

N. 03604/2012REG.PROV.COLL.
N. 10396/2011 REG.RIC.
N. 00721/2012 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10396 del 2011, proposto da:
Willis Italia s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Comandè,
Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso Carlo
Comandè in Roma, via Stoppani, n. 1;

contro

- GPA s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Gariboldi,
Gabriele Di Paolo e Stefano Soncini, con domicilio eletto presso il
secondo in Roma, viale Liegi 35/B;
- Azienda ospedaliera universitaria Santa Maria della Misericordia di
Udine - Dipartimento servizi condivisi, non costituitasi in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 721 del 2012, proposto da:
GPA s.p.a. in proprio e in qualità di mandante di a.t.i. costituenda con

Marsh s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Soncini, Gabriele Di Paolo, Gianluca Gariboldi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale Liegi 35/B; Ati rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Di Paolo, Gianluca Gariboldi, Stefano Soncini, con domicilio eletto presso Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

- Azienda ospedaliera universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento servizi condivisi, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Coen, Federico Rosati, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza di Priscilla, 4;

- Willis Italia s.p.a. rappresentato e difeso dagli avv. Rocco Mangia, Stefano Quadrio, Carlo Comandè, con domicilio eletto l'ultimo in Roma, via Stoppani, n. 1;

per la riforma

- quanto al ricorso n. 10396 del 2011:

della sentenza del T.A.R Friuli Venezia Giulia - Trieste: Sezione prima n. 00497/2011, resa tra le parti, concernente APPALTO PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI CONSULENZA E BROKERAGGIO ASSICURATIVO

- quanto al ricorso n. 721 del 2012:

della sentenza del T.A.R. Friuli- Venezia Giulia - Trieste: Sezione prima n. 00497/2011, resa tra le parti, concernente APPALTO PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI CONSULENZA E BROKERAGGIO ASSICURATIVO - RIS.DANNI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di GPA S.p.a., Azienda ospedaliera universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento servizi condivisi e di Willis Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2012 il consigliere. Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Comandè, Mangia e Di Paolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. Friuli Venezia Giulia MARSH s.p.a. e GPA s.p.a. (rispettivamente nella qualità di mandataria e di mandante di una costituenda ATI) impugnavano l'aggiudicazione alla controinteressata Willis Italia s.p.a. del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo (bandito dal DSC dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria della misericordia di Udine), unitamente ad atti preordinati e connessi della procedura (bando di gara, norme di partecipazione, capitolato speciale di appalto, nomina della commissione giudicatrice, verbali di gara), chiedendo di essere riconosciuti aggiudicatari, previa dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato ovvero, ove ciò non fosse possibile, di essere risarciti del danno patito.

Esponevano in punto di fatto che con atto n. 1435 del 1° dicembre

2010 era stata bandita una gara a procedura aperta per l'affidamento servizio su indicato, cui hanno partecipato quattro costituende ATI.

La ricorrente, in particolare, otteneva 45 punti per l'offerta tecnica (la controinteressata soc. Willis Italia 58), mentre le offerte economiche conseguivano la medesima valutazione di 40 punti.

Willis s.p.a. risultava aggiudicataria provvisoria. Risultando la sua offerta anomala ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, la stazione appaltante chiedeva (così come anche alla ricorrente, seconda classificata) la presentazione delle giustificazioni sugli elementi costitutivi dell'offerta. Conclusivamente, valutava entrambe le offerte congrue. Seguiva, con atto n. 286 del 9 marzo 2011, l'aggiudicazione definitiva in favore di Willis Italia s.p.a.

Avverso il procedimento di gara erano dedotti i motivi di seguito si indicano in sintesi:

- nel conteggio relativo ai ricavi derivanti dalle polizze (in contrasto con quanto previsto dal disciplinare) risultavano inclusi anche premi relativi alla polizza per colpa grave, che non potevano essere indicati in quanto non facenti parte dell'appalto;
- a tenore del capitolato, l'attività del broker, oggetto di gara, non comprende l'intermediazione di polizze concernenti la colpa grave; Willis Italia s.p.a. doveva, quindi, essere esclusa per aver inserito tale voce sia nell'offerta economica che nelle giustificazioni;
- i punteggi attribuiti alla società risultata aggiudicataria si configurano alti, in specie per quanto riguarda le *“modalità di gestione del contratto di copertura R.C.T.O.”*; le *“modalità di gestione delle polizze assicurative aziendali*

relative alle sperimentazioni cliniche no profit ex DM 14.7.09"; la *"consulenza nel settore sperimentazione individuazione e analisi dei rischi predisposizione della documentazione per le integrazioni di copertura della gara indetta il 19.7.10"*, ed altri aspetti descritti in dettaglio;

- non esiste un atto di nomina della Commissione, in quanto l'unico documento acquisito, in esito ad accesso alla documentale, è la nota in data 27 gennaio 2011 di convocazione della Commissione, sottoscritta *"per il Direttore del Dipartimento"*, con firma illeggibile.

- nella seduta pubblica del 25 novembre 2011, la Commissione si è limitata a verificare la sigillatura dei plichi contenenti le offerte tecniche, ma non li ha aperti per verificare la completezza della documentazione in essi contenuta.

Con atto depositato il 23.9.11, la ricorrente MARSH s.p.a. formulava rinuncia al ricorso, mentre la mandante GPA s.p.a., insisteva per la decisione.

Con sentenza n. 497 del 2011 il T.A.R. adito:

- prendeva atto della rinuncia all'impugnativa di MARSH s.p.a. e riconosceva l'interesse di GPA s.p.a. a proseguire *singulatim* nell'impugnativa;

- negava, tuttavia, l'interesse all'annullamento dell'atto di aggiudicazione, stante la partecipazione di GPA s.p.a. all'associazione temporanea solo nella misura del 30 %, inidonea a garantirne l'esecuzione;

- dichiarava, in conseguenza, improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse i motivi articolati avverso l'atto di aggiudicazione della

gara;

- riconosceva l'interesse strumentale all'annullamento dell'intera gara e dichiarava viziato il procedimento per la mancata apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche;

- accoglieva la domanda risarcitoria nei limiti delle spese sostenute e documentate per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla procedura.

1.1. Avverso la decisione del T.A.R. è stato interposto un primo atto di appello, rubricato al n. 10396 reg. 2011, ad iniziativa della soc. Willis Italia risultata aggiudicataria.

In contrario alle conclusioni del T.A.R. la società predetta ha sostenuto, quanto alla regolarità delle operazioni di gara e di verifica dei documenti relativi all'offerta tecnica, il valore fidefacente dei verbali della commissione fino a querela di falso, non emergendo, in conseguenza, alcun *vulnus* sul piano sostanziale al principio di pubblicità delle sedute, presidiato dall'indirizzo segnato dalla decisione dell' Adunanza Plenaria n. 13 del 28 luglio 2011.

Ha, inoltre, dedotto che, malgrado l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, in assenza di esplicita declaratoria di inefficacia del contratto in prosieguo stipulato ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., lo stesso va ritenuto vincolante fra le parti, avendo altresì esplicitato in buona parte i suoi effetti.

Nel giudizio si costituiva G.P.A. s.p.a., opponendosi all'accoglimento dell'appello e chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

1.2. Avverso la sentenza n. 497 del 2011 proponeva, altresì, appello

GPA s.p.a. nella qualità di mandante dell' a.t.i. costituenda con MARSH s.p.a., ai fini dell'affidamento del servizio di brokeraggio e consulenza assicurativa.

La società GPA censurava in via pregiudiziale le statuizioni del T.A.R. in ordine al difetto di interesse all'annullamento dell'atto di aggiudicazione, stante la partecipazione all'associazione temporanea solo nella misura del 30 %, non idonea a garantirne l'esecuzione a seguito della rinuncia al ricorso in prime cure da parte di MARSH s.p.a.

Nel merito rinnovava i motivi non esaminati dal primo giudice, inerenti alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, all'attribuzione di taluni punteggi in ordine al merito tecnico della propria offerta ed all'assenza di un valido provvedimento di nomina della commissione giudicatrice.

Nel ricorso n. 721 del 2012 si sono costituiti in giudizio Willis s.p.a. e l' Azienda ospedaliera universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine ed hanno contraddetto, nelle rispettive memorie, i motivi di impugnativa proposti.

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle proprie tesi difensive.

All'udienza del 4 maggio 2012 il ricorsi sono stati trattenuti per la decisione.

2. Gli appelli diretti contro la medesima sentenza vanno riuniti e contestualmente decisi ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm.

3. Va innanzitutto esaminato il ricorso rubricato al n. 10396 reg. 2011.

Diversamente da quanto dedotto con il primo mezzo dalla società Willis Italia, il T.A.R. ha correttamente riconosciuto – con richiamo all’indirizzo di cui all’ A.P. n. 13 del 2011 - l’effetto viziante dell’esito della gara derivante dalla mancata apertura in seduta pubblica dei plichi recanti le offerte tecniche delle ditte partecipanti al concorso.

Con la menzionata decisione l’Adunanza Plenaria ha, invero, affermato la regola di pubblicità della seduta, oltre che nei casi di apertura e verifica del contenuto dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l’offerta economica, con riguardo anche alla fase relativa alla documentazione afferente all’offerta tecnica.

L’ A.P. ha, in particolare posto in rilievo che *“la verifica dell’integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che essi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara”*, ciò a salvaguardia non solo della parità di trattamento dei concorrenti *“ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti”*, ma anche degli interessi di rilievo pubblico di trasparenza ed imparzialità dell’azione amministrativa. L’ A.P. ha anche indicato come in concreto si attualizzino i valori di trasparenza e pubblicità, e cioè a mezzo del concreto riscontro degli atti prodotti in sede di apertura della busta recante l’offerta tecnica del singolo concorrente con lettura quantomeno *“del solo titolo degli atti rinvenuti, dandone atto nel verbale della seduta”*.

Diversamente da quanto sostenuto nell’atto di appello la pubblicità

della fase procedimentale di apertura e controllo del contenuto delle buste recanti l'offerta non recede a fronte del verbale, sottoscritto dalla commissione, che riassume lo svolgimento delle operazioni di gara, di cui l'appellante sottolinea il valore fidefacente, fino a querela di falso, delle operazioni in esso descritte.

La partecipazione del concorrente alla fase del procedimento deve avere, invero, luogo con carattere di effettività, a garanzia della trasparenza ed imparzialità del procedimento di scelta del contraente, consentendogli ogni controllo ed immediata ingerenza sull'operato della commissione giudicatrice. Detto momento partecipativo va distinto dall'attività di verbalizzazione, che resta una dichiarazione di scienza redatta ad iniziativa della stessa amministrazione, con funzione strettamente documentale delle operazioni compiute sotto il suo controllo.

Tantomeno il privato può essere onerato – ogni qualvolta sia stata pretermessa la pubblicità della fase di gara – dell'onere di impugnativa a mezzo di querela di falso del verbale che riassume le operazioni compiute in sua assenza, determinandosi un evidente aggravio del procedimento, in contrasto al divieto sancito al riguardo dall'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

Peraltro, le stesse risultanze dei verbali delle operazioni di gara relative alle sedute del 25 e 27 gennaio 2011 si limitano a dare atto che si è proceduto a siglare all'esterno la busta 2 contenente la documentazione tecnica, verificandone l'integrità (verbale del 25 gennaio), e ad attestare la presenza in esse della documentazione

tecnica, quale prescritta dalla disciplina di gara (verbale del 27 gennaio), restando però del tutto generico e privo di specificazione il corredo documentale effettivamente prodotto dai concorrenti.

Né può riverberare effetto alcuno quanto previsto dall'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012 n. 52 (secondo cui l'obbligo di verifica in seduta pubblica dei plichi delle offerte tecniche si applica alle sole procedure per le quali non si sia ancora proceduto all'incombenza), in quanto norma non ancora entrata in vigore al momento della decisione del presente giudizio d'appello.

3.1 Quanto al secondo mezzo di impugnativa, che attiene al potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto con le modalità stabilite dall'art. 122 cod. proc. amm., non si rinviene né nella motivazione, né nel dispositivo della sentenza appellata alcuna puntuale ed esplicita statuizione al riguardo. La declaratoria di inefficacia del contratto non può, inoltre, essere ricondotta all'inciso di accoglimento della domanda proposta in via subordinata "*con conseguente annullamento dell'intera gara ed obbligo della sua rinnovazione*", che ha evidente contenuto demolitorio strettamente riferito della sola fase di evidenza pubblica di scelta del contraente.

Né a siffatta statuizione può ricondursi per implicito la dichiarazione di inefficacia del contratto che, invece, richiede la motivata valutazione delle condizioni indicate dall'art. 122 cod. proc. amm. ai fini dell'interruzione del rapporto contrattuale già instaurato con l'Amministrazione.

L'appello rubricato al n. 10396 reg. 2011 va, quindi, respinto.

4. Può passarsi all'esame del ricorso rubricato al n. 721 reg. 2012 proposto dalla soc. GPA.

4.1. E' fondato il primo motivo con il quale si censura la statuizione del T.A.R. che ha ricondotto alla rinuncia al ricorso in primo grado formulata dalla mandataria MARSH il venir meno in capo alla soc. GPA - che concorre in associazione con la predetta la società - di un interesse immediato ed attuale all'annullamento dell'esito della gara, con ogni effetto sull'aggiudicazione in suo favore del servizio e subentro nell'esecuzione del contratto.

E' pacifico in giurisprudenza che ogni partecipante in associazione ha piena legittimazione ad esercitare l'azione di annullamento degli atti gara che reputi illegittimi.

La legittimazione al ricorso si correla ad un posizione sostanziale di interesse legittimo alla regolarità della procedura concorsuale, in relazione ai poteri autoritativi che fanno capo alla stazione appaltante nella fase di evidenza pubblica della selezione del contraente.

Detta legittimazione non viene meno - né trova limite quanto all'oggetto ed agli effetti della domanda di annullamento - ove taluno degli iniziali litisconsorti, individuati fra le ditte del raggruppamento costituito o costituendo, rinunzi all'impugnativa in corso di causa.

Siffatta rinuncia non ha una ricaduta sull'interesse all'annullamento degli atti impugnati sotto il profilo del vantaggio derivante dal *decisum* nei confronti di ogni altro litisconsorte restato in causa.

La rinuncia al ricorso è infatti espressione della sfera soggettiva e volitiva (nel caso di specie della società mandataria) in ordine alla

tutela i sede giudiziaria dei propri diritti ed interessi con ampia valutazione, in ogni momento del processo, dei relativi oneri e del possibile esito del giudizio.

Si tratta di atto abdicativo che esplica i suoi effetti all'interno del processo, ma non fa venir meno gli obblighi reciprocamente assunti dalla imprese in associazione ai fini della congiunta esecuzione del contratto in caso di esito positivo della gara. Detti obblighi operano su un piano strettamente privatistico e sono esigibili da ciascuna impresa nei confronti dell'altra, con ogni conseguenza risarcitoria in caso di inadempimento.

Del resto, come correttamente posto in rilievo dall'appellante, la posizione dell'impresa in associazione che ha proposto ricorso con altra impresa associata e che poi vi abbia rinunciato è del tutto simmetrica a quella dell'impresa che, pur in associazione, abbia da sola impugnato gli atti di gara.

Non vi è, quindi, ragione per introdurre discriminazione quanto all'oggetto ed agli effetti della domanda di annullamento nel caso in cui la qualità di unico ricorrente si determini in costanza di giudizio per la rinuncia al ricorso dell'iniziale litisconsorte.

In conclusione, la rinuncia al ricorso dell'impresa in associazione attiene solo all'esercizio del diritto di azione e, diversamente da quanto opposto dall'Azienda ospedaliera universitaria convenuta, non determina alcuna “*disgregazione*” dell'a.t.i. costituenda che, secondo la disciplina dettata dall'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, trova sostegno, ai fini del perfezionamento degli adempimenti ivi

stabiliti, nel contratto stipulato il 14 gennaio 2011 fra MARSH s.p.a. e GPA s.p.a., che reca l'impegno a costituirsi in associazione temporanea e che non ha formato oggetto di alcuna contraria dichiarazione negoziale.

4.2. La fondatezza del motivo in ordine alla mancata osservanza del principio di pubblicità al momento dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica vizia in *toto* la procedura di gara fino all'atto di aggiudicazione.

Il carattere assorbente del motivi esime il collegio dalla disamina degli ulteriori motivi che investono le fasi di verifica dell'anomalia e di valutazione del merito delle offerte, nonché la nomina della commissione giudicatrice.

4.3. Quanto alla domanda risarcitoria, in esito al giudizio di primo grado essa ha trovato accoglimento nel limite del danno patrimoniale costituito dalle spese sostenute e documentate per la preparazione dell'offerta e la partecipazione alla procedura.

In sede di appello la soc. GPA insiste, con domanda formulata in via principale, per il ristoro in forma specifica del danno patito, con subentro nell'esecuzione del contratto. Lo strumento negoziale, invero, prevede l'espletamento del servizio di brokeraggio e consulenza assicurativa per la durata di tre anni.

Osserva il collegio che la pretesa della società appellante resta subordinata alla verifica dei presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato dalla stazione appaltante secondo i criteri indicati dall'art. 112 cod. proc. amm. ed,

in particolare, previa verifica della possibilità del ricorrente di subentrare nel contratto, e ciò *“nei casi un cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara”*.

Nella specie il vizio di legittimità della procedura concorsuale comporta la rinnovazione della gara e non emergono, allo stato, i presupposti in base ai quali la società appellante, in virtù del della pronuncia di annullamento, possa acquisire, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, la qualità di aggiudicataria alla luce dei vizi riscontrati, secondo quanto prescritto dall’art. 122 cod. proc. amm.

4.4. La domanda di risarcimento per equivalente non può avere ingresso poiché l’interesse di cui è stata riconosciuta la lesione attiene alla ripetizione della gara, in corretta osservanza delle norme di pubblicità delle relative fasi, al cui esito resta condizionata l’assunzione della qualità di aggiudicatario.

4.5. In parziale accoglimento dell’appello, quindi, la sentenza impugnata deve essere riformata nei limiti di cui al punto 4 della motivazione, mentre va confermato l’annullamento dell’intera gara con obbligo di rinnovo della procedura.

In relazione ai profili della controversia, spese ed onorari del giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) in definitiva pronunzia:

- dispone la riunione dei ricorsi n. 10396/2011 e n. 721/2012;
- respinge il ricorso. n. 10396/2011;

- accoglie il ricorso n. 721/2012 nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, conferma (rispetto alla decisione di primo grado) l'annullamento dell'intera gara;
- compensa fra le parti spese ed onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2012

IL SEGRETARIO

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