

N. 01082/2011REG.PROV.COLL.

N. 03236/2010 REG.RIC.

N. 03408/2010 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3236 del 2010, proposto da:
Comune di Gorizia, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Piccoli, con domicilio
eletto presso Domenico Vicini in Roma, via Emilio De'Cavalieri, 11;

contro

Afi Curci S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio
eletto presso lo stesso in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

Gbs - General Broker Service S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Elia Barbieri,
Stefano Vinti, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia
N. 88;

sul ricorso numero di registro generale 3408 del 2010, proposto da:
Gbs - General Broker Service S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Elia Barbieri,

Stefano Vinti, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88;

contro

Afi Curci S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

Comune di Gorizia, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Piccoli, con domicilio eletto presso Domenico Vicini in Roma, via Emilio De'Cavalieri, 11; Several (Insurance Brokers) S.r.l.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3236 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Friuli-Venezia-Giulia - Trieste: Sezione I n. 00828/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO

quanto al ricorso n. 3408 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Friuli-Venezia-Giulia - Trieste: Sezione I n. 00828/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Afi Curci S.r.l. , di Gbs - General Broker Service S.p.A. e del Comune di Gorizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2010 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Piccoli, Anelli, su delega dell' avv. Marcone, e Barbieri ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Afi Curci s.r.l., quarta classificata, ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva del servizio di brokeraggio assicurativo alla società G.B.S. General Broker Service S.p.a. da parte del Comune di Gorizia a seguito di gara indetta con procedura aperta ai sensi dell'art. 5 del Regolamento per l'acquisizione in economia di beni e servizi con il sistema dell'offerta economicamente vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La ricorrente ha sostenuto la violazione dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, perché sarebbero state violate le modalità ivi previste di nomina dei componenti esterni della Commissione di valutazione, essendo stato nominato componente un soggetto non iscritto nell'albo professionale dei broker assicurativi e non in possesso della sufficiente competenza tecnica, ed il medesimo si troverebbe in condizione di incompatibilità, in quanto collaboratore del legale rappresentante di una società concorrente della ricorrente nell'ambito della Regione Friuli Venezia Giulia.

Il Tar, dichiarato ammissibile il ricorso dato l'interesse della ricorrente all'annullamento dell'intera gara ai fini della sua riedizione e data l'irrilevanza della mancata impugnazione dell'atto di nomina della commissione, peraltro censurato nella sostanza attraverso l'impugnazione dell'aggiudicazione, nonché inammissibili parte dei motivi aggiunti, ha accolto il ricorso ritenendo applicabile alla fattispecie l'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006 richiamato dalla legge di gara e, comunque, ritenendo la nomina del commissario esterno contrastante anche con il Regolamento comunale per l'acquisizione in economia di beni e servizi che non prevede l'integrazione della Commissione con membri esterni all'amministrazione.

Hanno proposto appello, con separati ricorsi, il Comune di Gorizia e la controinteressata G.B.S.

Il primo ricorso è affidato ai seguenti motivi:

- carenza di interesse sostanziale e processuale al ricorso in capo alla ricorrente;
- sopravvenuto difetto di interesse al ricorso per mancata impugnazione della determinazione dirigenziale di nomina della Commissione aggiudicatrice;
- inapplicabilità delle disposizioni di cui all'art. 121 d.lgs. n. 163/2006 ad una procedura disciplinata da un Regolamento per l'acquisizione in economia di forniture, servizi e lavori ai sensi dell'art. 125;
- erroneità della condanna al pagamento delle spese attesa la soccombenza reciproca.

La controinteressata ha impugnato la sentenza per i seguenti motivi:

- inammissibilità ed improcedibilità del ricorso;
- infondatezza dei motivi di ricorso , per non avere il Comune indetto una gara sottosoglia ai sensi dell'art. 121 codice dei contratti pubblici, bensì una procedura informale da svolgersi secondo le previsioni del regolamento, che non prevede le restrizioni contemplate dall'art. 84;
- erroneità della sentenza per aver disposto la condanna anche della controinteressata alle spese di lite nonostante l'oggetto del ricorso sia un atto del Comune non attinente l'attività della concorrente.

Si è costituita in resistenza la Afi Curci replicando ai motivi avversari.

Le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

All'udienza del 9 novembre i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, ritiene il Collegio di procedere alla riunione degli appelli proposti avverso la medesima sentenza ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Data la comunanza dei motivi di appello delle parti ricorrenti, il Collegio ritiene di poterli esaminare congiuntamente.

Non meritano accoglimento le censure con cui si ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e per mancata impugnazione della nomina della Commissione giudicatrice acquisita dalla ricorrente nel corso del giudizio di primo grado.

Sul punto, non può che riaffermarsi il principio secondo cui, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, costituisce interesse meritevole di tutela anche la sola chance di aggiudicazione derivante dalla partecipazione ad una gara pubblica ed è idoneo a radicare la legittimazione ad agire anche l'interesse strumentale alla riedizione integrale della procedura di gara , sempre che l'impresa abbia differenziato, con la domanda di partecipazione, la propria posizione rispetto al *quisque de populo* e che non sussistano preclusioni soggettive alla partecipazione alla nuova procedura (*ex multis*, di recente, Cons. Stato Sez. V, 15-10-2010, n. 7515).

Né a diverse conseguenze può condurre l'argomento portato da parte appellante secondo cui l'annullamento della gara dal momento della nomina della Commissione comporterebbe la permanenza dei criteri utilizzati dai membri della Commissione diversi da quello esterno e dei risultati valutativi sfavorevoli all'impresa ricorrente. Invero l'argomento contiene un giudizio prognostico circa la conferma della valutazione da parte della Commissione in diversa composizione che non può essere preso in considerazione, data la sua incertezza ed irrilevanza sotto il profilo della sussistenza dell'interesse al ricorso.

Parimenti da respingere è il motivo con cui si sostiene che il ricorrente avrebbe dovuto specificamente impugnare , a pena di improcedibilità del ricorso, l'atto di nomina della Commissione depositato dall'amministrazione nel corso del giudizio.

L'atto di nomina della Commissione è , invero, atto endoprocedimentale, la cui lesività si manifesta nell'aggiudicazione. Ne discende che il soggetto interessato è onerato ad impugnare l'atto conclusivo, in quanto solo quest'ultimo è effettivamente lesivo della sua posizione soggettiva , anche per i motivi attinenti agli atti endoprocedimentali, come nella specie avvenuto.

Nel merito, gli appelli sono infondati .

La determinazione con cui il Comune ha deciso di affidare mediante gara il servizio di brokeraggio assicurativo per un periodo di cinque anni richiama l'art. 5 del Regolamento per l'acquisizione in economia di forniture, servizi e lavori in ordine allo svolgimento di una gara informale e considera applicabile il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006.

Il bando di gara , nell' enunciare l'oggetto ed il sistema di aggiudicazione, indica la procedura aperta ed il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 d. lgs. n. 163 del 2006.

Ne discende che sebbene, in astratto, data l'entità del servizio, effettivamente il Comune avrebbe potuto seguire le regole dell'affidamento dei servizi in economia di cui all'art. 125 del codice dei contratti pubblici, mediante procedura negoziata, tuttavia esso ha indetto una procedura aperta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa regolata dall'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006 alle cui regole la selezione si deve pertanto uniformare.

Né può ritenersi che l'applicabilità del regime dell'affidamento in economia possa privare l'amministrazione della facoltà , in ragione delle peculiarità delle prestazioni da richiedere, di ricorrere alle procedure aperte regolate dal codice dei contratti pubblici applicando quelle regole che , comunque, gli articoli 121 e, per gli appalti di servizi, 124 del codice impongono anche agli appalti sotto soglia comunitaria.

Ciò chiarito sotto il profilo della procedura seguita, si deve convenire con il primo giudice circa la carenza dei requisiti rivestiti dal componente esterno della Commissione ai sensi dell'art. 84 (per non essere iscritto all'albo da almeno dieci anni , né essere professore universitario).

Peraltro, avuto riguardo alle finalità dell'art. 84, comma 8 del d. lgs. n. 163/2006, bisogna riconoscere come esso sia espressione del principio per cui i commissari devono essere “ periti peritorum” della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio e che il possesso dei requisiti di cui si è discusso debba essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi devono formulare il loro giudizio” (Cons. St. 14.10.2009, n.6297).

Quindi, anche a voler prescindere dagli specifici requisiti indicati al comma 8 , la circostanza che il componente esterno non sia iscritto all'albo dei broker assicurativi essendo stato solo ammesso alla prova di idoneità per l'iscrizione nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi per la sessione 2007 dei relativi esami di Stato e rivesta il ruolo di collaboratore di un intermediario non iscritto nella sezione dei broker confligge con l'interesse pubblico a che la funzione di esperto esterno sia svolta da soggetto in grado di esprimere una adeguata valutazione.

Sono altresì da respingere i motivi riguardanti la condanna alle spese ed alla rifusione del contributo unificato.

La dichiarazione di inammissibilità di alcuni dei motivi aggiunti non priva, infatti, il ricorrente della qualificazione di parte vittoriosa del giudizio quando il ricorso sia stato accolto per altri motivi, profilandosi come unico limite per il giudice il divieto di condanna della parte vittoriosa o l'indicazione di ragioni palesemente illogiche o erronee, nella specie non ravvisabili.

Inoltre la condanna alle spese è collegata alla soccombenza in giudizio, senza postulare la sussistenza di una qualsiasi responsabilità soggettiva in capo alla parte soccombente.

Conseguentemente la posizione del controinteressato, qualora si sia costituito in giudizio allo scopo di conservare il provvedimento impugnato, non è impeditiva della condanna alle spese in caso di soccombenza, ancorché l'illegittimità dell'atto impugnato sia imputabile all'amministrazione.

Conclusivamente, gli appelli vanno respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, riunisce gli appelli e li respinge confermando la sentenza di primo grado.

Condanna gli appellanti, in solido, al pagamento in favore della Afi Curci s.r.l. delle spese di giudizio liquidate in complessivi euro 5.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2011

IL SEGRETARIO

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