

N. 02456/2013 REG.PROV.COLL.
N. 11353/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 11353 del 2012, proposto da:

De Besi - Di Giacomo Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con AON Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lattanzi e Jacopo D'Auria, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via P.L. da Palestrina, 47;

contro

SACE Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino e Marco Di Lullo, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Sanino in Roma, v.le Parioli, 180;

nei confronti di

Marsh Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluca Gariboldi, Stefano Soncini e Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso il terzo in Roma, viale Liegi, 35 B;

per l'annullamento, previa adozione delle più opportune misure cautelari,
dell'aggiudicazione definitiva del 16/11/12 disposta da SACE Spa in favore

di Marsh Spa inerente la Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di consulenza ed intermediazione assicurativa (brokeraggio) per SACE e le sue controllate (CIG n. 43556224 FA), mai comunicata alla ricorrente;

dell'atto di nomina delle commissioni di gara, tra cui l'atto a firma del CFO e dell'A.D. di SACE Spa del 30.8.2012;

di tutti i verbali di gara e relative schede allegate, segnatamente il n. 1 del 30.8.2012, n. 2 del 30.8.2012, n. 3 del 11.9.2012 e n. 4 del 14.9.2012 ed il n. 1 del 26.9.2012, n. 2 del 1.10.2012, n. 3 del 4.10.2012 e n. 4 del 9.10.2012 e n. 5 del 17.10.2012, compresa l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore di Marsh Spa e comunicata alla ricorrente il 22.10.2012;

di tutte le comunicazioni intercorse tra SACE e Marsh tra cui i) la comunicazione SACE/Marsh del 22.10.2012, di contenuto sconosciuto, con cui la stazione appaltante avrebbe richiesto all'aggiudicatario la documentazione della comprova dei requisiti di partecipazioni dichiarate in sede di gara e per quella per la stipula del contratto; ii) la nota a firma del responsabile del procedimento del 7.12.12 e del 11.12.12, con cui SACE ha richiesto a Marsh di valutare lo svolgimento di eventuali attività preparatorie utili della presa in carico delle nostre coperture assicurative, nonché di formularci una proposta che garantisca, a far data del 1 gennaio 2013, inalterato mantenimento delle coperture assicurative in favore del personale SACE Spa e delle sue controllate, ciò anche mediante l'adesione ad altra Cassa di Assistenza; iii) di ogni nota/atto/provvedimento con cui SACE possa aver richiesto e disposto l'esecuzione anticipata del contratto e/o India d'urgenza;

della nota firma del Rup dell'11.12.2012 inviata la società De Besi Di Giacomo Spa, con cui SACE ha comunicato alla ricorrente di aver effettuato la comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 79 del d.lvo 163/06 il 23.11.12 mediante pubblicazione sulla GURI e su alcuni quotidiani è tiratura nazionale;

del diniego di autotutela frapposto da SACE, anche tacitamente, all'informativa ex art. 243 bis del d.lvo n. 163/06 presentata dalla ricorrente;

del Bando di gara e dei coevi disciplinare e Capitolato tecnico, compresi chiarimenti del 25.7.2012 e del 7.8.2012,

di ogni altro atto, verbale e/o provvedimento ad essi presupposto, consequenziale e, comunque, connesso

nonché per la reintegrazione in forma specifica e per l'accertamento dell'inefficacia del contratto d'appalto nelle more eventualmente stipulato e dell'anticipata esecuzione in via d'urgenza, laddove disposta, nonché del diritto del Rti De Besi Di Giacomo/AON alla riedizione della procedura aperta

ovvero, in subordine, per la condanna

di SACE Spa a risarcire per l'equivalente i danni subiti dal Rti ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sace Spa e della Marsh Spa, con i rispettivi allegati;

Vista l'ordinanza collegiale di questa Sezione n. 193 del 10.1.2013;

Visto il ricorso incidentale della Marsh Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 20 febbraio 2013 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Rilevato che, con ricorso a questo Tribunale, notificato il 24 dicembre 2012 e depositato in pari data, la De Besi-Di Giacomo spa, in proprio e quale capogruppo mandataria del Rti con AON spa, chiedeva, preve misure cautelari, l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe che avevano

portato all'aggiudicazione in favore della Marsh spa della procedura aperta per l'affidamento dei servizi pure in epigrafe identificati;

Rilevato che, dopo aver evidenziato alcune disposizioni della legge di gara e riassunto le operazioni della procedura, lamentando anche la mancata immediata comunicazione del relativo esito anche ai fini del rispetto del termine di "standstill" previsto dalla legge, la ricorrente lamentava, in sintesi: *"1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lvo n. 163/06 e degli artt. 282 e 283 del dpr n. 207/2010, nonché dei principi di unicità e imparzialità della commissione giudicatrice. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, irrazionalità, illogicità, sviamento. Carenza assoluta di motivazione, arbitrarietà, perplessità. Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento della p.a. e dell'art. 97 Cost."*, in quanto risultavano nominate due distinte commissioni di gara, le quali si erano occupate rispettivamente della valutazione delle offerte tecniche e dell'attribuzione dei punteggi per l'offerta economica, operando in modo assolutamente distinto e autonomo, contrariamente a quanto previsto dalla normativa vigente nonché dalla legge di gara; *"2. Violazione e falsa applicazione del d.lvo 163/06 ed in particolare dell'art. 83; violazione del dpr n. 207/10 ed in particolare dell'artt. 120 e 283 e dell'Allegato P. Violazione dei principi posti a presidio dell'evidenza pubblica, della tutela della concorrenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per irrazionalità, illogicità ad arbitrarietà. Carenza assoluta di motivazione. Violazione falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a. ex art. 97 Cost."*, in quanto erano stati introdotti nuovi e ulteriori criteri di valutazione dell'offerta tecnica rispetto a quelli previsti nel disciplinare di gara, con particolare riferimento al criterio relativo alle "Modalità di espletamento delle attività di analisi e individuazione del rischio" e alla "Struttura organizzativa dedicata al espletamento del servizio", per i quali era prevista, rispettivamente, l'attribuzione di 20 e 30 punti; *"3. Violazione e falsa applicazione del d.lvo 163/06 ed in particolare dell'art. 83; violazione del dpr n.*

207/10 ed in particolare dell'artt. 120 e 283 e dell'Allegato P. *Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, correttezza e par condicio. Violazione di principi boschi a presidio dell'evidenza pubblica, della tutela della concorrenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per irrazionalità, illogicità ed arbitrarietà. Carenza assoluta di motivazione. Violazione falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a. ex art. 97 Cost.*”, in quanto pur prevedendo il disciplinare di gara cinque criteri di valutazione delle offerte tecniche particolarmente ampi, non era stabilito che la commissione potesse ponderare gradualmente le proprie valutazioni ed i propri giudizi, dato che risultavano soltanto giudizi precostituiti all'interno di tali cinque “fasce di gradimento”, con una percentuale di punteggio predeterminata, senza considerare la specificità del servizio oggetto di gara e la necessità di confronti molto puntuali che richiedevano un'esternazione specifica della relativa motivazione per attribuire un determinato punteggio, “4. *Violazione e falsa applicazione del d.lvo 163/06 ed in particolare degli artt. 11 e 79; violazione del dpr n. 207/10 ed in particolare dell'art. 302. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, correttezza e par condicio e dei principi boschi a presidio dell'evidenza pubblica, della tutela della concorrenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per irrazionalità, illogicità ed arbitrarietà. Ingiustizia manifesta. Carenza assoluta di motivazione. Violazione falsa applicazione dei principi di imparzialità il buon andamento della p.a. ex art. 97 Cost.; illegittimità derivata dall'illegittimità dell'intera procedura di gara e della coeva aggiudicazione*”, in quanto era comunque assolutamente inibito a SACE sottoscrivere il contratto e disporre l'esecuzione in via d'urgenza del medesimo, dato che l'aggiudicazione definitiva dell'appalto non era stata comunicata ai sensi di legge, la stessa non era efficace in assenza di conclusione delle verifiche documentali e non sussistevano ragioni di urgenza ai sensi del Regolamento di cui al dpr n. 207/10 cit.;

Rilevato che si costituivano in giudizio la SACE spa e la Marsh spa,

chiedendo la reiezione del ricorso, come illustrato in distinte memorie depositate per la prima camera di consiglio,

Rilevato che all'esito di quest'ultima, la Sezione pronunciava l'ordinanza collegiale in epigrafe con la quale ordinava l'integrazione del contraddittorio anche nei confronti dell'impresa seconda classificata, considerando che le censure del gravame erano volte a contestare in radice la legittimità della procedura;

Rilevato che la società ricorrente provvedeva depositando la relativa copia in data 16 gennaio 2013,

Rilevato che la società controinteressata notificava e depositava ritualmente ricorso incidentale, lamentando: *“A. violazione della lex specialis dichiara ed in particolare della prescrizione di cui al punto III.2.3 ‘Capacità Tecnica’ nella parte in cui prevede pena l’esclusione dalla gara ‘aver gestito negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del bando di gara, portafogli assicurativi per uno stesso assicurato per un ammontare complessivo di premi lordi intermediati non inferiore ad euro 15.000.000,00’. 1 – Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 42 dlgs 163/2006 in relazione all’art. III.2.3 del bando di gara). Eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto partecipativo alla gara. Illogicità manifesta è carenza del requisito di capacità tecnica e professionale del prestatore di servizi. Violazione dell’art. 46, comma 1 bis, dlgs 163/2006. Violazione dell’art. 38 Dlgs 163/2006”*, in quanto la ricordata prescrizione del bando di gara non risultava rispettata dall'offerta formulata dalla ricorrente che aveva indicato la “Cassinterass” come singolo assicurato, dato che quest'ultima era semplicemente una cassa di assistenza sanitaria diretta a fornire ai dipendenti o comunque ai soggetti che aderiscono a tale associazione le prestazioni assicurative acquisite e non poteva qualificarsi come “assicurato” ai sensi dell’art. 1882 c.c., fermo restando che tale cassa di assistenza era costituita dagli stessi amministratori della società ricorrente, per cui non era possibile verificare per la stazione appaltante se vi fossero le

capacità tecniche e professionali di erogare il servizio; “B. *Violazione della lex specialis di gara in quanto asserito soggetto ‘assicurato’ proposto da De Besi-Di Giacomo e cioè ‘Cassinteress’ Cassa Interaziendale di previdenza Roma’ non è qualificabile come ‘assicurato’ o come ‘cliente’ non avendo il requisito della terzietà rispetto a De Besi-Di Giacomo*” 2. *Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 42 Dlgs 163/2006 in relazione all’art. III.2.3 del bando di gara). Eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto partecipativo alla gara. Illogicità manifesta e carenza del requisito di capacità tecnica e professionale del prestatore di servizi. Violazione dell’art. 46, comma 1 bis, Dlgs 163/2006. Violazione dell’art. 38 dlgs 163/2006 sotto altro aspetto*”, in quanto, in relazione a specifici chiarimenti resi dalla stazione appaltante, la legge di gara prevedeva la gestione di portafogli assicurativi per un solo assicurato da intendersi “lo stesso cliente” e avendo la possibilità di fare riferimento a più assicurazioni o alle aziende da questo controllate o possedute mentre, nel caso di specie, la Cassinterass era sostanzialmente un prodotto assicurativo costituito dagli stessi amministratori della società ricorrente e offerto ai clienti di quest’ultima, come desumibile dallo stesso sito informatico che ne reclamizzava la sua descrizione, con conseguente carenza sia del requisito della presenza di un cliente vero e proprio sia di un soggetto terzo singolo assicurato nei confronti del quale era svolta attività di intermediazione;

Rilevato che parte ricorrente e parte controinteressata depositavano ulteriori memorie illustrative in prossimità della seconda camera di consiglio del 20 febbraio 2013 ove, previo avviso alle parti ai sensi dell’art. 60 c.p.a., la causa era trattenuta in decisione;

Considerato che il Collegio ritiene sussistenti tutti i presupposti per poter definire la controversia con una sentenza in forma semplificata, vertendo la medesima su mere questioni di diritto;

Considerato che, in presenza ricorso incidentale c.d. “paralizzante”, il Collegio ritiene che deve procedersi al primario esame di questo in quanto,

se accolto, rileva l'escludibilità della ricorrente dalla gara e, quindi, l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse all'aggiudicazione di procedura da cui doveva essere comunque esclusa, secondo la conclusione più recente dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (7.4.11, n. 4);

Considerato, infatti, che l'Adunanza Plenaria ha precisato che l'esame prioritario deve essere svolto anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura mediante censure inerenti lo svolgimento delle operazioni di gara e anche nel caso in cui sia stato impugnato il bando, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente (Cons. Stato, A.P. n. 4/11 cit.; TAR Lazio, Sez. II, 26.6.12, n. 5822);

Considerato che tale conclusione non risulta contraddetta da giurisprudenza, sia pure cautelare, di secondo grado successiva, come quella richiamata da parte ricorrente, di cui a C.G.R.S., ord. 581/12 del 28.9.12, la quale, nel richiamare che la delibazione del ricorso principale non sembrava impedita da quello incidentale faceva comunque riferimento all'insussistenza di elementi di "fumus boni iuris" di quest'ultimo, con ciò confermando che il Collegio aveva proceduto al suo preventivo esame, sia pure sommario;

Considerato che, ai fini della presente fattispecie, il ricorso incidentale non appare fondato;

Considerato, infatti, per quel che riguarda il primo motivo del medesimo, che tra i requisiti di capacità tecnica di cui al bando (Punto III.2.3), era prevista la gestione, negli ultimi tre esercizi, di portafogli assicurativi "per uno stesso assicurato" per un determinato ammontare;

Considerato che la Marsh spa ritiene che tale clausola non era rispettata dalla ricorrente principale, che aveva indicato una "Cassa" la quale non era

beneficiaria diretta dell'assicurazione, essendoli i dipendenti iscritti e dovendosi ritenere per "assicurato" solo il beneficiario diretto della prestazione assicurativa;

Considerato che sul punto – in merito al quale la SACE spa non illustra la sua posizione – il Collegio ritiene condivisibile quanto dedotto dalla ricorrente principale, nel senso che la De Besi-Di Giacomo spa ha svolto, e svolge, attività di "brokeraggio" per Cassinterass al fine di attività di mediazione ed intermediazione assicurativa su incarico di quest'ultima;

Considerato che la procedura aperta in esame ha proprio come oggetto l'affidamento dei servizi di consulenza e intermediazione assicurativa (brokeraggio) per SACE e le sue controllate;

Considerato che il "chiarimento n. 16" del 25.7.2012 specificava che con l'espressione "uno stesso assicurato" doveva intendersi lo stesso cliente;

Considerato, quindi, che la stessa interpretazione del bando di gara avallata dalla stazione appaltante nel chiarimento n. 16 non fa riferimento alla necessità di individuare, quale "assicurato", il "beneficiario" della prestazione assicurativa, come posto invece in evidenza dalla ricorrente incidentale, ma semplicemente uno stesso "cliente";

Considerato che tale interpretazione appare logica anche sotto un profilo sostanziale, in quanto, avendo ad oggetto il servizio in gara un'attività di "brokeraggio", ne consegue che il titolare di tale attività si relaziona solo con il suo "cliente" e non con il beneficiario diretto della prestazione;

Considerato che la portata della clausola in questione, anche alla luce delle deduzioni rispettivamente illustrate dalle parti alla camera di consiglio, appare al Collegio logicamente da orientarsi nel senso di avere ad interesse il fatturato per un singolo cliente, nel senso evidenziato nel chiarimento suddetto, indipendentemente dai singoli rapporti che coinvolgono i beneficiari del prodotto assicurativo;

Considerato, quindi, che la Cassinterass riveste la caratteristica di

“assicurato”, quale “cliente” nel senso di cui al richiamato chiarimento n. 16 in relazione al punto III.2.3. del bando di gara;

Considerato che anche il secondo motivo di ricorso incidentale si palesa infondato;

Considerato, infatti, che la Cassinterass e i suoi amministratori non risultano vincolati in alcun modo con imprese assicurative, dovendosi individuare in questa caratteristica la posizione di “terzietà” e “indipendenza” richiesta ai fini di “brokeraggio” (Cons. Stato, 14.11.12, n. 5746);

Considerato, perciò, che non può rilevare a questi fini quanto lamentato dalla ricorrente incidentale in ordine alle modalità di reclamizzazione di Cassinterass su sito informatico come “prodotto assicurativo” costituito dagli amministratori della ricorrente, dato che la richiesta “terzietà” opera nei confronti delle imprese di assicurazione;

Considerato che pure non appare rilevante quanto lamentato in ordine alla circostanza per cui il bando di gara avrebbe richiesto un portafoglio assicurativo per un soggetto avente caratteristiche analoghe a quelle di SACE spa, dato che tale conclusione non si evince dal bando stesso né risulta avallata dalla stessa SACE spa in corso di gara;

Considerato che, alla luce di quanto dedotto, non rileva l’istanza istruttoria di Marsh spa in ordine all’acquisizione delle polizze assicurative della ricorrente principale, che nulla aggiungerebbero alle osservazioni in punto di diritto sopra evidenziate che appaiono decisive al fine del rigetto del ricorso incidentale;

Considerato che appare invece fondato il ricorso principale per quanto dedotto, in misura assorbente, con il primo motivo;

Considerato, infatti, che né la normativa di cui all’art. 84 “Codice dei Contratti” né il relativo Regolamento fanno riferimento alla possibilità di costituire due commissioni nel senso adottato da SACE spa;

Considerato che anche la giurisprudenza di questo TAR, condivisa dal Collegio, ha evidenziato che dall'art. 84 cit. si ricava il principio dell'unicità della commissione di gara in ordine alla generale attività valutativa, potendosi riservare agli ordinari organi della stazione appaltante – qualificabile eventualmente come “seggio di gara” – solo la verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti delle concorrenti, in quanto l'attività di valutazione e attribuzione di punteggio costituisce un compito esclusivamente riservato all'unica commissione istituita, con la conseguenza che è illegittimo l'operato dell'amministrazione che ha proceduto alla valutazione complessiva delle risultanze di gara mediante due diversi collegi, in spregio al suddetto principio di unicità, il quale permette l'affidamento ad eventuali “sottocommissioni” solo di attività meramente preparatorie o istruttorie ma non quello di attribuzione di punteggi (Tar Lazio, Sez. I bis, 5.4.11, n. 3009 e già TAR Liguria, Sez. II, 17.1.02, n. 30); Considerato che, oltre tali principi di ordine generale, il Collegio ritiene dirimente quanto indicato nel disciplinare di gara - ove si fa sempre riferimento ad un'unica commissione aggiudicatrice, sia per la valutazione delle offerte tecniche e attribuzione del relativo punteggio (pag. 14-15) sia in riferimento al resto dell'attività - ove è precisato che *“Terminato l'esame delle offerte tecniche, sarà fissata un'apposita riunione della Commissione aggiudicatrice aperta al pubblico per procedere all'apertura delle buste 'C' ed alla lettura dei prezzi offerti...Di seguito, la Commissione aggiudicatrice procederà: 1. all'esame e verifica delle offerte economiche presentate 2...3. all'attribuzione dei relativi punteggi parziali relativi all'offerta economica...* (pag. 15-16);

Considerato che, a fronte di tale inequivocabile disposizione del disciplinare, non si comprende neanche l'utilità in termini di efficienza, economia e razionalità dell'agire amministrativo, di nominare due distinte commissioni, soprattutto se, come evidenzia la stessa SACE spa nelle sue difese, il calcolo per l'attribuzione del punteggio economico era frutto di

una semplice applicazione di formula matematica, senza introduzione di alcun elemento valutativo discrezionale;

Considerato, inoltre, che la nomina di due distinte commissioni non chiarisce neanche quale delle due avrebbe dovuto provvedere ad un'eventuale valutazione di anomalia e relativi elementi giustificativi, legati in genere proprio al contenuto dell'offerta economica;

Considerato, quindi, che la fondatezza del primo motivo comporta l'illegittimità dell'intera procedura e la declaratoria conseguente di illegittimità dell'aggiudicazione, con assorbimento di quanto illustrato nei successivi motivi di ricorso, legati ai criteri di valutazione delle offerte e alle modalità di comunicazione dell'aggiudicazione;

Considerato, quindi, che l'infondatezza del ricorso incidentale e la fondatezza di quello principale comportano l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la necessità di procedere a nuova procedura aperta, con il rispetto del disciplinare di gara mediante nomina di una nuova, unica, commissione aggiudicatrice;

Considerato che, da quanto emerso in corso di causa ed evidenziato anche da SACE nelle note per la camera di consiglio, non risulta sottoscritto alcun contratto in conseguenza dell'aggiudicazione contestata per cui il Collegio non deve pronunciarsi sulla dichiarazione di inefficacia del medesimo, presentata in via subordinata dalla ricorrente principale;

Considerato che le spese di lite possono comunque eccezionalmente compensarsi, attesa la peculiarità della fattispecie

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando ai sensi dell'art. 60 c.p.a. sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) rigetta il ricorso incidentale;
- 2) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti

impugnati di nomina di due commissioni e di aggiudicazione della procedura in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2013

IL SEGRETARIO

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