



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I^a
bis, così composto

dott. Elia Orciuolo - Presidente

dott. Donatella Scala - Giudice

dott. Roberto Proietti - Giudice rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 5516/2007 proposto dalla WILLIS ITALIA SPA, in proprio e nella qualità di mandataria dell'A.T.I. costituenda con la IN PIU' BROKER SRL (anche in proprio e in qualità di mandante dell'A.T.I.) e l'IMPRESA DE BESI DI GIACOMO SPA (anche in proprio e in qualità di mandante dell'A.T.I.) rappresentate e difese dagli avv.ti Federico Tedeschini e Mario Comba, con domicilio eletto in Roma L.go Messico n. 7 presso l'avv. F. Tedeschini,

contro

il MINISTERO DELL'INTERNO rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, ivi domiciliato *ex lege* in Roma via dei Portoghesi n. 12,

e nei confronti di

- della ITAL BROKERS SPA, in proprio e quale mandataria del cosituuto R.T.I. con la MARSH SPA, rappresentata e difesa

dagli avv.ti Franco Mugnai e Raffaella Bonsangue, con domicilio eletto in Roma via dé Cestari n. 34 presso l'avv. Giuseppe Valentino;

- la MARSH SPA, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Soncini, Gabriele Di Paolo e Gianluca Gariboldi, con domicilio eletto in Roma via di Grotta Perfetta n. 330 presso l'avv. G. Di Paolo;

nonchè nei confronti

- della MEDIASS GPA SPA (non costituita);
- della GPA ASSIPAROS SPA (non costituita);

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- dei verbali n. 2 del 06/03/2007 e n. 3 del 09/03/2007, relativi alla valutazione dell'offerta tecnica dell'ATI Mediass e dell'ATI – Italbrowsers;
- del verbale di gara n. 7334 del 19/03/07, nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione del servizio di consulenza e di brokeraggio assicurativo oggetto della gara d'appalto all'ATI – Italbrowsers;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico-patrimoniale della ricorrente, ivi compreso l'eventuale provvedimento di

aggiudicazione definitiva dell'appalto e la stipulazione del relativo contratto;

nonché per il risarcimento

di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente a causa dei provvedimenti impugnati, da quantificarsi in corso di giudizio.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la parte ricorrente ha impugnato gli atti indicati, deducendo censure attinenti violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, ed evidenziando quanto segue:.

Con bando di gara pubblicato sulla GURI n. 16 del 7.2.2007, la Direzione Centrale per le Risorse Logistiche e Strumentali del Dipartimento dei Vigili del Fuoco del Ministero dell'Interno, ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 55, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83, d.lgs. n. 163/2006), per l'affidamento del servizio di consulenza e di brokeraggio assicurativo per l'analisi, la copertura e la gestione fino al 31.12.2010 dei rischi riguardanti polizze di interesse del Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile del Ministero dell'Interno.

L'ATI ricorrente ha presentato domanda e la Commissione di gara, all'esito delle verifiche concernenti la documentazione (busta A), le offerte tecniche (busta B) e le offerte economiche (busta C), presentate dalle concorrenti, ha provvisoriamente aggiudicato l'appalto all'ATI In Brokers spa.

In assenza di comunicazioni formali circa l'aggiudicazione definitiva, l'ATI ricorrente ha presentato richiesta di accesso, ma l'Amministrazione (con nota prot. n. 1925 datata 11.4.2007) ha consentito solo un accesso parziale, escludendo l'accesso alla documentazione contenuta nelle buste A e C delle altre imprese concorrenti.

Ritenendo illegittime le valutazioni operate della Commissione di gara aventi ad oggetto gli elementi A, C, F e G delle offerte dell'ATI In Brokers spa e Mediass spa, per violazione dei criteri predeterminati di cui all'art. 15 del disciplinare di gara, l'ATI ricorrente ha proposto ricorso al TAR dl Lazio, avanzando le richieste sopra indicate.

Con motivi aggiunti, ritualmente notificati, la parte ricorrente ha proposto ulteriori doglianze contestando l'aggiudicazione definitiva formatasi tacitamente ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 ed il contratto n. rep. 7344 del 14.6.2007.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha

eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso, sostenendone, nel merito, l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

La In Brokers spa e la Marsh spa, costituitesi in giudizio, hanno eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, oltre al difetto di legittimazione attiva della parte ricorrente, ed hanno proposto ricorso incidentale avverso i verbali di gara del 2, 5, 6, 9, 19 e 28 marzo 2007, nella parte in cui non si è provveduto all'esclusione dalla gara della parte ricorrente o, comunque, all'attribuzione alla stessa di un punteggio inferiore in ordine alla valutazione dell'Elemento C dell'art. 15 del disciplinare di gara.

Con ordinanza del 3.7.2007 n. 3226, il TAR ha respinto la domanda incidentale di sospensione proposta da parte ricorrente.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 30.1.2008 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio affronta le eccezioni preliminari e pregiudiziali proposte dall'Amministrazione resistente e dalle controinteressate, e le respinge per le ragioni di seguito indicate.

1.1. Con una prima eccezione, l'Amministrazione resistente e la Italbrowsers spa affermano l'irricevibilità del ricorso per tardività, osservando che l'aggiudicazione provvisoria è stata disposta nella seduta della Commissione di gara del 19/3/2007,

alla presenza dei delegati della Italbrokers spa, della De Besi - Di Giacomo s.p.a. e della Willis s.p.a., sicché, per tutte le Società appartenenti all'ATI ricorrente, il termine di impugnazione è iniziato a decorrere da tale data e, quindi, il ricorso notificato il 9-14/6/2007 sarebbe tardivo, considerato, peraltro, che l'art. 16, ultima parte del disciplinare di gara disponeva che la proclamazione disposta in seduta pubblica avrebbe avuto valore di comunicazione ufficiale per le concorrenti presenti.

A parere della Marsh s.p.a, invece, il ricorso sarebbe inammissibile per tardività in relazione alle posizioni della Brokers s.r.l. e della De Besi - Di Giacomo s.p.a. (mandanti della Willis Italia s.p.a.), in cui delegati erano presenti alla seduta della Commissione di gara del 19/3/2007. Ciò comporterebbe il difetto di legittimazione attiva della Willis Italia s.p.a. in quanto la sola mandataria non potrebbe aggiudicarsi la gara e stipulare il contratto perché il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto non può essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto (Corte di Giustizia CE 8 settembre 2005, causa C129/04).

Al riguardo, il Collegio osserva che, in realtà, con il ricorso principale, è stata impugnata non solo l'aggiudicazione provvisoria, ma anche quella definitiva (di estremi sconosciuti al

momento della proposizione del ricorso) ed è stata contestata anche la stipulazione del contratto (anche questo, di estremi sconosciuti all'epoca).

Nella fattispecie, è pacifico che l'aggiudicazione definitiva è avvenuta ai sensi dell'art. 12. d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che: l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente; in mancanza, il termine è pari a trenta giorni; decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

Ne consegue che, nel caso di specie, il provvedimento tacito di aggiudicazione definitiva si è concretizzato il 18/4/2007 e, quindi, il ricorso notificato il 9-14/6/2007 deve ritenersi tempestivo.

Del resto, l'aggiudicazione provvisoria è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, in relazione al quale non vi è alcun onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione ma una mera facoltà, ferma restando la necessità di impugnare sempre e comunque l'aggiudicazione definitiva (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 giugno 2006 , n. 5318) e, poiché la parte ricorrente ha, sin

dalla proposizione delle prime censure, manifestato l'intenzione di contestare l'aggiudicazione definitiva, è dal momento in cui questa si è materializzata che va computato l'inizio del termine utile per impugnare. La conoscenza degli esiti provvisoriamente definiti dal seggio di gara non obbliga alla contestazione nei termini decadenziali dei relativi verbali ben potendo l'interessato impugnare la sola aggiudicazione definitiva facendo nel contempo valere anche le doglianze più specificamente riferibili alle risultanze dei verbali medesimi; ciò in quanto in tema di appalti della p.a., in difetto di disposizioni legislative che attribuiscono al verbale di gara un effetto definitivo, devono ritenersi applicabili i principi che regolano in via generale l'impugnativa delle aggiudicazioni provvisorie e definitive, sicché l'impresa non aggiudicataria non ha l'onere, ma soltanto la facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, che è autonomamente lesiva in quanto le inibisce l'ulteriore partecipazione al procedimento, fermo restando che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione, atteso che essa, rispetto alla aggiudicazione provvisoria, non costituisce atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisca interamente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque un'autonoma valutazione (T.A.R. Lazio Latina, 9 dicembre 2005, n. 1676).

Per le ragioni appena esposte, risulta infondata anche

l'eccezione proposta dalla Marsh s.p.a. avente ad oggetto la presunta inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti della Willis s.p.a. per tardività e difetto di legittimazione attiva, trattandosi di eccezione basata sulle medesime argomentazioni poste a base dell'eccezione trattata al punto precedente.

Va rigettata anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti della Willis s.p.a., proposta dalla Marsh s.p.a. rilevando il difetto di una valida procura e, conseguentemente, affermando la violazione dell'art. 83 c.p.c., sul presupposto che la parte ricorrente, al fine di impugnare atti diversi (seppure connessi) a quelli contestati con il ricorso principale, avrebbe dovuto rilasciare un'apposita procura speciale, non essendo 'estensibile' la procura rilasciata in occasione della proposizione del ricorso principale.

Anche tale censura è da considerare infondata perché l'aggiudicazione definitiva (peraltro adottata, come detto, mediante decorso del termine di cui all'art. 12 del codice appalti, prima della proposizione del ricorso principale) ed il conseguente contratto, avevano già costituito oggetto del ricorso principale e, quindi, con la memoria recante motivi aggiunti non si è fatto altro che precisare gli estremi degli atti impugnati (sconosciuti al momento della presentazione del ricorso principale) puntualizzando alcune delle censure mosse avverso atti già oggetto di causa.

2. Ciò posto, il Collegio passa a considerare i ricorsi

incidentali proposti dalla Italbrowsers spa e dalla Marsh s.p.a., con i quali sono stati impugnati i verbali di gara del 2, 5, 6, 9 e 19 marzo 2007, nella parte in cui la Commissione giudicatrice non ha provveduto ad escludere l'ATI ricorrente o, comunque, non ha attribuito alla stessa un punteggio inferiore a quello effettivamente conseguito in relazione all'elemento C dell'art. 15 del disciplinare di gara.

In particolare, le ricorrenti in via incidentale hanno rilevato che dall'estratto dell'offerta tecnica sub allegato 1.B della Willis s.p.a., emerge che il Direttore responsabile dell'Area Centro Sud per i Clienti Pubblici della Willis Italia s.p.a., avrebbe affermato, in violazione del D.P.R. n. 445/2000, che tra i principali clienti seguiti direttamente, figura la Terna s.p.a., la quale, invece, è cliente della Rasini Viganò s.p.a.

Pertanto, se è vero quanto affermato dalla ricorrente in via principale lamentando una analoga dichiarazione non veritiera della Italbrowsers spa (pag. 13 del ricorso), anche l'ATI Willis Italia spa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara o, comunque, ottenere un punteggio inferiore a quello conseguito.

Tale censura va esaminata congiuntamente al quarto motivo del ricorso principale, con il quale è stata contestata la violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara (Elemento C), dell'art. 97 Cost., e dell'art. 75, D.P.R. n. 445/2000, osservando che: - le offerte tecniche delle ATI ItalBrowsers spa e Mediass spa, sarebbero inadeguate anche in relazione all'Elemento C dell'art.

15 del disciplinare di gara, inerente la descrizione dello staff tecnico e i tempi dedicati alla gestione del servizio di brokeraggio; - l'ATI aggiudicataria ha indicato tra i componenti dello staff tecnico i sig.ri Rubinetti, Debois e Torcini, oltre alla sig.ra Marilena Franco, i quali hanno dichiarato di avere, al momento della presentazione dell'offerta, l'incarico di gestione del portafoglio assicurativo del Dipartimento della Protezione Civile e della Sorem s.r.l., mentre gli incarichi indicati erano stati affidati proprio alla Willis Italia s.p.a.

In sostanza, sia con i ricorsi incidentali, che con quello principale, si censura, sotto i profili evidenziati, la non veridicità delle dichiarazioni rese dai soggetti indicati, la conseguente violazione dell'art. 75, D.P.R. n. 445/2000, e si afferma la conseguente necessità, da una parte, di annullare l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Italtbrokers spa e, dall'altra di annullare la decisione di non escludere la parte ricorrente in via principale, evidenziando che, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, la falsità delle dichiarazioni comporta, tra l'altro, l'interdizione di partecipare a gare d'appalto e di concessione per la durata di un anno.

Al riguardo, va osservato che con dichiarazione allegata all'offerta della Willis Italia spa è stato affermato che tra i principali clienti seguiti direttamente dal responsabile dell'Area Centro-Sud della stessa Impresa figurano, tra le altre, la Terna spa, mentre con dichiarazioni allegate all'offerta Italtbrokers spa è

stato affermato che Lorenzo Rubinetti “è impegnato nella gestione” dei programmi assicurativi dei principali clienti, tra i quali la Sorem e Dario Mulas Debois “è impegnato nella gestione” dei programmi assicurativi dei principali clienti, tra i quali il Dipartimento della Protezione Civile.

A parere del Collegio, le dichiarazioni presentano differenze sostanziali, perché, mentre la prima è limitata ad evidenziare le referenze del responsabile dell’Area Centro-Sud della Willis Italia spa mediante l’indicazione delle esperienze maturate, senza affermare che l’incarico avente ad oggetto la Terna spa era in corso al momento dell’offerta, con le dichiarazioni allegate all’offerta dell’ATI Italbroker spa si lascia intendere che gli incarichi relativi alla Sorem e al Dipartimento della Protezione Civile erano in corso al momento della presentazione dell’offerta.

Risultano, pertanto, infondati i ricorsi proposti in via incidentale, perché gli elementi di valutazione acquisiti e le considerazioni sopra espresse non consentono di affermare la non veridicità delle dichiarazioni rese in relazione alle referenze del responsabile dell’Area Centro-Sud della Willis Italia spa e la conseguente violazione dell’art. 75, D.P.R. n. 445/2000.

Mentre, per le conclusioni relative alle analoghe censure proposte dalla parte ricorrente in via principale si dirà più avanti, affrontando il merito del ricorso principale.

3. Ciò posto, si può passare all’esame del merito delle

censure proposte dall'ATI Willis Italia spa, contenute nel ricorso principale e nella memoria recante motivi aggiunti, esaminando, anzitutto, le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Amministrazione e dalle controinteressate aventi ad oggetto le censure relative alle valutazioni eseguite dalla Commissione giudicatrice, e relative ai limiti del sindacato del GA in relazione alla discrezionalità tecnica vantata dalla P.A.

Sotto questo ultimo profilo, il Collegio ritiene che la discrezionalità tecnica (che ha caratterizzato, nella fattispecie, le valutazioni operate dalla Commissione di gara) non sfugge al sindacato del giudice amministrativo, perché essa riguarda un concetto diverso dal merito amministrativo, identificando le ipotesi in cui l'operato dell'amministrazione, in relazione a particolari materie, deve svolgersi secondo criteri, regole e parametri tecnici o scientifici, direttamente od indirettamente richiamati dalla norma giuridica che disciplina il potere. Nel caso di specie, peraltro, le censure hanno ad oggetto l'apprezzamento di elementi di fatto e, quindi, attengono alla legittimità dei provvedimenti contestati, sicché, l'esame delle stesse non può essere sottratto al giudice, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (cfr, tra le altre, CdS, Sez. V 5 marzo 2001 n. 1247).

3.1. Precisato ciò, va rilevato che con il primo motivo del ricorso introduttivo e con la seconda censura sollevata con motivi aggiunti, è stata dedotta la violazione degli artt. 11, 12 e 79,

comma 5, d.lgs. n. 163/2006. La parte ricorrente ha, in primo luogo, contestato la violazione delle norme indicate, rilevando che l'Amministrazione non avrebbe comunicato, entro il termine di cinque giorni, l'aggiudicazione alla concorrente che seguiva in graduatoria l'aggiudicataria.

Le parti resistenti deducono l'infondatezza della censura facendo, erroneamente, riferimento alla comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria (avvenuta direttamente all'esito della seduta della Commissione del 19/3/2007, ai sensi dell'art. 16 del disciplinare di gara), mentre, la Willis Italia s.p.a., contesta l'omessa comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Ad ogni modo, la censura è infondata perché, a parte il fatto che, come sopra detto, nella fattispecie l'aggiudicazione definitiva si è concretizzata per decorso del termine di cui all'art. 12 del codice appalti, deve ritenersi che l'omissione dell'adempimento di cui si discute avrebbe potuto incidere sulle garanzie difensive della seconda classificata – la quale, in caso di decorso del termine di impugnazione causato dalla violazione della norma richiamata, avrebbe potuto essere rimessa in termini per impugnare -, ma non sulla validità del provvedimento che non è stato comunicato.

In secondo luogo, la parte ricorrente ha contestato la violazione degli artt. 11 e 12 del codice appalti, rilevando che l'Amministrazione avrebbe proceduto all'affidamento e alla stipulazione del contratto, senza aggiudicare definitivamente

l'appalto e non rispettando i termini prescritti dalle norme citate.

Anche tali censure sono infondate, perché nella fattispecie, come detto, l'aggiudicazione definitiva si è realizzata in forma tacita (come consentito dall'art. 12, d.lgs. n. 163/2006), mentre il contratto è stato stipulato il 14/6/2007, nel rispetto dell'intervallo temporale (previsto dall'art. 11, d.lgs. n. 163/2006) compreso tra il 30° giorno successivo all'aggiudicazione provvisoria del 19/3/2007 (momento nel quale si è formato il provvedimento di aggiudicazione definitiva tacita) e il 60° giorno dell'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva (ex art. 11, d.lgs. n. 163/2006).

3.2. Con il secondo motivo di ricorso, ribadito con motivi aggiunti, è stata contestata la violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara (Elemento A) e dell'art. 97 Cost. In particolare, è stato rilevato che l'art. 15 del disciplinare di gara indicava gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, prevedendo un massimo di 30 punti per l'Elemento A, relativo al Progetto per l'espletamento delle prestazioni oggetto dell'incarico. In relazione a tale elemento l'ATI aggiudicataria ha ottenuto 29 punti e l'ATI Mediass 26 punti.

A parere della ricorrente, ciò sarebbe incomprensibile, avendo la Italbrokers s.p.a. presentato un progetto lacunoso, ponendo in evidenza l'aspetto riguardante la liquidazione diretta dei sinistri da parte delle Compagnie, il quale rientra nell'attività prevista al punto 5) dell'art. 1 c.s.a. In sostanza, su oltre dieci

attività principali previste dall'art. 1 c.s.a., l'aggiudicataria avrebbe trattato in modo diffuso solo l'attività indicata.

Sempre a parere della parte ricorrente, anche la valutazione dell'offerta dell'ATI Mediass spa sarebbe incongrua, in quanto, a fronte di un'offerta carente riguardo all'analisi dei rischi, sono stati assegnati 26 punti, mentre è stata sottovalutata l'offerta dell'ATI ricorrente, che aveva presentato un progetto completo sotto tutti i punti di vista.

Il Collegio ritiene infondate tali censure, per le ragioni di seguito indicate.

L'art. 1 c.s.a. definisce l'oggetto del contratto precisando e descrivendo – in dieci punti - le attività da svolgere: identificazione, analisi e valutazione dei rischi; analisi preliminare delle polizze; predisposizione del bando, lettera d'invito e c.s.a. per l'affidamento del servizio assicurativo, nonché assistenza e consulenza nelle varie fasi; gestione amministrativa delle polizze e controllo degli adempimenti contrattuali; assistenza continua nelle varie fasi di trattazione dei sinistri e tempestivo pagamento di quanto spettante; rendicontazione trimestrale dello stato dei sinistri; dettagliato rapporto annuale; formazione e aggiornamento del personale; messa a disposizione di strumenti quali supporti magnetici e relative applicazioni o collegamenti informatici per la gestione automatizzata dei contratti; formulazione di proposte tese a migliorare le condizioni assicurative.

Alla luce del dettagliato oggetto del contratto, il progetto della Italbrowsers s.p.a. risulta completo (cfr. offerta tecnica prodotta in giudizio) e centrato sulla situazione dell'utente e sulle prestazioni tipiche del broker, sicché, non appare viziato da illogicità manifesta il giudizio della Commissione di gara espresso nel verbale n. 3 del 9.3.2007, che ha fruttato alla controinteressata aggiudicataria 29/30 punti alla luce dell'articolazione del progetto, dell'attività istituzionale svolta dall'Amministrazione interessata e della realizzabilità delle soluzioni tecniche proposte.

Da disattendere sono anche le censure attinenti la valutazione dell'offerta dell'ATI Mediass spa, ritenuta incongrua dalla parte ricorrente. Tali censure, infatti, appaiono generiche oltre che infondate, in quanto basate su una presunta e non dimostrata carenza dell'analisi dei rischi. In realtà, anche in questo caso, le valutazioni che hanno indotto l'Amministrazione ad assegnare 26 punti alla controinteressata non appare viziato da illogicità manifesta.

3.3. Con il terzo motivo di ricorso, (ribadito con motivi aggiunti sotto il profilo della illegittimità derivata degli atti conseguenti all'aggiudicazione provvisoria, è stata dedotta la violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara (Elemento A), dell'art. 8 c.s.a., e dell'art. 97 Cost., evidenziando la presunta carenza del progetto della Italbrowsers s.p.a. sotto l'aspetto del servizio di assistenza del personale specializzato presso gli Uffici

del Dipartimento ministeriale. Al riguardo, la parte ricorrente ha evidenziato che l'ATI Italbrokers s.p.a. ha previsto che la presenza di personale specializzato avrebbe dovuto essere programmata con 3/5 giorni di anticipo, mentre l'art. 8 c.s.a., stabiliva che, in sede di presentazione dell'offerta, il Broker avrebbe dovuto indicare un responsabile del servizio avente specifici requisiti, con il compito di attivarsi all'insorgere di problemi e di garantire il corretto andamento del servizio, ed avrebbe dovuto comunicare le fasce orarie di presenza del referente, assicurando adeguate modalità per il reperimento da parte della P.A. in caso di urgenza.

La controinteressata si è difesa sul punto osservando che la presenza di personale specializzato non riguarda l'art. 8 c.s.a., il quale disciplina i compiti del referente del servizio.

Al riguardo, il Collegio osserva che l'art. 8 c.s.a. impone alle concorrenti di indicare un responsabile del servizio e di comunicare le fasce orarie di presenza del referente assicurando, comunque, adeguate modalità per il reperimento da parte dell'Amministrazione in caso di urgenza. Non è esatto, quindi, che l'art. 8 c.s.a. si limiti a contemplare la figura del referente del broker, essendo chiari anche gli obblighi di reperimento (di tale figura o di un suo sostituto), in particolare, in caso di urgenza.

Ciò posto, non risulta chiaro dall'esame dell'offerta della Italbroker spa, come l'ATI aggiudicataria intendesse fare fronte a tali obblighi sicché, nell'assegnare il punteggio alla stessa la

Commissione aggiudicatrice avrebbe dovuto tenere conto di tale circostanza.

La doglianza della parte ricorrente appare, quindi, fondata.

3.4. Altrettanto fondate risultano le censure contenute nel quarto motivo di ricorso, ribadito con motivi aggiunti in relazione agli atti conseguenti all'aggiudicazione provvisoria, con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara (Elemento C), dell'art. 97 Cost., e dell'art. 75, D.P.R. n. 445/2000.

Secondo la parte ricorrente, le offerte tecniche delle ATI Ital Brokers e Mediass, sarebbero inadeguate anche **il** relazione all'Elemento C dell'art. 15 del disciplinare di gara, inerente la descrizione dello staff tecnico e i tempi dedicati alla gestione del servizio di brokeraggio. Sotto questo profilo, è stato evidenziato che l'ATI aggiudicataria ha indicato tra i componenti dello staff tecnico i sig.ri Rubinetti, Debois e Torcini, oltre alla sig.ra Marilena Franco, i quali hanno dichiarato di avere, al momento della presentazione dell'offerta, l'incarico di gestione del portafoglio assicurativo del Dipartimento della Protezione Civile e della Sorem s.r.l., mentre gli incarichi indicati erano stati affidati proprio alla Willis Italia s.p.a.

In sostanza, è stata censurata la non veridicità delle dichiarazioni rese dai soggetti indicati, la conseguente violazione dell'art. 75, D.P.R. n. 445/2000, e si afferma la conseguente necessità di annullare l'aggiudicazione disposta in favore

dell'ATI controinteressata, evidenziando che, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, la falsità delle dichiarazioni comporta, tra l'altro, l'interdizione di partecipare a gare d'appalto e di concessione per la durata di un anno. Ciò posto, la parte ricorrente rileva che l'Amministrazione, anziché escludere dalla gara l'ATI Ital Brokers s.p.a., ha assegnato 7 punti all'elemento in esame.

Al riguardo, richiamato quanto detto in merito alle analoghe censure contenute nei ricorsi incidentali delle due controinteressate, il Collegio osserva che con dichiarazioni allegate all'offerta Italtbrokers spa è stato affermato che Lorenzo Rubinetti "*è impegnato nella gestione*" dei programmi assicurativi dei principali clienti, tra i quali la Sorem e Dario Mulas Debois "*è impegnato nella gestione*" dei programmi assicurativi dei principali clienti, tra i quali il Dipartimento della Protezione Civile. Appare chiaro da tali dichiarazioni che le Concorrenti non si sono limitate ad evidenziare le referenze dei soggetti facenti parte dello staff tecnico indicando le esperienze maturate, ma hanno affermato che gli incarichi relativi alla Sorem e al Dipartimento della Protezione Civile erano in corso al momento della presentazione dell'offerta. E poiché non è contestato in giudizio che tali incarichi erano cessati, risulta violato l'art. 75, D.P.R. n. 445/2000, in base al quale (fermo restando quanto previsto dall'articolo 76 dello stesso decreto) qualora emerga la non veridicità del contenuto della

dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

Pertanto, le valutazioni eseguite ed il conseguente punteggio (sette punti) attribuito dalla Commissione di gara appaiono inficiati dall'inesattezza delle dichiarazioni rese dall'ATI aggiudicataria.

Altrettanto fondata risulta la censura con la quale, relativamente all'Elemento C dell'offerta tecnica, è stato contestato il punteggio assegnato all'ATI Mediass spa, denunciando anche l'illogicità del punteggio attribuito all'ATI ricorrente.

Al riguardo, va osservato che la Commissione di gara ha assegnato all'ATI Mediass spa 8 punti con la seguente motivazione: *“l'Impresa mette a disposizione un valido staff, descrivendo in maniera dettagliata la tempistica di intervento, nonché i tempi di resa delle prestazioni”*.

All'ATI ricorrente, invece, sono stati assegnati 7 punti con la motivazione seguente: *“l'Impresa mette a disposizione un valido Staff, descrivendo, altresì, i tempi dedicati alla gestione del servizio ben articolato. Buona anche la descrizione del tempo e delle soluzioni organizzative proposte per assistere l'Amministrazione”*.

Dal tenore delle motivazioni con le quali la stessa Commissione di gara ha giustificato l'esito dell'esame e delle

valutazioni eseguite, appare chiaro che l'offerta della parte ricorrente non appare inferiore, dal punto di vista tecnico, a quella della controinteressata. Eppure, l'ATI Willis Italia spa ha conseguito un punteggio (7 punti) inferiore a quello dell'ATI Mediass GPA spa (8 punti).

3.5. Con il quinto motivo di ricorso e le connesse censure contenute nella memoria recante motivi aggiunti, è stata dedotta la violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara (Elemento F), dell'art. 10, punto II, lett. c), d) ed e) del disciplinare, e dell'art. 97 Cost.

La parte ricorrente ha dedotto l'irragionevolezza della valutazione dell'Elemento F, riguardante l'ammontare dei premi gestiti per enti e aziende pubbliche nel triennio 2004-2006, avendo le Società costituenti l'ATI aggiudicataria presentato la determinazione di tale valore congiuntamente, senza specificare la singola quota percentuale relativa ad ogni impresa partecipante, contrariamente a quanto richiesto dall'art. 10, punto II, lett. c), d) ed e) del disciplinare di gara.

Il Collegio ritiene che tale censura sia infondata in quanto le imprese costituenti l'ATI aggiudicataria hanno indicato il valore dell'attività di intermediazione nel triennio 2004-2006: nella dichiarazione della Italtbrokers s.p.a. è indicata la quota di partecipazione pari al 60% e l'importo di €10.800.000 di premi intermediati (doc. 9 parte resistente); nella dichiarazione della Marsh s.p.a. è indicata la quota di partecipazione del 40% e il

possesso del requisito speciale di cui alla lett. e), comma 2, dell'art. 10 del disciplinare di gara (doc. 10 parte resistente).

In sostanza, la Marsh spa non pare rispettare formalmente la prescrizione contenuta nel disciplinare di gara, ma le due dichiarazioni di completano a vicenda e soddisfano le richieste contenute nella *lex specialis*.

Infatti, il disciplinare di gara si limita a prevedere che, in caso di ATI, i requisiti di cui ai punti II c, d, e, devono essere posseduti dall'insieme delle partecipanti, ognuno almeno per la propria quota di partecipazione (art. 10, punto II), e che è considerata la sommatoria dei premi gestiti nel settore degli Enti pubblici e delle Aziende pubbliche da tutte le imprese partecipanti (art. 15).

3.6. Con il sesto motivo di ricorso e la connessa censura dedotta con motivi aggiunti avverso gli atti conseguenti all'aggiudicazione provvisoria, è stata dedotta la violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara (Elemento G), e dell'art. 97 Cost.

L'ATI Willis Italia s.p.a. ha contestato l'attribuzione di 5 punti all'offerta dell'ATI Italbroker spa e di 6 punti all'offerta dell'ATI Mediass GPA spa, per l'Elemento G dell'offerta tecnica, concernente gli eventuali servizi aggiuntivi gratuiti offerti. In particolare, la parte ricorrente ha rilevato che il servizio aggiuntivo offerto dall'aggiudicataria, consistente in un programma di gestione e monitoraggio delle coperture

assicurative, rientrava tra i servizi previsti ai punti 4) e 9) dell'articolo 1 del c.s.a. e, quindi, l'Amministrazione non avrebbe dovuto assegnare alcun punteggio. Ciò vale anche per quanto riguarda l'altra controinteressata, la quale ha ottenuto 6 punti offrendo il servizio di monitoraggio sinistri, il project financing e la consulenza per le opere d'arte.

A parere del Collegio tali censure sono fondate perché dal verbale di gara n. 3 del 9.3.2007, risulta che la Commissione di gara ha giudicato *“rispondenti alle proprie esigenze soltanto alcuni dei servizi aggiuntivi gratuiti proposti dall'Impresa. In particolare, è ritenuto particolarmente valido il programma di gestione e monitoraggio delle coperture assicurative”*. Ciò ha comportato l'assegnazione di 5 punti (su 10 disponibili) all'ATI aggiudicataria.

Al riguardo, va osservato che la Commissione di gara non risulta aver considerato che già l'art. 1 c.s.a. prevedeva il monitoraggio costante dei rapporti nell'ambito dell'oggetto del contratto, ed, in particolare, la gestione amministrativa delle polizze e controllo degli adempimenti contrattuali (punto 4)), l'assistenza continua nelle varie fasi di trattazione dei sinistri (punto 5), la rendicontazione trimestrale dello stato dei sinistri (punto 6), la gestione automatizzata dei contratti (punto 9). E poiché l'art. 15 del disciplinare prevedeva la possibilità di offrire non più di dieci servizi aggiuntivi gratuiti oltre quelli indicati nell'art. 1 c.s.a., sotto questo profilo l'operato della Commissione

di gara risulta illegittimo, non assumendo particolare rilievo le osservazioni della controinteressata - secondo le quali, attraverso il sistema informatico Stars light offerto in aggiunta, il cliente avrebbe potuto beneficiare di un costante monitoraggio seguendo l'andamento dei sinistri gestiti dal broker, lo stato dei singoli sinistri, le principali informazioni relative alle polizze -, perché ciò risulta costituire la descrizione del richiamato monitoraggio previsto quale prestazione sostanzialmente rientrante nell'ambito dell'oggetto principale del contratto.

Analogamente, l'ATI Mediass GPA spa risulta aver offerto quali servizi aggiuntivi il servizio di monitoraggio sinistri - previsto al punto 5) dell'articolo 1 del c.s.a. -, oltre al project financing ed alla consulenza per le opere d'arte - che risultano sostanzialmente estranei alla prestazione professionale di brokeraggio assicurativo oggetto di appalto -.

4. A seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, con atto rep. n. 7344 del 14.6.2007 è stato stipulato in forma pubblica il contratto relativo al servizio professionale di brokeraggio oggetto di gara e la parte ricorrente ha impugnato anche tale atto.

Al riguardo il Collegio osserva che con sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha affermato che in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la giurisdizione esclusiva del g.a., di cui agli artt. 6 e 7 della legge n. 205/00, si arresta alla fase pubblicistica dell'appalto, senza

involgere la successiva fase di esecuzione del rapporto, sorto in conseguenza del contratto stipulato tra p.a. e soggetto aggiudicatario, fonte di diritti e di obblighi, di cui conosce il g.o., quale giudice dei diritti. Quindi, spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito di annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura di evidenza pubblica, posto che, in ciascuno di questi casi, la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la predetta scelta, bensì il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento.

Alla luce di tale orientamento - che il Collegio ritiene di dover seguire -, la domanda dell'ATI Willis Italia spa, tesa a contestare il contratto sopra indicato, va dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

5. Va, infine, esaminata la domanda di risarcimento danni proposta dalla parte ricorrente per ottenere il risarcimento in forma specifica o, in subordine, il ristoro dei danni patiti a titolo di responsabilità precontrattuale, *ex art. 1337 c.c.*

Al riguardo, il Collegio ritiene che – alla luce dell'impossibilità per questo giudice di incidere sul contratto rep.

n. 7344 del 14.6.2007 -, non possa essere accolta la prima delle istanze avanzate dalla parte ricorrente.

Va, però, osservato che durante le sedute riservate del 6.3.2007 e 9.3.2007, la Commissione di gara ha attribuito 70 punti alle offerte tecniche dell'ATI ricorrente e dell'ATI Mediass GPA spa, mentre all'ATI Italbrokers spa sono stati assegnati 71 punti. Ciò, unitamente al punteggio conseguito per le offerte economiche ha determinato l'aggiudicazione della gara all'ATI Italbrokers spa con 91 punti, mentre la parte ricorrente e l'altra controinteressata si sono classificate a pari merito al secondo posto in graduatoria con 90 punti. Dalle valutazioni eseguite e dall'attribuzione dei relativi punteggi (sempre espressi con numeri interi) risulta chiaramente che la stessa Amministrazione ha considerato distanziate da uno scarto veramente minimo le offerte in questione. Sicché, emerge con evidenza che l'erronea valutazione (sotto diversi profili) delle offerte tecniche è stata decisiva e considerato il minimo scarto (un punto) tra l'offerta tecnica della parte ricorrente e quella dell'Italbrokers spa, ed il medesimo punteggio conseguito dall'ATI Wllis Italia spa e l'ATI Mediass GPA spa (70 punti), non si può che concludere che - qualora la Commissione di gara avesse operato correttamente - l'appalto sarebbe stato aggiudicato alla parte ricorrente.

Ciò induce a considerare positivamente - non essendo stata presentata domanda di risarcimento danni per equivalente - la

domanda di risarcimento danni proposta ex art. 1337 c.c., considerando che gli errori commessi nel procedimento di gara esperito, inducono a ritenere violata la norma richiamata, la quale prevede l'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative al fine di salvaguardare il rapporto di affidamento creatosi tra le concorrenti e la stazione appaltante, che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale.

La responsabilità precontrattuale è ricondotta al genus della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (*ex multis*, Cass., sez. I, 29 aprile 1999 n. 4299). Ed invero, costituisce principio generale che la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 cod. civ. (cfr. per una recente

applicazione Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313).

L'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità si risolve, frequentemente, nell'accertamento della violazione di regole obiettive concernenti il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede (in senso oggettivo). Nella fattispecie in esame è positivamente riscontrato che la lesione della libertà negoziale della parte ricorrente è avvenuta per colpa dell'amministrazione (la quale è incorsa in molteplici, diversificati e decisivi errori nella valutazione delle offerte tecniche delle prime classificate).

Quanto alla sussistenza del nesso di causalità e dell'effettiva esistenza di un danno patrimoniale, appare del tutto evidente che, per effetto della illegittima attività procedimentale dell'Amministrazione, l'ATI ricorrente non ha ottenuto l'aggiudicazione, ha sostenuto le spese di partecipazione alla gara, e ha dovuto rinunciare ad accrescere il proprio curriculum aziendale e le proprie qualifiche.

Affermata, dunque, la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione appellata nell'*an*, si tratta ora di definire *il quantum* del danno risarcibile.

Al riguardo per pacifica giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, si limita all'interesse negativo, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente

vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (cfr. Cass. Civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632). L'indirizzo maggioritario - al quale il Collegio intende aderire (*ex plurimis*: Cass., n. 11243/2003; Cass., n. 1632/2000; Cass., n. 9157/95) evidenzia, infatti, che, in tema di responsabilità ex art. 1337 cod. civ., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa.

Quanto al lucro cessante, va ribadito che l'ambito della tutela dell'art. 1337 cod. civ. è più propriamente non tanto la violazione dell'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla proprio iniziata, con conseguente perdita di altre occasioni favorevoli. Detto in altri termini, in caso di *culpa in contrahendo*, i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (*id quod interest contractus initum non fuisset*).

E', dunque, senz'altro risarcibile il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara, cui va aggiunto il pregiudizio subito a causa del mancato accrescimento

del curriculum aziendale e delle qualifiche correlate all'effettiva esecuzione del servizio determinato dal danno da perdita di *chance* (perdita di favorevoli occasioni contrattuali che è cosa ontologicamente diversa dal vantaggio derivante dall'esecuzione del contratto invalido). La perdita di *chance*, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale non irrealizzato, che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo, e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico *ex ante* secondo l'*id quod plerumque accidit* sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002 n. 686). Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance*, è quindi necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno, e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza

immediata e diretta. Con riferimento al caso in esame, la perdita di *chance* va concentrata – facendo uso dei poteri equitativi di determinazione del pregiudizio, esercitabili ai sensi dell’art. 1226 c.c. -, nel danno concernente l’impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all’esecuzione del servizio oggetto di gara.

Non è, invece, risarcibile, il “mancato guadagno dell’utile d’impresa”. Ed invero, questa seconda voce di danno corrisponde alla componente del lucro cessante nel danno per lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all’esecuzione del contratto, e come tale (come già detto) non può essere risarcita in una fattispecie di responsabilità precontrattuale.

Conclusivamente il danno risarcibile nei confronti dell’odierna ricorrente, alla stregua di quanto precedentemente indicato costituisce la risultante dalla sommatoria degli importi relativi alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara in discorso e alla somma dovuta a titolo di lucro cessante per perdita di *chance* derivante dal precluso conseguimento di altre occasioni determinato dal mancato accrescimento del proprio curriculum e delle proprie qualifiche.

Accertata la fondatezza dell’azione risarcitoria nei limiti predetti, si assegna all’Amministrazione resistente, in applicazione di quanto previsto dall’art.35, comma 2, del D. Lgs. 31 marzo 1998, n.80, il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza per la

formulazione di un'offerta di risarcimento secondo i criteri sopra stabiliti.

7. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

PQM

Il Tribunale Regionale Amministrativo per il Lazio,
Sezione I[^] bis,

- accoglie la domanda con la quale sono stati impugnati gli atti di gara indicati in epigrafe e, per l'effetto, li annulla;
- dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo la domanda avente ad oggetto il contratto n.rep. 7344 del 14.6.2007;
- accoglie la domanda di risarcimento danni nei limiti indicati in motivazione;
- condanna in solido l'Amministrazione e le controinteressate al pagamento delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che si liquidano in complessivi 4.500,00 (quattromilacinquecento/00) euro;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 30 gennaio 2008.

L'Estensore

Il Presidente