronto con l'offerta economica della ricorrente, sia detto per inciso, soffre verosimilmente delle notevoli differenze strutturali nell'organizzazione del servizio, caratterizzato in particolare per la ricorrente dalla presenza di un intermediario per così dire aggiuntivo e "generale" costituito dalla Citigroup, che avrebbe dovuto giustamente anch'esso lucrare sulla gestione complessiva del servizio stesso.

Comunque le valutazioni del giudice nell'ambito di un giudizio di legittimità, si fermano ad un controllo "esterno" che non può addentrarsi nelle valutazioni di discrezionalità tecnica operate anche nel giudizio di anomalia soprattutto laddove le motivazioni adottate appaiono, come nella fattispecie, ragionevoli e adeguate.>

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2919 dell'8 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA N.

Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Anno

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO N.
3083

SEZIONE III quater Anno
2007

composta dai magistrati:

*****E

Presidente

Consigliere

Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3083 del 2007 proposto da ALFA S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi in Roma, via Pinciana n. 25;

CONTRO

Istituto Nazionale di Previdenza Sociale - INPS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti *****, *****, ***** e ***** ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto in Roma, Via della Frezza n. 17;

e nei confronti di

- BETA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Bassano Baroni, ***** e ***** ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'ultima in Roma, Piazzale Clodio n. 32;

anche ricorrente incidentale per l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente;

per l'annullamento, quanto al ricorso principale,

- dell'aggiudicazione definitiva della procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pagamento delle prestazioni INPS a beneficiari residenti all'estero, indetta con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 28 giugno 2006 S 120 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Parte II, n. 150 del 30 giugno 2006, comunicata a ALFA S.p.A. il 23 marzo 2007 con nota prot. INPS 0004.13.03.2007.0001909;

del verbale del 9 febbraio 2007 della Commissione di gara, nella parte in cui visto il giudizio di congruità dei chiarimenti presentati dall'BETA nel procedimento di verifica di anomalia dell'offerta della stessa, ha formato la graduatoria finale delle offerte ed ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore di BETA;

- del verbale del 7 febbraio 2007 della Commissione con il quale, ad esito del procedimento di verifica di anomalia, ha dichiarato congrui i chiarimenti presentati da ICPBI;

- del verbale del 22 gennaio 2007 della Commissione con il quale in seduta pubblica, ha comunicato i risultati della valutazione delle offerte tecniche;

- di tutti i verbali della Commissione, in particolare dei verbali del 7 novembre 2006, 14 dicembre e 19 dicembre 2006, 8 gennaio, 10 gennaio, 11 gennaio e 15 gennaio 2006 e 7 febbraio 2007, nonché degli atti già impugnati, nella parte in cui la Commissione ha ritenuto ammissibile l'offerta di BETA ed ha espresso un giudizio positivo sull'offerta tecnica della stessa;

- di ogni altro atto presupposto, in particolare quello di ammissione di BETA alla procedura di gara (non conosciuto nei suoi estremi alla ricorrente), nonché di ogni atto conseguente e del contratto, ove stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'INPS;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale del controinteressato istituto di credito;

vista la propria ordinanza collegiale n.1957 del 27 aprile 2007;

vista l'ordinanza del Consiglio di Stato sez. VI n. 2494 del 15 maggio 2007;

viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 12 marzo 2008 il Consigliere *****;

Uditi alla stessa udienza gli avvocati delle parti come da verbale di udienza;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso notificato il 6 aprile 2007 e depositato il giorno 11 successivo la ALFA s.p.a. ha impugnato gli atti della gara indetta dall'INPS per l'aggiudicazione del servizio di pagamento delle prestazioni previdenziali a beneficiari residenti all'estero.

Premesso di essersi classificata al secondo posto con il punteggio di 79,42 (p.30 per sistema organizzativo; punti 30 per assistenza, punti 19,42 per il prezzo offerto), mentre l'aggiudicatario Istituto centrale delle banche popolari ha ottenuto punti 86,91 (punti 16,91 per il sistema organizzativo; punti 30 per l'assistenza e punti 40 per il prezzo), deduce i seguenti profili di gravame:

1). Violazione bando e lettera invito; violazione dell' art. 23 D.Lgs. 157/95; eccesso di potere per travisamento fatti; difetto d'istruttoria e motivazione; erronea valutazione tecnica dell'offerta BETA; inammissibilità dell'offerta.

L'offerta dell'aggiudicataria deve ritenersi inammissibile per mancanza dei seguenti requisiti:

corrispondenti in Ungheria; b) scarsa rete di corrispondenti in Argentina; c) presentazione dell'offerta non "franco spese" per il pensionato, in quanto:

è stata indicata una banca libica come corrispondente in Ungheria, priva di sportelli in detto Paese;

risulta l'assenza della quasi totalità degli sportelli indicati in Argentina (il Banco ITAU ha solo 79 sportelli);

alcune spese sono riversate sui pensionati (pagamenti allo sportello, numero verde, commissioni di

cambio) il pagamento in contanti è assicurato solo presso la banca indicata dal beneficiario dove questi deve necessariamente avere un conto - i costi di cambio sono particolarmente rilevanti perchè i pagamenti sono per il 78% effettuati in area non Euro. La mancata indicazione di un tasso di cambio può creare svantaggi al beneficiario. La riduzione dei pagamenti per assegno circolare era poi stata valutata dalla stazione appaltante e non può essere addotta come riduzione dei costi rispetto all'importo a base d'asta.

2). Disparità di trattamento e irragionevolezza del giudizio espresso dalla Commissione con riferimento alle sub categorie a1, a2, a3 e b2:

a1 - mancata valutazione, nell'attribuzione dei punteggi di merito, delle carenze organizzative in Ungheria e in Argentina (punti 3,71 su 15);

a2 -
ulteriori carenze organizzative non valutate (punti 7,50 su 10);

a3 - carenza nella sicurezza informatica (punti 5 su 5 mentre alla ricorrente punti 3,75 su 5);

b2 - carenza nell'assistenza telefonica call center: punti 10 su 10 alla BETA e 7,50 alla ricorrente; senza considerare che l'offerta dell'aggiudicataria non è gratuita come quella della ricorrente (numero verde); mancata indicazione delle concrete modalità di prestazione del servizio. La ricorrente assicura la registrazione delle telefonate per una pronta risposta, per le 12 ore di non funzionamento.

3). Violazione dell'art. 35 D.Lgs.vo n. 157/95 55, della Direttiva 2004/18/CE, dell'art. 3 della L. 241/90, carenza istruttoria, violazione dell'art.1, commi 2, 4 e 5 della L. 327/2000, dell'art.

art. 86 ***** 163/06; violazione dell'obbligo di motivazione nella verifica dell'anomalia; eccesso di potere. per travisamento dei fatti; erroneità del giudizio di non anomalia: nel giudizio di anomalia dell'offerta non si è tenuto conto del fatto che il servizio non è affatto "franco spese" (i risparmi sono fatti a carico dei pensionati) genericità dell'analisi e della motivazione: per i pagamenti esteri l'aggiudicataria ha offerto un compenso inferiore a quello che l'INPS paga per i pagamenti nazionali. L'BETA non ha prodotto documentazione; nè i contratti con i corrispondenti esteri; generica risulta la indicazione dei

costi.

4). Violazione dell'art. 25 D.Lgs.vo 157/95 e dell'art.55 della Direttiva 2004/18/CE. Violazione obbligo della leale collaborazione: non sono stati giustificati i costi richiesti dalle corrispondenti estere per l'esecuzione dei pagamenti.

Costitutosi, l'INPS ha sostenuto l'infondatezza del ricorso per i seguenti motivi: a) per l'ammissione alla gara è sufficiente dichiarare la disponibilità di sportelli nei vari paesi; per l'attribuzione del punteggio si deve poi indicare il numero esatto di sportelli: anche togliendo 82 sportelli in Ungheria (ove peraltro l'aggiudicataria già opera per l'INPS) il differenziale sarebbe irrilevante ai fini della prova di resistenza; analogo discorso per l'Argentina (differenziale di punteggio tra prima e seconda classificata è superiore ai 3,71 punti assegnati per gli sportelli all'aggiudicataria banca). Non vi sono costi nascosti per il pensionato; l'aggiudicataria ha firmato l'impegno "franco spese".

b) Valutazioni tecnico discrezionali dell'anomalia: l'aggiudicataria era già titolare di un importante lotto per la precedente gara divisa in lotti (Asia, Africa); in precedenza il costo è stato di 0,166; la base d'asta più alta era stata individuata per servizi aggiuntivi a quello di semplice tesoreria, quali invio di informazioni a mezzo posta e servizi di call center e via web.

Costituitasi la controinteressata, aggiudicataria dell'appalto, rilevato di aver già svolto il servizio in 76 dei 134 Paesi previsti dal bando, ha eccepito preliminarmente, con ricorso incidentale, l'illegittimità dell'ammissione della ricorrente alla gara, in quanto: a) essa si avvale prevalentemente di ***** che non è soggetto bancario: a norma di bando potevano partecipare solo enti autorizzati all'attività bancaria italiani o dei Paesi comunitari; Citigroup è ente statunitense; b) il maggior corrispondente estero indicato dalla ricorrente, Western Union, non è istituto di credito, utilizza agenti e non sue filiali.

Ha quindi rilevato l'erroneità delle censure riguardanti la sua pretesa esclusione: a) in Ungheria e Argentina vi sono comunque sportelli: non era causa di esclusione la mancata indicazione di alcuni sportelli, potendosi avvalere di corrispondenti anche indiretti; l'indicazione precisa degli sportelli era richiesta solo per l'attribuzione del punteggio; in Ungheria l'aggiudicataria svolge il servizio utilizzando

*****; in Argentina, oltre agli sportelli del Banco ITAU, BETA utilizza sportelli tramite la corrispondente stessa. Solo una relazione tecnica priva dell'indicazione degli sportelli avrebbe potuto portare all'esclusione.

Anche BdR ha indicato in alcuni paesi sportelli inesistenti (Cuba, Iran e Siria) ovvero la Western Union che non appare idonea ai pagamenti in questione.

Circa le censure di merito parte controinteressata ha osservato:

a) offerta con oneri a carico del beneficiario: a.1) per pagamenti in contanti, essi vengono assicurati presso la Banca corrispondente estera scelta dal beneficiario: non è affatto richiesto che il pensionato abbia un conto corrente presso detto corrispondente; BETA ha però stimato che i pagamenti in contanti saranno assai ridotti, ed ha quindi potuto abbattere il prezzo offerto. Western Union invece non è una banca; a.2) call center - numero verde: l'aggiudicataria ha sottoscritto l'offerta franco beneficiario: non è provato affatto che intenda accollare al pensionato parte degli oneri; pur non essendo espressamente detto che si serve di numero verde, tuttavia il call center di cui si serve opera tramite numero verde; BETA ha chiesto l'istituzione di numero verde dopo essersi aggiudicato la gara; b.3) operazioni di cambio valuta: in primo luogo i pagamenti sono previsti in euro e sono la stragrande maggioranza, per cui l'aggiudicataria si accolla la residua sfera di oneri relativi all'eventuale operazione di cambio; non esiste poi un tasso di cambio ufficiale, ed il rischio di cambio è rimesso al mercato.

b). valutazioni della Commissione in sede di gara: non è stata offerta la prova di resistenza; b.1) numero sportelli (sottocategoria a.1): BdR ha indicato sportelli inesistenti a Cuba, in Iran e Siria e sportelli ***** , che non è una banca; BETA dispone seppure tramite corrispondenti indiretti, di sportelli in Ungheria e in Argentina: comunque la riduzione sarebbe di 0,37 punti (differenza attuale è di 7,49 punti); b.2.) struttura organizzativa (a2): nei raffronti del punteggio attribuito agli altri partecipanti risulta la congruità del punteggio attribuito a IBPI (7,5 su 10) che ha già una struttura organizzata. La stessa BdR non è in grado di eseguire la modalità di pagamento *****. b.3) salvaguardia informatica (a3): differenze: maggior spessore tecnico per il disaster recovery, autonomia del sistema (BdR deve utilizzare quello di Citigroup); BETA ha scelto tutte banche che offrono più garanzia della Western Union; b.4) assistenza telefonica (b2): differenza di soli p. 2,5; l'aggiudicataria ha offerto un servizio 24/24 (importanza in relazione al fuso orario) e con operatori multilingua utilizzando società specializzate.

c). anomalia offerta: BETA ha prodotto documenti (bilancio e dettagliati chiarimenti); BdR ha costi più elevati perchè deve pagare Citigroup; BETA è specializzato per pagamenti all'estero e già svolge il servizio per l'INPS in molti paesi; BdR ha fatto l'offerta considerando un numero notevole di pagamenti in contanti e considerando il costo di cambio valuta. La motivazione della Commissione può essere stringata; risulta elaborato un prospetto dei costi.

d). Violazione del principio di leale collaborazione: l'INPS non si è lamentata di sleale collaborazione ed ha ritenuto sufficienti le giustificazioni addotte; non risulta quindi provata tale presunta sleale collaborazione con la stazione appaltante.

Con memoria predisposta per la camera di consiglio la ricorrente ha osservato quanto segue:

a) sul ricorso incidentale: a.1) Citigroup è semplicemente la principale corrispondente di BdR, che rimane l'unica responsabile dell'offerta e del servizio. BETA ha numerosi corrispondenti non banche tra cui AMERICAN.EXPRESS, rapporto peraltro instaurato successivamente all'offerta con modifica sostanziale del servizio offerto (per la copertura di Ungheria ed Argentina); a.2) Western Union non è banca; ma anche BETA si avvale di ***** - Post Finance; il bando non prevedeva che nei pagamenti fossero coinvolte solo banche; è intermediario finanziario; a.3) per Cuba si è trattato di un errore materiale nell'indicare la banca; per Siria e Iran (1+1 pensionati) è indicata la banca U.B.A.E.

b) nei fatti non è stato istituito il numero verde ma vi è un numero telefonico a pagamento; BETA aveva avuto un elevato punteggio tecnico proprio per il suo coll center.

c) nei fatti BETA non ha comunicato ai pensionati la possibilità di scegliere il pagamento in valuta locale.

d) il tasso di cambio sarà quello stabilito dalla stessa BETA.

e) i pagamenti in contanti sono solo presso banche individuate da BETA, l'assegno circolare non è vietato, ma è sistema residuale; Banca Popolare di Sondrio, che ha fatto offerta analogamente anomala, appartiene allo stesso gruppo dell'aggiudicataria.

f) non sono stati prodotti i contratti con i corrispondenti.

Con ordinanza collegiale n.1957 del 27 aprile 2007 è stata respinta l'istanza cautelare, confermata in appello dal Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanza n.2494 del 15 maggio 2007.

Con memoria predisposta per l'udienza di discussione parte ricorrente ha osservato:

a) quanto al ricorso incidentale: a.1) esso deve ritenersi inammissibile: non è stato mai depositato, e comunque non nei termini ridotti di 5 giorni, il ricorso incidentale con la prova delle avvenute notifiche (ricorso depositato solo in velina); a.2) esso è altresì infondato per le ragioni già esposte;

b) circa la inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria: mancanza del requisito di capacità tecnica (corrispondente in Ungheria); incompletezza dell'offerta (corrispondenti in Ungheria individuati solo successivamente alla presentazione dell'offerta) ; la prova di poter pagare le pensioni in tutti gli Stati è essenziale per la partecipazione alla gara e per la stessa offerta; per il punteggio valeva poi il numero degli sportelli (ma la disponibilità di corrispondenti nel Paese era requisito essenziale): se cambia l'offerta tecnica in corso di procedura deve cambiare anche l'offerta economica. La circostanza che BETA già serva l'Ungheria è irrilevante rispetto alla carenza dell'offerta;

c) violazione della clausola "franco spese": il numero verde risulta attivato solo successivamente; devono ritenersi previste commissioni di cambio e commissioni per pagamenti allo sportello; mancata indicazione del tasso di cambio di riferimento (in concreto sono stati applicati tassi di cambio assai sfavorevoli per i pensionati);

d) controllo dell'anomalia dell'offerta: non sono stati forniti i contratti con i corrispondenti esteri per verificare oltre i costi anche gli impegni

del capitolato speciale; l'esame della anomalia deve essere dettagliatamente motivato e deve riguardare tutte le voci per le quali è richiesta giustificazione. Qui vi è difetto di istruttoria e di motivazione. Diverso era il servizio già svolto da BETA.

e) erroneità del punteggio attribuito all'offerta tecnica: non è opponibile la prova di resistenza perchè non è valutabile a priori l'effetto delle erronee indicazioni sui corrispondenti.

Le prove delle censure sono derivanti dall'esecuzione dei contratti.

Ha prodotto memoria anche l'Amministrazione appaltante, osservando: a) per i corrispondenti in Ungheria non vi è prova di quanto affermato in ricorso; BETA già svolge il servizio in Ungheria; non era requisito di ammissibilità l'indicazione di tutti i corrispondenti nel mondo; solo il punteggio teneva conto del numero esatto degli sportelli. Anche assegnando punti 0 per gli sportelli in Ungheria l'incidenza sul punteggio non cambierebbe. Anche per l'Argentina vi è mancanza di prove e comunque irrilevanza ai fini del punteggio;b) per l'offerta franco spese per il pensionato: i presunti costi mascherati non sono provati; l'impegno franco spese dell'aggiudicataria è chiaro (non era tenuta a dichiarare la gratuità di tutti i servizi: call center, commissioni, ecc.); c) punteggio per l'offerta tecnica: i giudizi sono stati fatti in maniera comparativa con tutte le offerte (non solo tra due); d) anomalia dell'offerta: i successivi disservizi riguardano la fase di gestione del contratto (eventuale risoluzione). Precedentemente il servizio è stato svolto con costi quasi pari a zero: BETA ha esperienza internazionale (già svolge il servizio in molti Stati esteri) (costi precedenti 0,166); BETA aveva già una piattaforma informatica per i pagamenti all'estero, solo da implementare; i call center multilingua erano già esistenti.

Con memoria conclusionale la controinteressata rileva preliminarmente che deve ritenersi inammissibile il ricorso principale per difetto di legittimazione dovendo la ricorrente essere esclusa dalla gara: a) infatti ***** (banca non comunitaria) sarebbe il soggetto deputato ad effettuare tutti i pagamenti e le

operazioni connesse; b) i corrispondenti esteri non istituti di credito, non possono effettuare pagamenti bonifico swift e non hanno un codice banca (Western Union).

Osserva poi come debbano ritenersi inammissibili le censure relative allo svolgimento del servizio; i corrispondenti possono essere anche indiretti, quindi anche per il tramite di banche che non hanno sportelli sul territorio, ma forniscono appunto un corrispondente indiretto.

BETA non si avvale di ***** per i pagamenti; essa ha solo indicato corrispondenti.

Omnicomprendività del prezzo offerto: risulta dall'offerta la previsione di pagamenti in contanti: in nessun punto dell'offerta risulta l'obbligo d'apertura di conto corrente presso la banca scelta per il pagamento in contanti (è la Western Union che non è in grado di effettuare tutte le modalità di pagamento previste nel bando).

Numero verde: non è prevista la sua indicazione a pena di esclusione: è implicita la gratuità (negli atti di gara si parla sempre di call center e non di numero verde).

Commissioni di cambio: manca la prova della sua pretesa onerosità (sottoscrizione delle condizioni speciali), i tassi di cambio sono quelli del mercato che risultano dalle sale cambi sportello: non è stata fornita la prova di resistenza per la censura riguardane l'attribuzione dei punteggi alla offerta tecnica; essi peraltro sono stati dati in base a calcoli matematici (sportelli) e previa analitica motivazione.

Alla pubblica udienza del 12 marzo 2008 i difensori delle parti hanno ribadito tesi e ragioni ed hanno quindi spedito la causa in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe un istituto di credito ha impugnato gli atti della gara indetta dall'INPS per l'appalto del servizio di pagamento delle prestazioni previdenziali a favore di beneficiari residenti all'estero.

1. Nonostante la presenza di ricorso incidentale tendente a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente e quindi il difetto di legittimazione attiva e di interesse al ricorso principale, il Collegio ritiene di prendere preliminarmente in esame il ricorso principale stesso che contiene come primo motivo una censura della stessa natura, che escluderebbe la legittimazione attiva del ricorrente incidentale, aggiudicatario della gara.

Detta censura si articola in tre profili.

1.1. Con il primo si assume che l'istituto di credito aggiudicatario doveva essere escluso dalla gara in quanto carente di corrispondenti in Ungheria.

La censura trae spunto dalla disposizione di bando di cui al punto III.2.3 "Capacità tecnica", la quale prevede tra i requisiti di partecipazione la possibilità di disporre di corrispondenti diretti o indiretti in tutti i Paesi individuati nell'appalto.

Il ricorrente deduce tale carenza dal fatto che l'aggiudicatario istituto ha indicato quale corrispondente in Ungheria una banca libica.

Ma ad avviso del Collegio, la circostanza non è idonea a provare la carenza addotta, in quanto la norma consente anche di avere corrispondenti indiretti, che ben potrebbero essere forniti anche tramite una banca non avente propri sportelli in un determinato Paese; peraltro anche tale ultima circostanza sarebbe provata, secondo la ricorrente, tramite il sito internet, che non costituisce però una prova sicura di quanto affermato.

Comunque, sotto il profilo dei fatti, non può ignorarsi che, come affermato dall'INPS senza smentita sul punto da parte della ricorrente, l'istituto di credito aggiudicatario svolgeva già il servizio in Ungheria, talchè la stazione appaltante aveva conoscenza propria e diretta del fatto che in Ungheria l'aggiudicatario esercitava e poteva esercitare; e diverse sono le conseguenze tra un eventuale errore di indicazione ed una mancanza oggettiva del requisito (solo il mancato possesso di requisiti minimi può comportare l'esclusione dalla gara: par. 16 della lettera d'invito).

Peraltro, e conclusivamente sul punto, la capacità tecnica richiesta è costituita dalla possibilità operativa dell'istituto di credito di esercitare il servizio in tutti i paesi individuati dal bando (disposizione in certo senso anche pleonastica), il che non significa necessariamente, e non è infatti richiesto dal bando, che tale capacità possa e debba essere dimostrata esclusivamente attraverso una preventiva e puntuale indicazione delle singole unità operative, che invece viene richiesta ai fini dell'attribuzione dei punteggi: qui l'operatività in Ungheria era fatto noto alla stazione appaltante. Al riguardo si osserva incidentalmente come anche la ricorrente sia incorsa in analoga carenza avendo indicato per il territorio di Cuba una banca addirittura inesistente e per molte aree un corrispondente quale la ***** non avente verosimilmente natura di istituto di credito con conseguente difficoltà a consentire tutte le operazioni richieste; ma non per questo la Commissione ha ritenuto di escludere la sua capacità tecnica.

1.2. Con il secondo profilo si contesta l'ammissione alla gara della controinteressata per l'assenza della quasi totalità degli sportelli dichiarati per l'Argentina: si assume che il Banco ITAU indicato come corrispondente dall'aggiudicatario istituto di credito, non ha in Argentina il numero di sportelli indicato nell'offerta.

Anche qui si pone preliminarmente un problema di prova, considerato che i dati rivenienti dal sito internet non possono costituire prova certa di tale assunto; inoltre i corrispondenti possono essere anche indiretti e quindi forniti per il tramite del detto Banco; ma soprattutto la questione non può rilevare sotto il profilo della carente capacità tecnica in quanto la stessa ricorrente ammette che, seppure con un numero di sportelli assai inferiore, la controinteressata poteva dimostrare la sua operatività in Argentina.

Ad avviso del Collegio, quindi, la questione può avere rilevanza sotto il profilo del punteggio ma non sotto quello della ammissibilità alla gara.

1.3. Con il terzo profilo si assume la necessaria esclusione dalla gara della parte controinteressata in quanto non si sarebbe assunta l'obbligo di eseguire tutte le prestazioni "franco spese" del pensionato.

La censura trae spunto dal disposto dell'art. 13 del capitolato, il quale appunto prevede che i pagamenti delle prestazioni previdenziali ai beneficiari all'estero non devono comportare alcuna spesa per questi ultimi.

Il mancato impegno ad assolvere a tale onere sarebbe desumibile, secondo parte ricorrente: a) dalla mancata previsione di pagamenti in contanti presso gli sportelli; b) dalla mancata attivazione di un "numero verde" per assistenza gratuita telefonica; c) dalla mancata previsione, nella commissione bancaria offerta, dei costi delle commissioni di cambio valuta e di pagamento in contanti allo sportello della prestazione previdenziale.

Ad avviso del Collegio, la censura non appare fondata in quanto l'aggiudicatario istituto ha restituito, firmato per accettazione in ogni sua pagina, il capitolato che reca le condizioni speciali per l'esecuzione del servizio, tra le quali anche l'impegno a rispettare il criterio del "franco spese": quindi sotto il profilo "formale" dell'assunzione d'impegno la censura non appare fondata (diversa questione è ovviamente l'esecuzione concreta del contratto che potrà comportare, in caso di gravi violazioni degli impegni assunti, anche la risoluzione).

Pertanto, e venendo ad alcuni aspetti di merito della censura, dall'offerta tecnica della controinteressata: a) non emerge in alcun modo l'obbligo per il pensionato di aprire un conto corrente presso lo sportello del corrispondente, bensì di indicare dove intende riscuotere la pensione, in modo che la banca che svolge il servizio possa accreditare la somma al corrispondente individuato.

b) La istituzione di un "numero verde" è una delle modalità per consentire l'assistenza telefonica gratuita ai pensionati: l'esistenza di uno specialistico call center dell'aggiudicataria unitamente all'impegno assunto con la sottoscrizione del capitolato che escludeva ogni onere per il pensionato realizza lo scopo previsionale richiesto; ovviamente, ad aggiudicazione avvenuta, la banca aggiudicataria potrà organizzare

nel dettaglio detto servizio, attivando anche un numero verde, non essendo affatto richiesto che detta attivazione risulti con data anteriore all'aggiudicazione.

c) Circa i costi delle operazioni di cambio valuta, premesso che le norme di gara prevedono il pagamento in euro (art. 8 c.1 del capitolato speciale) e la subordinata possibilità per il pensionato di optare per il pagamento in valuta locale (art. 8 c.2), il chiaro impegno di parte controinteressata a formulare una offerta onnicomprensiva senza oneri a carico del pensionato prevale sulla mancata indicazione di costi, che verosimilmente si ritengono di valore assai modesto, per le operazioni di cambio. Diversa questione è poi quella relativa al "rischio di cambio", per il quale nessun impegno è richiesto al gestore del servizio, considerata la sostanziale dipendenza di tale rischio dal mercato, a prescindere da parametri di riferimento più o meno "sicuri".

Conclusivamente il Collegio osserva che, se per quanto sin qui detto non può ritenersi fondata la richiesta di esclusione dell'aggiudicataria per mancanza del requisito di capacità tecnica, altrettanto deve dirsi per le presunte carenze nella redazione dell'offerta tecnica, in quanto le condizioni di bando prevedevano esplicitamente l'esclusione solo nel caso in cui nella busta "B" fosse mancante la relazione tecnico-esecutiva del servizio, e non nel caso di lacune o imprecisioni nella redazione dell'offerta tecnica (par. 12 della lettera d'invito), che avrebbero avuto una rilevanza solo ai fini dell'attribuzione del punteggio.

2. Ritenuto quindi che per i motivi suddetti non possono essere accolte le censure tendenti a dimostrare la necessità di esclusione dalla gara dell'istituto di credito aggiudicatario, deve prendersi in esame il ricorso incidentale, che reca censure della stessa natura, tendenti a dimostrare la carenza di legittimazione attiva dell'istituto di credito ricorrente.

Ad avviso del Collegio, detto ricorso è improcedibile per intempestivo deposito, successivo alle notificazioni alle parti necessarie.

Premesso che nella fattispecie il termine dimezzato per il deposito del ricorso incidentale è di giorni cinque, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37 comma 3 del R.D. n. 1054 del 1924 e dell'art. 23 bis comma 2 della legge n. 1034 del 1971 (TAR Lazio, sede di Roma, sez. II 1 aprile 2006 n. 2258), risulta che

entro detto termine non è stato depositato presso la Segreteria della Sezione l'originale del ricorso con la prova delle avvenute notifiche.

Il deposito della c.d. "velina" del ricorso in data 23 aprile 2007, senza la prova delle avvenute notifiche, non può avere alcun valore al fine di impedire la dichiarazione di tardività del deposito, non rispondendo alle prescrizioni di legge (Corte di Cassazione sez. III 1 giugno 2000 n. 7263).

Il ricorso incidentale deve pertanto essere dichiarato improcedibile per tardivo deposito.

Esso peraltro, come di seguito si vedrà, deve ritenersi improcedibile anche per carenza d'interesse, risultando infondato nel merito il ricorso principale.

3. Tornando quindi al ricorso principale, il Collegio ritiene di poter soprassedere dall'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità dello stesso per difetto d'interesse sollevate dalla difesa dell'INPS, sostanzialmente recependo i contenuti del ricorso incidentale riguardanti l'inammissibilità dell'offerta della ricorrente, in quanto il ricorso principale stesso appare infondato.

Viene pertanto in esame la seconda censura concernente: disparità di trattamento ed irragionevolezza dei giudizi espressi dalla Commissione di gara con particolare riferimento alle sottocategorie a1, a2, a3 e b2, relative alla valutazione dell'offerta tecnica.

3.1. La sottocategoria a1 prevede l'assegnazione di un massimo di punti 15 per il rapporto numero sportelli/numero beneficiari, secondo una formula matematica che indica la capillarità di presenza del servizio sul territorio.

La ricorrente risulta avere ottenuto punti 15 e la controinteressata punti 3,71.

La censura si richiama agli argomenti già svolti per sostenere la carenza o assenza di corrispondenti in Unghersia ed in Argentina.

La censura appare in primo luogo, come già detto, non suffragata da adeguata prova.

Peraltro essa appare anche in parte generica in quanto non è dato desumere quanti sarebbero, ad avviso della ricorrente, gli sportelli presenti in Argentina.

In ogni caso deve considerarsi che il divario tra l'aggiudicataria e la ricorrente è notevolmente superiore ai 3,71 punti attribuiti alla prima, che peraltro risulterebbero diminuiti dall'accoglimento della censura della ricorrente di un valore piuttosto esiguo, considerata l'incidenza delle presunte carenze in Ungheria ed Argentina rispetto all'intero panorama del servizio da espletare (secondo un calcolo dell'istituto aggiudicatario la riduzione sarebbe di punti 0,37).

3.2. Il secondo profilo riguarda la categoria a2 relativa al punteggio da attribuire alla "struttura organizzativa dedicata al servizio", per la quale l'aggiudicataria, a fronte di un punteggio massimo di 10 punti, ne ha ottenuti 7,5 e la ricorrente punti 10.

La censura appare generica e sfociante in valutazioni di merito, in quanto si contesta l'eccessiva rilevanza data al coll center ed al servizio web.

Peraltro il Collegio rileva come sussista per ogni offerta una articolata motivazione che tiene conto di aspetti specifici, e nel caso in esame, non solo del coll center e del sistema web ma anche dell'esistenza di un nucleo operativo di 15 unità appositamente dedicato al servizio di pagamenti all'estero, supportato da personale informatico.

E d'altra parte il giudizio per la ricorrente (ottimo) si basa sull'organizzazione di Citigroup, la cui presenza, in ragione delle osservazioni svolte dalla difesa dell'Amministrazione nella memoria conclusionale, potrebbe creare, in una rinnovata valutazione, qualche perplessità.

3.3. La terza sub categoria presa in considerazione (a3) riguarda "Misure adottate per la salvaguardia della sicurezza informatica e degli archivi contenenti dati sensibili", per la quale era previsto il punteggio massimo di 5 punti: alla ricorrente banca sono stati attribuiti punti 3,75 ed alla controinteressata punti 5.

Il giudizio favorevole per quest'ultima si basa sul fatto che risultano "molto dettagliate le linee di intervento, le modalità ed i poli operativi in caso di ***** recovery" ed apprezzate le modalità di applicazione della normativa in materia di privacy.

La censura si sostanzia nel tentativo di dimostrare che il sistema proposto dalla ricorrente sarebbe migliore: trattasi qui di discrezionalità tecnica che non è censurabile dal Giudice amministrativo se non per aspetti di palese irragionevolezza, che nella fattispecie certo non ricorrono.

3.4. La quarta ed ultima sub categoria presa in esame dal ricorso principale (b.2) concerne l'assistenza telefonica per la quale è previsto il punteggio massimo di punti 10, con assegnazione di punti 7,50 alla ricorrente e 10 alla controinteressata banca.

Orbene, se si prescinde dalla questione della gratuità del servizio, in base a quanto già sopra osservato, appare assolutamente ragionevole la prevalenza di valutazione effettuata per l'aggiudicataria che ha offerto un servizio di ore 24/24, rispetto all'offerta della ricorrente, che ha assicurato il servizio per 12 ore su 24, con risponditore automatico per le ulteriori 12 ore. Che poi le risposte fornite telefonicamente dal personale della banca ricorrente saranno qualitativamente migliori di quelle fornite dagli addetti della banca aggiudicataria è questione tutta da dimostrare.

4. Con la terza censura si assume sostanzialmente una carente valutazione delle giustificazioni addotte a

sostegno dell'offerta economica anomala, per notevole ribasso (61,43% a fronte del 20,57% della ricorrente), presentata dall'aggiudicataria.

A fronte di un prezzo a base d'asta di € 3,50 di commissione omnicomprensiva, l'aggiudicataria ha offerto € 1,35 di commissione per ogni operazione di pagamento di pensione all'estero.

Parte ricorrente afferma che, proprio per la misura eccezionalmente bassa dell'offerta, dovevano essere verificati con attenzione i dubbi che la banca intendesse accollare ai pensionati, in maniera surrettizia, alcuni oneri, in modo da rendere l'operazione comunque remunerativa.

Ad avviso del Collegio l'INPS ha accolto le giustificazioni in base ad argomenti adeguati e sufficienti a spiegare il notevole ribasso.

Premesso infatti che dagli atti risulta come in precedente analoga gara il servizio è stato aggiudicato con un costo di commissione pari ad € 0.166, e considerato che la notevole esperienza in pagamenti internazionali dell'Istituto di credito aggiudicatario appare indubitabile (tra l'altro svolge già analogo servizio per l'INPS in altri Paesi dell'area extraeuro oltre a svolgerlo anche per i pagamenti dell'****), la stazione appaltante ha valutato che l'aggiudicataria poteva avvalersi di notevoli investimenti già avvenuti per lo svolgimento di analogo servizio.

Inoltre, considerato che la base d'asta era stata fissata a livelli piuttosto elevati rispetto alla media del costo del servizio in quanto erano previste attività aggiuntive quali la stampa e l'invio di modulistica e spese postali anche per il pagamento tramite assegno, ha ritenuto convincente la giustificazione fondata sostanzialmente sull'assunzione di un rischio d'impresa consistente nella previsione fatta dalla banca aggiudicataria, sulla base peraltro della sua esperienza al riguardo, di una notevole riduzione dei pagamenti tramite assegno, con conseguente significativo abbattimento delle spese connesse e dell'incremento contemporaneamente dell'uso dello strumento telematico, con costi assai inferiori.

Peraltro le giustificazioni, nella parte relativa all'analisi dei costi, si articolano in quattro paragrafi che

illustrano: a) i ricavi dal servizio; b) i costi di esecuzione del servizio; c) il margine e utile netto; d) gli ulteriori vantaggi connessi ad aspetti collegati allo svolgimento del servizio e relativi sostanzialmente allo sviluppo della clientela; esse quindi non appaiono affatto generiche, bensì adeguatamente circostanziate.

Anche il servizio di coll center multilingua risultava struttura già esistente che ha consentito alla banca di prevedere costi notevolmente inferiori rispetto a quelli fissati nel prezzo a base d'asta.

In definitiva l'istituto aggiudicatario, nel formulare la propria offerta ha in certo senso "scommesso" su un certo sviluppo del servizio su base telematica, e presumendo altresì un ridimensionamento dei pagamenti in contanti, assumendosi ovviamente il relativo rischio d'impresa, e ritenendo che detto sviluppo avrebbe comportato costi assai inferiori rispetto a quelli preventivati dallo stesso INPS.

Né risulta dall'analisi dei costi alcun elemento che possa indurre a ritenere che l'offerta contenga costi "occulti" da accollare al pensionato.

Peraltro in base anche a recente giurisprudenza, il giudizio di non anomalia non richiede una motivazione analitica e dettagliata, potendo fare riferimento alle giustificazioni, ove queste non siano generiche (cfr TAR Lombardia, Milano sez. I, 17 aprile 2007 n. 1774; Consiglio di Stato Sez. IV 11 aprile 2007 n. 1658; TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007 n. 45).

Nel caso di specie il giudizio di non anomalia risulta sintetico, ma individua gli elementi essenziali delle giustificazioni addotte che hanno convinto la stazione appaltante della adeguatezza degli argomenti in ordine al ribasso praticato.

Il raffronto con l'offerta economica della ricorrente, sia detto per inciso, soffre verosimilmente delle notevoli differenze strutturali nell'organizzazione del servizio, caratterizzato in particolare per la ricorrente dalla presenza di un intermediario per così dire aggiuntivo e "generale" costituito dalla Citigroup, che avrebbe dovuto giustamente anch'esso lucrare sulla gestione complessiva del servizio stesso.

Comunque le valutazioni del giudice nell'ambito di un giudizio di legittimità, si fermano ad un controllo "esterno" che non può addentrarsi nelle valutazioni di discrezionalità tecnica operate anche nel giudizio di anomalia (Cons. di Stato sez. V 11 novembre 2004 n.7345) soprattutto laddove le motivazioni addotte appaiono, come nella fattispecie, ragionevoli e adeguate.

5. Con l'ultima censura si eccipisce la violazione dell'art. 25 del decreto legislativo n. 157/95 e dell'art. 55 della Direttiva n. 2004/18/CE e violazione degli obblighi di leale collaborazione, in quanto l'aggiudicatario non avrebbe giustificato i costi richiesti dalle corrispondenti estere per l'esecuzione dei pagamenti, e quantificati nella relazione stessa in € 1,15 milioni, rappresentanti oltre il 21% del valore globale dell'offerta.

Nemmeno tale censura può essere accolta.

L'INPS ha chiesto all'istituto aggiudicatario, per giustificare la riscontrata anomalia, di fornire "le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione. A titolo esemplificativo, e non esaustivo, le precisazioni da produrre possono riguardare in particolare l'economia del metodo di prestazione del servizio, le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone codesto istituto per prestare servizi, l'originalità dei servizi proposti".

Nessuna specifica richiesta di documentazione risulta avanzata dalla stazione appaltante, ed anzi risulta che nella risposta l'aggiudicatario abbia seguito le indicazioni orientative fornite dall'amministrazione in ordine alla natura delle precisazioni.

Peraltro nella risposta l'Istituto di credito manifesta la sua disponibilità a fornire ogni ulteriore precisazione o documentazione che l'INPS ritenesse utile richiedere.

Deve pertanto essere esclusa ogni violazione del principio di leale collaborazione.

Quanto poi alla presunta necessità di giustificare documentalmente alcune voci di spesa, quali ad es. quelle relative ai costi dei corrispondenti, ciò rientra nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che ha ritenuto sufficiente la sola indicazione dei costi senza necessità di dimostrazione degli stessi.

Del resto veniva esposto un importo che anche la ricorrente ha ritenuto elevato e che quindi non poteva ritenersi sospetto di concorrere all'eccessivo ribasso.

Conclusivamente il ricorso principale deve essere respinto, mentre quello incidentale deve essere dichiarato improcedibile, anche sotto il profilo del difetto d'interesse.

Considerata la complessità della questione, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sez.III quater, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione terza quater - nella camera di consiglio del 12 marzo 2008 .

MARIO DI *****;

CARLO TAGLIENTI
relatore, estensore

10T

<https://www.diritto.it/come-possono-essere-considerate-adequate-le-justificazione-di-un-eventuale-offerta-anomala/>