

Affidamento dei servizi assicurativi: la partecipazione, senza specifica riserva, ad una trattativa privata preclude l'incardinamento dell'interesse all'annullamento della procedura per motivi attinenti alla assenza delle condizioni legittimanti la scelta di tale metodo di contrattazione, od al difetto di motivazione circa la stessa scelta: la procedura di aggiudicazione a trattativa privata senza previo bando, in caso di offerte inappropriate in una precedente procedura aperta o ristretta ex art. 13 lett. a), d.lgs. n. 158 del 1995, non si configura come una semplice prosecuzione di una precedente procedura aperta o ristretta non andata a buon fine, ma come un procedimento del tutto autonomo, in cui la stazione appaltante "consulta i candidati di propria scelta e negozia con uno o più di essi le condizioni dell'appalto

Merita di essere segnalata la sentenza numero 873 del 13 giugno 2007 emessa dal Tar Toscana, Firenze per il seguente passaggio in essa contenuto:

<E' noto, infatti, che per pacifica giurisprudenza la partecipazione a trattativa privata senza formulazione di alcuna riserva in ordine all'impugnativa o di alcuna contestazione della sua legittimità costituisce comportamento acquiescente in quanto evidenzia chiaramente ed univocamente, la volontà di accettare la tipologia di gara scelta dall'amministrazione procedente>

nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici toscani inoltre:

<E' evidente, infatti, che nel caso in esame la lesione alla sfera giuridica dell'interessata non scaturisce da questa o quella clausola della lex specialis di gara, ma proprio dal metodo prescelto dalla Stazione appaltante per l'aggiudicazione del contratto, di guisa che la partecipazione alla successiva trattativa privata, dopo che l'Amministrazione aveva deciso di non procedere all'aggiudicazione, non può che implicare acquiescenza, da parte del soggetto che aveva partecipato alla pregressa gara pubblica, al provvedimento con il quale la stessa Amministrazione aveva preso atto dell'esito non soddisfacente del pubblico incanto

Nel caso di specie è incontestabile che la società ricorrente, dopo aver partecipato alla gara pubblica, abbia successivamente aderito all'invito della Stazione Appaltante. a partecipare alla trattativa privata, con ciò manifestando accettazione e adesione senza riserve al metodo di gara prescelto.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA In nome del Popolo Italiano
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA

- I^A SEZIONE -

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1921/05 proposto da COMPAGNIA ALFA –con sede in Roma, in persona del legale rappresentante, e da COMPAGNIA ALFA, Agenzia generale di Siena, con sede in Siena, in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv.ti Enrico De Martino e Domenico Iaria ed elettivamente domiciliate presso lo studio del secondo, in Firenze, via de' Rondinelli n. 2,

c o n t r o

TRA.IN s.p.a., con sede in Siena, in persona del legale rappresentante pro tempore, e TRA.IN SERVICE s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Alberto Bruni, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Firenze, via Lamarmora n. 14,

e nei confronti di

- COMPAGNIA BETA Assicurazioni s.p.a., con sede in Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
- gAMMA Assicurazioni s.p.a., con sede in Udine, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
- DELTA ASSICURAZIONI con sede in Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
- ZETA ASSICURAZIONI Tutela giudiziaria s.p.a. con sede in Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
- IPSILON Assicurazioni s.p.a., con sede in Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Consiglio d'amministrazione di Train s.p.a. del 14 settembre 2005;
- della nota del 16 settembre 2005 prot. n. 1907 con cui Train s.p.a. la ha informato la ricorrente di non voler procedere all'aggiudicazione della gara per l'appalto di servizi assicurativi di cui al bando dell'1 luglio 2005;
- del provvedimento del Consiglio d'amministrazione di Train s.p.a. del 17 ottobre 2005 con cui è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto ad altre imprese;
- della nota del 21 ottobre 2005 prot. n. 2073 con cui si comunica alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione a favore di soggetti terzi;
- di tutti gli atti presupposti, consequenziali o connessi e, in particolare: a) del bando di gara e norme integrative pubblicato sulla GUCE S130 dell'8 luglio 2005; b) delle norme integrative e capitolati regolanti la gara informale a trattativa privata per l'affidamento dei servizi assicurativi; c) delle note del 6 ottobre 2005 prot. 2006 con le quali Train chiede all'COMPAGNIA ALFA di far pervenire offerte migliorative.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visto il ricorso per motivi aggiunti notificato il 26 febbraio 2007;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 9 maggio 2007, il dott. Bernardo Massari;

Uditi, altresì, per le parti i rispettivi patrocinatori, come riportati nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando pubblicato sul supplemento della Gazzetta ufficiale delle comunità europee dell'8 luglio 2005 le società Train s.p.a. e Train Service s.p.a. hanno indetto una gara per la fornitura di servizi assicurativi per la copertura biennale dei rischi relativi ai trasporti gestiti dalle medesime, per un valore complessivo, a base d'asta, di € 1.168.000,00, da aggiudicarsi in base alle previsioni dell'articolo 24, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 158/1995.

Nel bando e nelle norme integrative ad esso allegate veniva specificato che le offerte "dovranno essere effettuate prevedendo una commissione a favore del broker" della cui assistenza l'Ente si avvale. Veniva, altresì, precisato che la Stazione appaltante avrebbe proceduto all'affidamento del contratto anche in presenza di una sola offerta valida.

La società ricorrente presentava la propria offerta unitamente ad altri concorrenti.

Nella seduta del 7 settembre 2005 si riuniva la Commissione di gara e, verificata la regolarità formale delle offerte, procedeva l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche articolate in più lotti, come prescritto dal bando.

La Commissione, rilevata l'esistenza di sensibili divergenze tra le proposte presentate e che solo COMPAGNIA ALFA aveva avanzato un'offerta per tutti i lotti e ritenuto che l'offerta da questa presentata relativa al lotto di consistenza economica più rilevante (lotto 1 RCA auto) "si configura per un valore enormemente superiore rispetto al premio di polizza in atto, peraltro stipulato con la medesima Compagnia, ovvero 807.648,00 (offerti) a fronte degli attuali 457.568,00, ovvero con un incremento del 76, 51%", prospettava al Consiglio di amministrazione di non procedere all'aggiudicazione della gara.

Conseguentemente, con provvedimento del 14 settembre 2005 il Consiglio d'amministrazione di Train decideva di non procedere all'affidamento del contratto per i servizi oggetto del pubblico incanto e di indire una trattativa privata per l'assegnazione degli stessi servizi.

Con lettera raccomandata del 16 settembre 2005 la società COMPAGNIA ALFA veniva invitata a partecipare alla trattativa privata, chiarendosi che si sarebbe trattato di una trattativa attraverso gara informale effettuata con il criterio dell'aggiudicazione al prezzo più basso, senza pubblicazione del bando di gara, e specificando che l'amministrazione "potrà prendere in considerazione anche modifiche di carattere non sostanziale delle norme dei capitolati di polizza che andranno esplicitate in calce all'offerta economica".

Con lettera del 10 ottobre 2005 la società COMPAGNIA ALFA presentava una nuova offerta relativa alla gara informale.

Tuttavia, anche per tale gara informale l'Amministrazione intimata decideva di non procedere all'affidamento e, con lettere del 6 ottobre 2005 prot. 2006 e 2007, decideva di invitare la ricorrente e le altre ditte a far pervenire nuove offerte migliorative.

Pur esprimendo perplessità in ordine alla procedura seguita, la società ricorrente accettava comunque l'invito e confermava le offerte già inviate.

Con lettera del 21 ottobre 2005 l'Amministrazione comunicava che il consiglio d'amministrazione nella seduta del 17 ottobre 2005 aveva aggiudicato l'appalto ad altre imprese.

Contro tale atto ricorrono le società in intestazione chiedendone l'annullamento, con vittoria di spese e deducendo i motivi che seguono:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 158/1995. Violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di gare pubbliche con particolare riferimento alla par condicio dei partecipanti. Eccesso di potere per carenza di motivazione, erroneità dei presupposti, illogicità e contraddittorietà.

2. Violazione e falsa applicazione dei principi di cui alla legge n. 792/1984 e in particolare dell'articolo 1. Sviamento di potere. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta.

3. Violazione e falsa applicazione della lex specialis contenuta nel bando di gara per la trattativa privata di cui alla nota prot. 1907 del 16 settembre 2005. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 13 del d.lgs. n. 158/1995. Sviamento di potere. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta.

4. Risarcimento del danno.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata opponendosi all'accoglimento del gravame.

Successivamente alla produzione di nuovi documenti da parte dell'Amministrazione intimata, la parte ricorrente, ulteriormente deducendo in ordine a quanto già argomentato nel ricorso introduttivo, ha avanzato attraverso motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati, le seguenti censure:

5. Violazione e falsa applicazione della lex specialis contenuta nel bando di gara per la trattativa privata di cui alla nota prot. 1907 del 16 settembre 2005. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 13 del d.lgs. n. 158/1995. Sviamento di potere. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta.

Alla pubblica udienza del 9 maggio 2007 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame viene impugnato il provvedimento con il quale Consiglio d'amministrazione di Train s.p.a., società per la gestione del trasporto della Provincia di Siena, ha aggiudicato il contratto per l'appalto di servizi assicurativi di cui al bando dell'1 luglio 2005, nonché lo stesso bando di gara e le norme integrative e capitolati regolanti la successiva gara informale a trattativa privata per l'affidamento dei servizi medesimi.

Il ricorso non può essere accolto.

La parte ricorrente si duole, con il primo mezzo d'impugnazione, che la Stazione appaltante abbia illegittimamente fatto ricorso, per l'affidamento del contratto di cui trattasi, alla trattativa privata, sia pure attraverso gara informale, con ciò violando i principi generali in materia di gare pubbliche e più specificatamente, l'art. 13 del d.lgs. n. 158/1995 che, nell'ambito dei c.d. settori esclusi, regola le fattispecie in cui tale procedura è ammessa.

La tesi, anche alla luce all'eccezione di inammissibilità di controparte, non può essere seguita.

E' noto, infatti, che per pacifica giurisprudenza la partecipazione a trattativa privata senza formulazione di alcuna riserva in ordine all'impugnativa o di alcuna contestazione della sua legittimità costituisce comportamento acquiescente in quanto evidenzia chiaramente ed univocamente, la volontà di accettare la tipologia di gara scelta dall'amministrazione precedente (T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 21 marzo 2006 n. 926 e 5 gennaio 2005, n. 4; T.A.R. Molise, 29 ottobre 2004, n. 640; T.A.R. Piemonte, sez. II, 11 ottobre 2004, n. 2194; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 22 giugno 2004, n. 360; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 23 febbraio 2004, n. 1637; T.A.R. Toscana, Sez. I, 15 aprile 2003, n. 1456; T.A.R. Liguria, Sez. II, 29 agosto 2001, n. 899).

Invero, la partecipazione, senza specifica riserva, ad una trattativa privata preclude l'incardinamento dell'interesse all'annullamento della procedura per motivi attinenti alla assenza delle condizioni legittimanti la scelta di tale metodo di contrattazione, od al difetto di motivazione circa la stessa scelta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6072).

Per tali ragioni, non hanno pregio le considerazioni difensive della parte ricorrente secondo le quali non sussisterebbe alcun onere di immediata impugnazione del bando, se non nei casi in cui le clausole che si intendono contestare abbiano carattere immediatamente lesivo.

E' evidente, infatti, che nel caso in esame la lesione alla sfera giuridica dell'interessata non scaturisce da questa o quella clausola della lex specialis di gara, ma proprio dal metodo prescelto dalla Stazione appaltante per l'aggiudicazione del contratto, di guisa che la partecipazione alla successiva trattativa privata, dopo che l'Amministrazione aveva deciso di non procedere all'aggiudicazione, non può che implicare acquiescenza, da parte del soggetto che aveva partecipato alla pregressa gara pubblica, al provvedimento con il quale la stessa Amministrazione aveva preso atto dell'esito non soddisfacente del pubblico incanto (cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6746).

Nel caso di specie è incontestabile che la società ricorrente, dopo aver partecipato alla gara pubblica, abbia successivamente aderito all'invito di Train s.p.a. a partecipare alla trattativa privata, con ciò manifestando accettazione e adesione senza riserve al metodo di gara prescelto.

D'altro canto, per completezza d'argomentazione, occorre rilevare che su ben 5 dei lotti posti a gara era stata presentata una sola offerta e per due lotti due sole offerte, mentre per il lotto 1 (RCA auto), cioè quello di preponderante rilievo vi era agli atti solo l'offerta COMPAGNIA ALFA che recava un aumento del 76,51% rispetto al premio della polizza in essere, circostanze che appaiono legittimamente sorreggere, in relazione ai principi del buon andamento e della imparzialità, la scelta dell'Amministrazione di non procedere all'aggiudicazione e di utilizzare il metodo della trattativa privata.

Con il secondo motivo le ricorrenti lamentano l'illegittimità della clausola della lex specialis di gara che impone alle imprese concorrenti di prevedere una commissione in favore di un broker di fiducia

dell'Amministrazione, prescrizione asseritamente contrastante con i principi di cui alla direttiva CEE 77/92.

Anche per tale doglianza, in relazione a quanto appena detto, appare evidente il difetto di interesse delle ricorrenti, atteso che la clausola in questione viene pretermessa dall'indizione della trattativa privata.

Il terzo motivo di gravame deve essere letto congiuntamente ai motivi aggiunti, specificamente rivolti a contestare la legittimità dell'affidamento del contratto in esito ad una procedura negoziata per la quale sarebbero intervenute, da parte delle imprese aggiudicatarie sostanziali modificazioni delle norme dei capitolati di polizza, in violazione di quanto disposto dall'art. 13 del d.lgs. n. 158/1995.

Stabilisce, infatti, tale norma che "Gli appalti disciplinati dal presente decreto possono essere affidati mediante procedura negoziata, senza pubblicazione preventiva di un bando, nei seguenti casi: a) quando in risposta ad una procedura con indizione di una gara non siano pervenute offerte appropriate, semprechè le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente".

La censura delle ricorrenti si appunta, in particolare, sull'aggiudicazione del lotto n. 6 (RCT/O) in favore della controinteressata beta Assicurazioni s.p.a. per il quale i limiti di risarcimento, per sinistro e per anno, sono stati fissati ed accettati in € 250.000,00, anziché € 500.000,00, come indicato nell'originario capitolato di gara.

La censura, anche a prescindere dall'eccezione di irricevibilità avanzata da controparte, non coglie nel segno.

Preliminarmente deve osservarsi che la procedura di aggiudicazione a trattativa privata senza previo bando, in caso di offerte inappropriate in una precedente procedura aperta o ristretta ex art. 13 lett. a), d.lgs. n. 158 del 1995, non si configura come una semplice prosecuzione di una precedente procedura aperta o ristretta non andata a buon fine, ma come un procedimento del tutto autonomo, in cui la stazione appaltante "consulta i candidati di propria scelta e negozia con uno o più di essi le condizioni dell'appalto" (Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018).

Deve, altresì, rilevarsi, ai fini della comprensione dei termini della questione che il rischio in questione si sostanzia nei possibili danni da inquinamento di acqua, aria o suolo, a seguito di rottura di impianti o condutture, provocati a terzi o ai prestatori di lavoro.

Va inoltre messo in evidenza da un lato che la riduzione del massimale assicurativo concerne solo un sottolimito di risarcimento interno all'insieme delle garanzie assicurative, trattandosi della garanzia per i rischi sopra elencati, e per i quali mentre è rimasto fermo il limite per sinistro, pari a € 250.000,00, è stato ridotto solo il massimale per anno; dall'altro che tale riduzione, secondo una valutazione discrezionale tecnica della Commissione, è stata ritenuta giustificata in relazione alla ridotta probabilità di accadimento (in effetti mai verificatosi in passato) di tale tipo di sinistro, tenuto conto dell'attività svolta dall'azienda.

Da ultimo non può non rilevarsi che gli importi a base della gara informale erano i medesimi di quelli previsti nel capitolato della gara pubblica, mentre la riduzione contestata dalle ricorrenti è stata operata solo successivamente, a seguito della trattativa posta in essere con ciascun concorrente dopo la fase della comparazione delle offerte.

In conclusione, non pare che possa affermarsi che la Commissione abbia esorbitato dai limiti posti, come si è visto, dall'art. 13 del d.lgs. n. 158/1995.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere in parte dichiarato inammissibile e in parte rigettato.

Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I^a, definitivamente pronunciando, in parte dichiara inammissibile e in parte respinge il ricorso in epigrafe

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Firenze, il 9 maggio 2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

dott. Saverio ROMANO - Presidente f.f.

dott. Eleonora DI SANTO - Consigliere

dott. Bernardo MASSARI - Consigliere, est.

F.to Saverio Romano

F.to Bernardo Massari

F.to Mario Uffreduzzi - Direttore della Segreteria

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 13 GIUGNO 2007

Firenze, lì 13 GIUGNO 2007

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

F.to Mario Uffreduzzi

m.p.

/ 13

Ric. n. 1921/05