

Appalto per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo: è illegittima una clausola del bando che preveda che la documentazione relativa sia all'offerta tecnica, sia all'offerta economica, sia inserita, dai concorrenti, in un unico plico in quanto, la misura delle commissioni pretese dalle Compagnie assicuratrici individuate dal cd. "broker", non pare indifferente sotto il profilo economico, attesi i suoi inevitabili riflessi sul bilancio della stazione appaltante, onde ne risulta confermato che la relativa offerta deve essere tenuta rigorosamente distinta da quella, concernente il merito tecnico vero e proprio

Il Tar Napoli, con la sentenza numero 6603 del 10 luglio 2007 non si trova assolutamente d'accordo con la stesi di un'amministrazione pubblica, secondo la quale, per un affidamento di brogkeraggio assicurativo, le offerte tecniche e quelle economiche possono essere presentante in un'unica busta sulla base del fatto che

< il bando di gara/capitolato speciale non conteneva prescrizioni immediatamente lesive per la società ricorrente, nonché chiedendo che il ricorso – e la pedissequa richiesta di risarcimento del danno - fossero respinti nel merito, poiché trattandosi – per la particolarità del servizio richiesto – di un appalto non oneroso – e poiché le eventuali competenze professionali spettanti al cd. "broker" prescelto sarebbero state, in toto, a carico delle compagnie assicuratrici interessate, anche quelle che impropriamente erano state qualificate come "offerte economiche" erano, in realtà, null'altro che elementi tecnici di valutazione; di conseguenza, infondata si presentava anche la censura, impingente nella valutazione delle offerte tecniche in seduta privata;>

L'adito giudice ci insegna invece che:

< la conseguente inevitabile commistione tra elementi tecnici ed economici dell'offerta è in contrasto con un principio generale del settore delle gare pubbliche, di recente riaffermato dalla Sezione: "Deve ritenersi illegittimo l'operato di una Commissione di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico che ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche ed alla relativa assegnazione del punteggio, prima di valutare e giudicare gli elementi tecnici dell'offerta. Tale circostanza costituisce palese violazione del principio generale di trasparenza e par condicio, atteso che la previa conoscenza dei contenuti economici dell'offerta è idonea di per sé a indurre il sospetto che la successiva valutazione degli aspetti tecnici condizionare la neutralità e la serenità del giudizio dell'organo di gara, senza che di tanto si debba dare concreta dimostrazione da parte dell'impresa"

che non può valere a modificare tale conclusione la circostanza della particolare natura dell'appalto in oggetto (cd. "brokeraggio" assicurativo), che essendo, per sua natura, un appalto non oneroso non richiederebbe la formulazione di vere e proprie offerte economiche, riguardando anche le cd. offerte economiche, in definitiva, aspetti concernenti il merito tecnico, onde nessuna violazione del suindicato principio generale si sarebbe verificato nella specie;

che in contrario deve osservarsi come l'offerta economica, in particolare, consista, secondo la lex specialis di gara, nelle commissioni poste a carico dalle Compagnie sulle polizze non R.C.A. e sulle polizze R.C.A., prevedenti una serie di punteggi decrescenti (rispettivamente da 15 a 0 e da 5 a 0) al crescere di tali commissioni;>

L'emarginata sentenza merita inoltre di essere segnalata per il seguente passaggio:

< che non v'è alcuna ragione di disporre il risarcimento del danno per equivalente, richiesto dalla società ricorrente, posto che la gara non s'è ancora svolta e che pertanto la stessa società mantiene intatte le sue chances di partecipare alla medesima ed eventualmente d'aggiudicarsela, ferma

rimanendo, ovviamente, la necessità che l'Amministrazione provveda ad emendare il bando dai vizi di legittimità rilevati dal Collegio (cfr., in giurisprudenza, T.A.R. Emilia – Romagna – Bologna, sez. II, 28.11.2002, n. 1798: “Va respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, ove l'interesse leso possa ritenersi reintegrato in forma specifica attraverso l'annullamento degli atti viziati e la ripetizione della procedura in modo conforme ai canoni di legittimità individuati dal giudice”); >

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DELLA CAMPANIA – NAPOLI PRIMA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 972/2007, proposto da:

- DITTA ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Marcello Fortunato, con domicilio eletto in Napoli alla via Duomo 81, presso lo studio dell'avv. Biagio Matera;

contro

Azienda Sanitaria Locale Napoli 3, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Visani, con domicilio eletto in Napoli alla piazza Municipio, 64, presso la sede del T.A.R. adito;

per l'annullamento

- a) del bando di gara /capitolato speciale d'appalto, pubblicato in data 31.01.2007, con il quale l'A.S.L. Napoli 3 di Frattamaggiore, nell'indire l'avviso di asta pubblica “per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo per il periodo di anni 3”:

- all'art. 5, ha previsto l'inserimento sia dell'offerta tecnica che di quella economica nella stessa busta;

- all'art. 6, ha disciplinato l'iter di svolgimento della gara ed, in particolare, ha previsto l'espletamento dell'intera procedura di valutazione delle offerte (ivi compresa quella economica), in seduta segreta;

b) di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per il risarcimento

ai sensi dell'art. 35 d. l.vo 80/98 e 7 l. n. 1034/71, come modificati dall'art. 7 della l. 205/2000, di tutti i danni comunque connessi all'illegittima adozione dei provvedimenti impugnati;

Visti gli atti ed i documenti depositati con il ricorso;

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

Viste le memorie, depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Udito, all'udienza del 23 maggio 2007, il relatore, Primo Ref. Paolo Severini;

Uditi altresì i difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO E DIRITTO

Rilevato, relativamente al ricorso in epigrafe:

che la società ricorrente, premesso che l'A. S. L. Napoli 3 – con bando di gara e relativo capitolato, pubblicati in data 31.01.2007 – aveva indetto un avviso d'asta pubblica “per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo per il periodo di anni tre” e che, tuttavia, il bando era inficiato da numerosi profili d'illegittimità, ha impugnato gli atti, specificati in epigrafe, avverso cui ha articolato le seguenti censure: 1) Violazione di legge (artt. 3 e 83 del d. l.vo n. 163/2006, art. 97 Cost.); Violazione dei principi in tema di valutazione delle offerte e di pubblicità delle sedute di gara; Eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria, disparità di trattamento, erroneità e sviamento; Violazione del giusto procedimento: in difformità dalle disposizioni legislative regolanti la materia, il bando aveva previsto che la documentazione relativa sia all'offerta tecnica, sia all'offerta economica, fosse inserita, dai concorrenti, in un unico plico; 2) Violazione di legge (artt. 3 e 83 del d. l.vo n. 163/2006, art. 97 Cost.); Violazione dei principi in tema di valutazione delle offerte e di pubblicità delle sedute di gara; Eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria, disparità di trattamento, erroneità e sviamento; Violazione del giusto procedimento: nonostante la decisività del motivo precedente, la società ricorrente ulteriormente rilevava come il bando illegittimamente prevedesse che la valutazione delle offerte doveva svolgersi in seduta privata, a differenza dell'esame della documentazione amministrativa che si sarebbe svolto in seduta pubblica;

che l'A.S.L. Napoli 3 di Frattamaggiore s'è costituita in giudizio, eccependo l'improcedibilità del ricorso, poiché il bando di gara/capitolato speciale non conteneva prescrizioni immediatamente lesive per la società ricorrente, nonché chiedendo che il ricorso – e la pedissequa richiesta di risarcimento del danno - fossero respinti nel merito, poiché trattandosi – per la particolarità del servizio richiesto – di un appalto non oneroso – e poiché le eventuali competenze professionali spettanti al cd. “broker” prescelto sarebbero state, in toto, a carico delle compagnie assicuratrici interessate, anche quelle che impropriamente erano state qualificate come “offerte economiche” erano, in realtà, null'altro che elementi tecnici di valutazione; di conseguenza, infondata si presentava anche la censura, impingente nella valutazione delle offerte tecniche in seduta privata;

che con ordinanza, emessa all'esito della camera di consiglio del 7 marzo 2007, la Sezione, visto l'art. 23 bis l. 1034/1971; considerato che pareva condivisibile – pur considerate le peculiarità della gara in oggetto – la doglianza fondata sul principio di necessaria separazione dell'offerta tecnica da quella economica, rilevato che sussistevano i presupposti per la misura della fissazione abbreviata della data di discussione nel merito del ricorso e che ricorrevano, nella fattispecie, le ragioni di estrema gravità ed urgenza che, ai sensi del comma 5 dell'art. 23 bis citato, consentivano l'assunzione di misure cautelari interinali; ha accolto la domanda cautelare ed ha fissato, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 23 maggio 2007;

che in data 17.05.07 la difesa della società ricorrente ha depositato memoria difensiva riepilogativa, mentre all'udienza del 23 maggio 2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione;

che va respinta la preliminare eccezione d'improcedibilità del ricorso, sollevata dalla difesa dell'Azienda Sanitaria resistente; tale eccezione, fondata sull'asserita non lesività, nei confronti della ricorrente, delle censurate clausole della lex specialis di gara, le quali non sarebbero state tali da rendere più difficoltosa la partecipazione alla procedura selettiva in esame, è priva di pregio, in considerazione del condivisibile orientamento della giurisprudenza, secondo il quale: "La lesione effettiva, concreta ed attuale dell'interesse giuridicamente rilevante dell'impresa che intende partecipare ad una gara e che legittima l'immediata impugnativa del bando, non è necessariamente connessa alla presenza di clausole comportanti la sua inevitabile esclusione dalla selezione; essa può, infatti, consistere anche nella concreta impossibilità per l'impresa stessa di formulare un'offerta consapevole a causa dell'oggettiva indeterminatezza dell'oggetto del contratto o della illogicità e, conseguente inapplicabilità dei criteri selettivi previsti dal bando. Ciò si verifica allorché l'interesse dell'impresa all'effettiva partecipazione alla gara in posizione di uguaglianza con gli altri concorrenti viene immediatamente e irrimediabilmente leso proprio dal bando di gara e dalla lettera d'invito contenenti disposizioni che impediscono di comprendere e valutare con sufficiente precisione l'entità delle prestazioni da offrire e gli oneri economici connessi, ovvero impongono requisiti di partecipazione non necessari o prevedono criteri di valutazione incongrui e fonte d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta" (T.A.R. Lazio Latina, 19 maggio 2000, n. 361 – nello stesso senso, di recente, v. anche T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 25 ottobre 2004, n. 7451);

che, analogamente, è stato anche rilevato che: "In sede di gara d'appalto, qualora il bando che ne costituisce la lex specialis presenti caratteristiche tali da rendere oggettivamente difficoltosa una esatta ponderazione della offerta, esso assume carattere immediatamente lesivo della sfera delle possibili candidate, venendo a costituire, pertanto, oggetto di legittima impugnativa da parte delle stesse" (C. d. S., Sez. V, 7 settembre 2001, n. 4679);

che, passando al merito della controversia, nella specie, per effetto delle disposizioni degli artt. 3 ("Criteri di valutazione delle offerte") e 5 ("Presentazione dell'offerta") del bando di gara/capitolato speciale d'appalto licenziato dalla stazione appaltante, all'interno della stessa busta – recante, all'esterno, la dicitura: "Offerta per il servizio di brokeraggio assicurativo" – doveva essere inserita "tutta la documentazione tecnica di cui all'art. 3 del presente capitolato", e pertanto anche l'offerta economica (punto 2 dell'art. 3 del bando/capitolato in questione);

che la conseguente inevitabile commistione tra elementi tecnici ed economici dell'offerta è in contrasto con un principio generale del settore delle gare pubbliche, di recente riaffermato dalla Sezione: "Deve ritenersi illegittimo l'operato di una Commissione di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico che ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche ed alla relativa assegnazione del punteggio, prima di valutare e giudicare gli elementi tecnici dell'offerta. Tale circostanza costituisce palese violazione del principio generale di trasparenza e par condicio, atteso che la previa conoscenza dei contenuti economici dell'offerta è idonea di per sé a indurre il sospetto che la successiva valutazione degli aspetti tecnici condizionare la neutralità e la serenità del giudizio dell'organo di gara, senza che di tanto si debba dare concreta dimostrazione da parte dell'impresa" (T.A.R. Campania Napoli, I Sezione, 13.12.2006 n. 10511; già in precedenza T.A.R. Campania Napoli, I Sezione, 31.05.2006 n. 7089; Consiglio di Stato, V Sezione, 10.04.2002 n. 1972);

che non può valere a modificare tale conclusione la circostanza della particolare natura dell'appalto in oggetto (cd. "brokeraggio" assicurativo), che essendo, per sua natura, un appalto non oneroso non richiederebbe la formulazione di vere e proprie offerte economiche, riguardando anche le cd. offerte economiche, in definitiva, aspetti concernenti il merito tecnico, onde nessuna violazione del suindicato principio generale si sarebbe verificato nella specie;

che in contrario deve osservarsi come l'offerta economica, in particolare, consista, secondo la lex specialis di gara, nelle commissioni poste a carico dalle Compagnie sulle polizze non R.C.A. e sulle

polizze R.C.A., prevedenti una serie di punteggi decrescenti (rispettivamente da 15 a 0 e da 5 a 0) al crescere di tali commissioni;
che nell'art. 1 del bando/capitolato in esame (intitolato: "Descrizione del servizio") si prevede che rientri nell'oggetto dell'appalto, tra le altre attività, quella di "gestione amministrativa delle polizze, compreso l'incasso dei premi e relativa rimessa alle Compagnie";
che pertanto la misura delle commissioni pretese dalle Compagnie assicuratrici individuate dal cd. "broker", non pare indifferente sotto il profilo economico, attesi i suoi inevitabili riflessi sul bilancio della stazione appaltante, onde ne risulta confermato che la relativa offerta doveva essere tenuta rigorosamente distinta da quella, concernente il merito tecnico vero e proprio;
che la fondatezza di tale censura ha carattere assorbente e determina l'accoglimento del ricorso;
che non v'è alcuna ragione di disporre il risarcimento del danno per equivalente, richiesto dalla società ricorrente, posto che la gara non s'è ancora svolta e che pertanto la stessa società mantiene intatte le sue chances di partecipare alla medesima ed eventualmente d'aggiudicarsela, ferma rimanendo, ovviamente, la necessità che l'Amministrazione provveda ad emendare il bando dai vizi di legittimità rilevati dal Collegio (cfr., in giurisprudenza, T.A.R. Emilia – Romagna – Bologna, sez. II, 28.11.2002, n. 1798: "Va respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, ove l'interesse leso possa ritenersi reintegrato in forma specifica attraverso l'annullamento degli atti viziati e la ripetizione della procedura in modo conforme ai canoni di legittimità individuati dal giudice");
che sussistono giustificati motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.
P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Prima, accoglie il ricorso in epigrafe (n. 972/2007), e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato;

respinge la domanda di risarcimento del danno per equivalente, avanzata dalla società ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso, in Napoli, nella Camera di Consiglio del 23 maggio 2007.

Il Presidente

(dott. Antonio Guida)

L'estensore

(dott. Paolo Severini)