

N. 00198/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00088/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 88 del 2011, proposto da Marsh S.p.a., in proprio e in qualità di mandataria dell'A.T.I. costituenda con Assiteca BSA S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Daniela Barigazzi, Gianluca Gariboldi e Stefano Soncini, con domicilio eletto presso l'avv. Daniela Barigazzi, in Parma, via Repubblica, 97;

contro

Il Comune di Reggio nell'Emilia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Santo Gnoni, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Pagliari, in Parma, borgo Antini 3;

nei confronti di

Union Brokers S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Coli, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Ramis, in Parma, Borgo G. Tommasini 20;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio consulenza e

brokeraggio assicurativo assunto con determinazione dirigenziale PG n. 725/2011 del 17 gennaio 2011, con il quale è stato affidato dal Comune di Reggio Emilia alla società Union Brokers S.r.l. l'incarico di broker assicurativo, nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso presupposto, conseguente o comunque connesso ivi inclusi, occorrendo, il bando di gara inviato per la pubblicazione in data 24 marzo 2010, il capitolato speciale d'appalto, il bando di gara integrale e la relativa approvazione con determina dirigenziale n. 27436 di PG del 7 dicembre 2009, il verbale intestato come "verbale di aggiudicazione provvisoria" recante timbro di protocollo del 19 maggio 2010, le decisioni assunte nelle sedute del 24 dicembre 2010 - 27 dicembre 2010 e 28 dicembre 2010 di cui si da atto del verbale, nonché della decisione della commissione assunta il 28 dicembre 2010, relativa alla seconda seduta pubblica con attribuzione del punteggio alla Union Brokers S.r.l. di complessivi 78 punti, l'eventuale diniego di intervento di autotutela a seguito delle comunicazioni in data 18 febbraio 2011, nonché il provvedimento di ammissione alla procedura della controinteressata, nonché tutti i verbali di gara inclusi quelli che hanno ritenuto ammissibile e valutato positivamente l'offerta del concorrente aggiudicatario rispetto quella dell'ATI Marsh, nonché la proroga del contratto eventualmente ed illegittimamente assunta in favore di Union Brokers S.r.l. con provvedimento non noto, successivamente a quelle disposte dapprima sino al 14 agosto 2010 e poi fino al 18 settembre 2010, nonché le ulteriori, ove queste sussistano.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Reggio nell'Emilia e di Union Brokers S.r.l.;

Vista la rinuncia della parte ricorrente al decreto monocratico in data 1 marzo 2011;

Vista l'ordinanza n. 87/2011 in data 09 marzo 2011;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo pubblicato ai sensi dell'art. 120, comma 9, del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso notificato in data 21 febbraio 2011 e depositato in data 01 marzo 2011, la ricorrente società, in proprio e in qualità di mandataria di un'A.T.I. da costituirsi con altra società, pure indicata in epigrafe, ha impugnato gli atti relativi al procedimento di gara indetto dal Comune di Reggio nell'Emilia, con bando inviato per la pubblicazione in data 24 marzo 2010 e avente ad oggetto l'appalto per "il servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo a favore del Comune di Reggio Emilia" per il periodo dal 30 giugno 2010 al 30 giugno 2013.

In particolare, il bando prevedeva che il criterio per l'aggiudicazione fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Hanno presentato offerta nel termine di scadenza previsto dal bando la Marsh e Assiuteca BSA, in costituenda A.T.I., e la Union Brokers, società con la quale il Comune aveva già in essere il precedente contratto, che prorogava nelle more dello svolgimento della procedura di gara.

In data 18 maggio 2010 si teneva la seduta di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa; in data 18 novembre 2010, la Commissione convocava i concorrenti per la seduta definitiva del 23 novembre 2010 ma il giorno precedente perveniva alla ricorrente una comunicazione con la quale la seduta era rinviata per l'impedimento di uno

dei componenti della commissione.

Con la comunicazione del 21 dicembre 2010 la stazione appaltante riconvocava i concorrenti per il giorno 28 dicembre 2010, comunicando il cambiamento di uno dei membri della commissione.

In data 22 gennaio 2011 veniva comunicata l'aggiudicazione definitiva alla contro interessata.

Nel frattempo (13 gennaio 2011), la ricorrente chiedeva i documenti di gara e si avvedeva della inesistenza dei verbali delle sedute riservate di gara del 24 dicembre 2010, 27 dicembre 2010 e 28 dicembre 2010, in quanto, nonostante avesse reiteratamente richiesto i verbali, questi non le venivano comunicati.

L'ATI ricorrente pertanto, preannunciava alla stazione appaltante l'intenzione di proporre ricorso ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. 163/2006.

Perveniva, quindi, alla ricorrente la documentazione precedentemente richiesta alla stazione appaltante, dalla quale tuttavia, la ricorrente non desumeva elementi nuovi, tali da desistere rispetto alla intenzione di proporre ricorso, intenzione che, pertanto, veniva formalmente confermata.

La ricorrente si duole per i seguenti motivi:

A. in via principale: illegittima attribuzione del punteggio relativo al criterio di aggiudicazione n.3 "servizi aggiuntivi e/o migliorativi offerti" al concorrente Union Brokers s.r.l. come risultanti dalla tabella per punti 24 su 25 rispetto ai punti 20 su 25 attribuiti all'ATI Marsh.

1.- Violazione e falsa applicazione di norme di legge di principi generali dell'ordinamento (artt. 83 e 84 d.lgs. 163/2006), anche in relazione agli artt. 1 e 3 L. 241/1990 nonché in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. ed ai principi della direttiva 2004/18). Eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza di motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento. Violazione dei principi di cui agli artt. IV.2.1. del

bando di gara nonché dell'art. II e III del capitolato speciale nonché art. IV del bando integrale.

Il distacco tra la prima classificata, Union Brokers s.r.l. e la seconda classificata A.T.I. Marsh è costituito da 4 punti che corrispondono alla differenza di attribuzione del punteggio per il criterio di aggiudicazione "servizi aggiuntivi e/o migliorativi", valevole 25 punti su 100. Sotto questo profilo è carente la motivazione per la quale è stato attribuito questo punteggio. Anche le verbalizzazioni delle sedute che la ricorrente è riuscita ad ottenere dopo vari solleciti, non contengono il benché minimo giudizio attributivo dei punteggi e si limitano a riportare che la Commissione ha esaminato "le tabelle di sintesi (...), relativamente ai criteri di aggiudicazione previsti dal bando di gara per ciascuna delle offerte presentate, elaborate dal Presidente con finalità preparatorie, istruttorie e strumentali della valutazione."

Dall'esame di tali documenti l'attribuzione del punteggio pari a 24 punti per quanto riguarda i punteggi aggiuntivi e/o migliorativi rispetto ai 20 punti attribuiti all'A.T.I. Marsh (verbale del 28 dicembre 2010), non si spiega in alcun modo palesandosi il vizio di difetto di motivazione.

Inoltre, dall'esame dei documenti risulta che la maggior parte dei servizi aggiuntivi del progetto presentato da Union Brokers sono prestazioni minime oggetto dell'appalto.

Un ulteriore profilo di censura consiste nella circostanza che i servizi aggiuntivi si ripetono tra di loro: quelli di cui ai punti 4, 10, 49, sono tutti collegati alla stima del patrimonio, quelli indicati ai punti 13 e 45 fanno riferimento alle polizze All-Risks.

B.- In via subordinata: illegittimità delle operazioni svolte dalla commissione nelle sedute riservate del 24, 27 e 28 dicembre 2010 nonché della seduta pubblica del 28 dicembre 2010 per difetto assoluto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi numerici. Violazione del bando

di gara e del capitolato per mancata esplicitazione logico-giuridica dei giudizi relativi alle offerte tecniche.

2.- Violazione e falsa applicazione di norme di legge di principi generali dell'ordinamento (artt. 1, 2, 83 84 d.lgs. 163/2006; anche in relazione agli artt. 1 e 3 L. 241/1990 nonché in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. e agli 3 e 97 Cost. e ai principi della direttiva 2004/18). Eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento. Sotto altro profilo. Violazione dei principi di cui agli artt. IV.2.1. del bando di gara nonché dell'art. II e III del capitolato speciale nonché art. IV del bando integrale. Il bando di gara prevedeva quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma dettava dei criteri generici per definire come pervenire a tale giudizio finale, per cui la commissione avrebbe dovuto accompagnare l'illustrazione logico-giuridica della valutazione, in assenza della quale l'indicazione del semplice punteggio numerico non consente di valutare e comprendere le ragioni del voto attribuito. Pertanto, la tabella riportata nel verbale, in assenza di qualunque spiegazione da parte dei commissari, non consente di ricostruire la motivazione del punteggio attribuito dalla commissione.

C.- In via subordinata: in relazione alle operazioni di apertura delle offerte tecniche svoltesi in data 18 maggio 2010.

3.- Violazione e falsa applicazione di norme di legge di principi generali dell'ordinamento (artt. 83 e seguenti d.lgs. 163/2006; anche in relazione agli artt.1 e 3 L. 241/90 nonché in relazione agli artt. 3 e 97 Cost. ed ai principi della Direttiva 2004/18). Eccesso di potere per erroneità dell'istruttoria. Violazione dei principi di cui agli artt. IV:2.1. del Bando di gara nonché del punto III del bando integrale.

Il bando prevede che la procedura aperta verrà esperita il giorno 18.05.2010 alle ore 09,30 presso la sede del servizio Affari Istituzionali, in seduta

pubblica e che in tale seduta si procederà alla verifica formale dell'offerta.

Dalla verbalizzazione della seduta non risulta che la commissione abbia proceduto alla verifica formale dell'offerta tecnica, come previsto dall'art. III del bando di gara, la cui analisi istruttoria è stata rimessa al Presidente della Commissione. Risulta, infatti, che il Presidente abbia predisposto le tabelle di sintesi delle offerte nella sua autonomia e in altra sede.

D. – Sull'applicazione del d.lgs. 163/2006 in relazione allo svolgimento delle sedute di gara nonché sull'illegittima proroga del servizio.

4.- Violazione e falsa applicazione di norme di legge nazionali e di norme comunitarie nonché di norme regolamentari (d.lgs. 163/2006). Eccesso di potere per violazione dei principi che regolano lo svolgimento delle sedute delle Commissioni di gara. Illogicità manifesta. Travisamento e carenza di presupposto sotto altro profilo. Violazione delle regole relative alla proroga degli appalti di servizio e delle procedure negoziate. Illegittimità della mancata verbalizzazione delle sedute.

Con tale censura la ricorrente si duole di due ulteriori profili di illegittimità delle procedura seguita dalla stazione appaltante: in primo luogo, non sarebbero state rispettate le regole di conservazione dei plichi, poiché, come risulta dal verbale di gara del 18 maggio 2010, nonché dai verbali delle sedute riservate del 24 dicembre e del 27 dicembre 2010 la Commissione, dopo aver aperto in pubblico i plichi ha consegnato al Presidente la documentazione senza verbalizzare in nessun modo le modalità di custodia della stessa. Analogamente dopo la seduta del 24 e 27 dicembre 2010, la commissione ha sospeso l'attività senza indicare in alcun modo le modalità di custodia dei plichi e la stessa circostanza si è verificata il 27 dicembre 2010.

In secondo luogo, la ricorrente contesta le proroghe dei contratti intervenute dapprima sino al 14 agosto 2010 e poi fino al 18 settembre 2010, in favore di Union Brokers, giacché si tratta di attività che

contrastano con il divieto di proroga dei contratti e con il divieto di trattativa negoziata in via diretta e senza consultare tre operatori ai sensi dell'art. 57 D.lgs. 163/2006, peraltro neppure prevista, nel caso di specie, nel bando di gara.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Reggio nell'Emilia nonché la contro interessata, eccependo, in primo luogo la tardività della impugnativa del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto e, comunque, resistendo al ricorso e chiedendone il respingimento nel merito.

Con la nota in data 1 marzo 2011, la ricorrente ha rinunciato alla richiesta di decreto cautelare monocratico.

Con ordinanza n. 87/2011 in data 10 marzo 2011 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare e fissato il merito all'udienza pubblica del 20 aprile 2011.

In vista della pubblica udienza le parti hanno depositato memorie riepilogative delle rispettive argomentazioni.

Alla udienza pubblica del 20 aprile 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio esamina, in primo luogo, l'eccezione di tardività sollevata dall'amministrazione comunale con riferimento al bando di gara e al capitolato speciale d'appalto.

L'eccezione è sollevata adducendo la violazione dell'articolo 120 comma 5 del d.lgs. 104/2010 e dunque sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare il bando di gara entro 30 giorni dalla data del 24 marzo 2010, giorno in cui il bando è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

L'eccezione è destituita di fondamento, in quanto le clausole del bando che la ricorrente contesta con il ricorso non sono immediatamente lesive dei suoi interessi e non le hanno impedito di partecipare alla procedura di gara. Esse rientrano, pertanto, nel novero delle clausole "non escludenti" per le quali, secondo l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato, in Adunanza

Plenaria, con la sentenza n. 1/2003, non è necessario che vengano immediatamente impugnate, dovendo esserlo soltanto quelle che impediscono di presentare l'offerta.

Invero, la ricorrente ha impugnato le clausole che stabiliscono le modalità di svolgimento del procedimento di gara e che riguardano i criteri di aggiudicazione, per cui appare logico che le abbia impuginate unitamente agli atti consequenziali e applicativi, a mezzo dei quali la commissione di gara ha dato la propria interpretazione delle medesime, attraverso il procedimento valutativo effettuato in merito alle offerte e al punteggio assegnato.

2. Venendo al merito delle questioni dedotte, il ricorso è fondato.

In particolare, risultano fondate le censure contenute nel primo motivo e nel secondo motivo.

In particolare con il primo, si sostiene che la commissione di gara avrebbe immotivatamente e erroneamente valutato i c.d. "servizi aggiuntivi" che dovevano essere presenti nel progetto e che sono risultati elemento discriminante per l'aggiudicazione dell'appalto, in quanto agli stessi era attribuito un peso massimo di 25 su 100 punti attribuibili e la ricorrente ha ottenuto 74 punti complessivi di cui 20 punti per i servizi aggiuntivi, a fronte di 78 punti attribuiti alla contro interessata, di cui 24 punti per i servizi aggiuntivi: è, pertanto, evidente come la valutazione di questo elemento delle offerte sia risultato determinante ai fini dell'aggiudicazione.

Dall'esame dei verbali delle sedute della commissione del 24, 27 e 28 dicembre 2011, non si evince alcun criterio motivazionale in base al quale sarebbe stato attribuito il punteggio di 24 e di 20 a, rispettivamente, l'aggiudicataria e la seconda classificata; Vi è, infatti, un mero rinvio alle tabelle di sintesi allegate predisposte dal presidente della commissione "*con finalità preparatorie, istruttorie e strumentali alla valutazione*", come affermato negli stessi verbali.

La tabella non contiene alcun elemento da cui dedurre una sia pur minima motivazione, neanche *per relationem*, in quanto si limita a riportare i servizi aggiuntivi proposti dalle quattro offerenti.

Non si riesce pertanto, a comprendere, in alcun modo quali siano state le ragioni che hanno comportato il distacco di quattro punti tra la prima e la seconda classificata, e ciò in violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo 163/2006 e dei principi generali rivenienti dagli articoli 1 e 3 della legge 241/1990 s.m.i.

Infatti, anche se le modifiche recate all'articolo 83 del d.lgs. cit. da parte del d.lgs. 152/2008, in adempimento delle direttive comunitarie e della sentenza della Corte di Giustizia Ce del 24 gennaio 2008, in C-532/06, hanno limitato la discrezionalità della commissione di gara nel fissare i criteri motivazionali demandando al bando (o alla lettera di invito) la massima specificazione dei sub criteri, sub pesi e sub punteggi, ciò non elimina, ma al contrario, accresce l'intensità dell'onere motivazionale da parte della commissione di gara in ordine alla corretta attribuzione dei punteggi stessi, in omaggio al principio della massima trasparenza e della *par condicio*.

A tale onere, nel caso di specie, la commissione di gara non ha adempiuto, per cui si ritiene che la valutazione dei servizi aggiuntivi non abbia corrisposto ai canoni richiesti dal decreto legislativo 163/2006 s.m.i. e dalla legge 241/1990.

3. Anche il secondo mezzo proposto è fondato.

A mezzo di esso viene riproposto il vizio di difetto assoluto di motivazione, nell'ambito del lavoro svolto dalla commissione di gara, nell'attribuzione dei punteggi numerici con riguardo a tutti gli elementi delle offerte, laddove nel primo motivo si aveva riguardo esclusivamente ai servizi aggiuntivi, in quanto ritenuti determinanti nell'esito finale della gara. Nonostante l'accoglimento del primo motivo determini il travolgimento

dell'aggiudicazione il Collegio ritiene opportuno esaminare anche il secondo motivo, che appare, anch'esso, fondato.

Il criterio di aggiudicazione era, come detto, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e il bando di gara prevedeva quali parametri di valutazione i seguenti: 1) modalità operative delle prestazioni oggetto del servizio, punti 50/100; 2) organizzazione interna dedicata al comune di Reggio Emilia intesa come struttura organizzativa, sede operativa, personale dedicato, attrezzature e metodologie informatiche, punti 15/100; piano di formazione e di aggiornamento del personale dell'Ente: punti 10/100; servizi aggiuntivi e/o migliorativi offerti: punti 25/100.

Trattandosi di criteri di valutazione generici, non assistiti dalla previsione di ulteriori specificazioni, la commissione di gara avrebbe dovuto esplicitare in modo chiaro le motivazioni che la conducevano all'attribuzione dei singoli punteggi per ogni parametro delle offerte presentate.

Così non è avvenuto in quanto, come già rilevato al motivo n. 1, le schede riepilogative allegate ai verbali delle sedute riservate non esternano alcun tipo di ragionamento logico-giuridico sotteso all'attribuzione matematica dei punteggi, per cui deve ritenersi che considerazioni analoghe a quelle più sopra svolte, possano essere ribadite anche in relazione agli ulteriori parametri da valutare.

5. Il Collegio ritiene che, alla luce delle argomentazioni testé enunciate, il ricorso sia da accogliere, con assorbimento delle ulteriori censure, e che la domanda di risarcimento del danno per equivalente sia da respingere in quanto – come risulta dalla dichiarazione resa in data 02.03.2011 del dirigente del Comune di Reggio Emilia preposto al servizio affari istituzionali – il contratto non è stato stipulato, per cui non è luogo alla dichiarazione di inefficacia dello stesso ai sensi degli articoli 121 e seguenti del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104; poiché la ricorrente è risultata seconda

classificata e l'erronea attribuzione del punteggio per i servizi aggiuntivi si è rivelata determinante ai fini della non aggiudicazione dell'appalto alla medesima, vi è luogo per il risarcimento in forma specifica a mezzo dell'aggiudicazione alla ricorrente dell'affidamento in questione.

5. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati con le conseguenze di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Reggio nell'Emilia (correggendo l'errore materiale contenuto nel dispositivo laddove era indicato il Comune di Parma) al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), onnicomprensivi degli oneri di legge.

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

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Italo Caso, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2011

IL SEGRETARIO

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