



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1645 del 2018, proposto da Generali Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC indicata nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia;

contro

Comune di Palermo, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Lauria, con domicilio digitale come da PEC indicata nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia;

nei confronti

Lloyd'S - Rappresentante Generale per L'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Rossitto, con domicilio digitale come da PEC indicata nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 412 del 20 luglio 2018 del Dirigente dell'Ufficio gare - affidamenti servizi del Comune di Palermo - di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione del servizio di copertura assicurativa triennale di RCT e RCTO verso

terzi e dipendenti in favore di Lloyd's Rappresentante Generale per l'Italia in nome e per conto del Sindacato Leader XL Catlin;

- della determinazione dirigenziale n. 476 del 5 settembre 2018 del Dirigente dell'Ufficio gare affidamenti servizi del Comune di Palermo di presa d'atto del possesso in capo alla Ditta aggiudicataria LLOYD'S Rappresentante Generale per l'Italia in nome e per conto del Sindacato XI Catlin dei requisiti di partecipazione per la partecipazione alla procedura aperta relativa all'affidamento del servizio di copertura assicurativa triennale di RCT e RCO verso terzi e dipendenti e di dichiarazione dell'efficacia dell'aggiudicazione a favore della predetta ditta;

- della nota del 10 agosto 2018 di rigetto dell'istanza di Generali Italia s.p.a di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione;

- del verbale n. 5 del 12 luglio 2018, nella parte in cui ha ritenuto infondate le censure di Generali alla partecipazione di Lloyd's, ha annullato in autotutela l'esclusione già disposta dell'offerta di Lloyd's ed ha proposto l'aggiudicazione della gara al contro interessato;

- della decisione di cui al verbale di gara n. 2 di ritenere assolto il soccorso istruttorio disposto rispetto alla dichiarazione presentata da Lloyd's sulla gestione dei sinistri;

- della determina n. 344 del 14 giugno 2018 nella parte in cui, esaminata la documentazione amministrativa, ha ammesso alla gara Lloyd's - Rappresentante Generale per l'Italia.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e della società Lloyd'S;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2018 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 7 settembre 2018, e depositato il successivo 13 settembre, la società ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe articolando le censure di: I. Violazione del bando di gara (art. 17.A.3.c) - Violazione dell'art. 109 del D. Lgs 7

settembre 2005, n. 209 - Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria; II. Violazione del bando di gara (art. 17.A.3b) - Violazione e falsa applicazione dell'art. 105 del D.Lgs. 18.4.2016, n. 50 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 18.4.2016, n. 50 - Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria; III. Violazione del bando di gara - Violazione del principio di riconducibilità dell'offerta alla gara - Violazione della par condicio, dei principi di trasparenza ed imparzialità.

Sostiene la ricorrente che erroneamente la commissione della gara per cui è causa non ha disposto l'esclusione della controinteressata da detta gara, benchè la sua offerta non contenga le indicazioni richieste al punto 17.A.3.b e al punto 17.A.3.c del bando, e la stessa offerta sia stata espressamente riferita ad altra gara.

Si sono costituiti il comune di Palermo e la società controinteressata che, con rispettive memorie, hanno replicato alle argomentazioni sviluppate in ricorso, chiedendone il rigetto.

Con diversi scritti difensivi le parti in causa hanno ulteriormente illustrato le rispettive posizioni e, dopo diffusa discussione dei procuratori delle parti, alla pubblica udienza fissata per la sua discussione, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato alla stregua di quanto verrà precisato.

In primo luogo appare utile precisare che la presente controversia non rientra nel perimetro individuato dal comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., espressamente diretto a regolare le controversie relative a provvedimenti di esclusione o ammissione a gare “*all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*”; mentre la presente controversia attiene alla completezza e congruità delle dichiarazioni rese dalla controinteressata all'interno dell'offerta presentata.

Ciò considerato, il collegio ritiene il ricorso fondato in ragione della fondatezza del secondo e del terzo motivo, che devono essere separatamente esaminati, individuando autonomi motivi di esclusione.

Sostiene parte ricorrente, con il secondo motivo di ricorso, che la controinteressata non avrebbe reso congrue dichiarazioni in relazione a quanto richiesto al punto 17.A.3.b del bando di gara.

La censura è fondata.

In merito replica la Lloyd's che le dichiarazioni rese sul punto sarebbero adeguate, in considerazione del disposto dell'art. 105, comma 3, lett. *c-bis* del D.Lgs n. 50/2016; e su analoghi presupposti sembra muoversi l'ordinanza cautelare resa dal C.G.A. in relazione alla presente controversia.

Il collegio non condivide tale ricostruzione.

In primo luogo la norma che viene in considerazione deve essere adeguatamente interpretata alla luce del centrale e fondante principio, valevole in materia di appalti pubblici, in ragione del quale le attività oggetto di appalto devono, in linea di principio, essere eseguite dal soggetto che risulta aggiudicatario delle stesse, con le eccezioni, e le correlate cautele, espressamente previste per legge.

Su tali coordinate, ritiene il collegio che *le prestazioni* a cui fa riferimento la lett *c-bis* del comma 3 dell'art. 105 in questione, debbano essere limitate ad attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto; diversamente opinando sarebbe talmente vistosa la deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in assenza di alcuna forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto, che non potrebbe non dubitarsi seriamente della congruenza della norma con le disposizioni comunitarie e financo costituzionali incidenti sulla materia.

Ciò premesso, seppur è indiscutibile che l'attività propria di un ispettorato sinistri, nell'ambito di un contratto assicurativo, non esaurisce l'intero oggetto del contratto, è altrettanto vero che ne costituisce una frazione rilevante e ineliminabile, costituendo pertanto essa stessa parte della prestazione richiesta.

Correttamente ricostruita e qualificata, ritiene pertanto il collegio che l'attività propria dell'ispettorato sinistri, nell'ambito di un contratto di assicurazione, non possa farsi rientrare tra le prestazioni di cui alla lett. *c-bis* comma 3 dell'art. 105 del D.Lgs n. 50/2016.

Peraltro anche diversamente opinando, e attribuendo alla norma che viene in rilievo un più ampio spettro, tale da ricomprendere anche l'attività propria di un ispettorato sinistri, in un contratto assicurativo, la dichiarazione resa dalla controinteressata nella vicenda in questione non sarebbe egualmente rispondente a quanto richiesto dal punto 17.A.3.b del bando.

Quest'ultima disposizione impone ai partecipanti alla gara di dichiarare di avere nel territorio del Comune di Palermo un ispettorato sinistri o di impegnarsi, in caso di aggiudicazione, ad istituirne uno.

Prescindendo dal fatto che tale disposizione conferma il ruolo assolutamente centrale dell'attività dell'ispettorato sinistri, nell'ambito delle prestazioni richieste - con tutto ciò che ne deriva in termini di obbligo dell'aggiudicatario di eseguire direttamente la relativa prestazione - rileva il collegio che, quand'anche si ritenga ad essa applicabile la lett. *c-bis* comma 3 dell'art. 105 del D.Lgs n. 50/2016, la dichiarazione da rendere avrebbe dovuto chiarire che il concorrente si impegna a aprire un ispettorato sinistri nel territorio del Comune di Palermo tramite un soggetto con il quale ha già in atto un contratto relativo a tale prestazione.

Si conviene con la controinteressata che, nella fase dell'offerta, non avrebbe dovuto provare la sussistenza di tale rapporto (la norma prevede espressamente che vadano verificati al momento della stipula del contratto), ma avrebbe dovuto quanto meno dichiararne l'esistenza, condizione comunque indispensabile per potersi avvalere delle prestazioni rese da terzi, ai sensi della lett. *c-bis* comma 3 dell'art. 105 del D.Lgs n. 50/2016.

Invece la controinteressata, nella dichiarazione resa, fa espresso riferimento non ad accordi già in essere, ma ad accordi che dovranno essere stipulati, escludendo in radice - e a prescindere dai già rilevati dubbi sulla ricostruzione sistematica della norma - di potersi avvalere dalla previsione di cui alla lett. *c-bis* comma 3 dell'art. 105 del D.Lgs n. 50/2016.

Da ultimo, per completezza, è opportuno fare un riferimento alla sentenza del T.A.R. Lazio n. 10853/2018, prodotta dalla difesa della controinteressata, in occasione dell'udienza pubblica di discussione, a supporto delle sue tesi difensive.

La sinteticità della sua motivazione (in quanto resa ai sensi dell'art. 74 c.p.a.) non consente di verificare se gli atti del procedimento concorsuale a cui si riferisce, e le censure articolate in quel giudizio, siano o meno perfettamente sovrapponibili a quelle relative alla presente controversia; in ogni caso, anche qualora sia così, ne conseguirebbe soltanto che il collegio non condivide le conclusioni alle quali è giunto il T.A.R. del Lazio, per le ragioni che si sono sopra esplicitate.

Ritiene in conclusione il collegio che il secondo motivo di ricorso è fondato, in quanto la commissione avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla gara per cui è causa, per non avere reso una dichiarazione conforme a quanto richiesto dal punto 17.A.3.b del bando.

E' anche fondato il terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente deduce che la controinteressata sarebbe comunque dovuta essere esclusa dalla gara, per avere indicato, in sede di offerta, un oggetto, un numero CIG e un importo a base d'asta diversi da quelli indicati nel bando di gara.

Ritiene in merito il collegio che tali incontestati errori dell'offerta avrebbero inevitabilmente dovuto determinare la sua esclusione dalla gara, in quanto idonei a compromettere l'impegno che deve assumere un partecipante a una gara, attraverso la presentazione di un'offerta, atto che questa ha un rilievo anche civilistico.

La questione non è se gli errori in cui è incorsa la controinteressata fossero o meno agevolmente riconoscibili, ma che, in conseguenza di tali errori, seppur agevolmente riconoscibili, manca l'impegno, che deve assumere un partecipante a una gara pubblica, a rispettare le condizioni proposte, pena l'esposizione a sanzioni civili.

In definitiva l'amministrazione, pur riconoscendo l'errore commesso dalla controinteressata, avrebbe dovuto considerare che tale errore non è meramente formale, in quanto incide su un aspetto sostanziale dell'offerta, e cioè l'impegno che deve essere a essa correlato, rendendolo sostanzialmente inesigibile.

Il motivo è pertanto fondato.

In conclusione il ricorso deve essere accolto per il secondo e terzo motivo, assorbito il primo motivo, e, per l'effetto, devono essere annullati i provvedimenti impugnati.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidati come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le parti resistenti al pagamento, in solido, delle spese di lite, comprensive di onorari e spese anche generali, in favore della ricorrente, che liquida in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00), oltre IVA, c.p.a. e rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere

L'ESTENSORE
Nicola Maisano

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO