



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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12 del 2017, proposto da Lloyd'S Of London, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti, Giovanni Grotteria, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Grotteria in Catanzaro, via Domenico Milelli 6;

contro

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valerio Zicaro, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Pullano in Catanzaro, via Purificato n. 18;

per l'annullamento

dei provvedimenti prot. n. 48598 e 48596 del 14 dicembre 2016 con cui l'Arpacal ha disposto l'esclusione dei Sindacati TOKIO MARINE KILN e ARCH dalla procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di copertura assicurativa di RCT/O – Lotto I;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2018 la dott.ssa Francesca Goggiamani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 13 agosto 2015 l'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria (di seguito Arpacal) ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione del servizio di copertura assicurativa, ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. L'appalto, suddiviso in sei lotti, era relativo al triennio 2016/2018 ed era da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato, fra gli altri, due *syndacates* aderenti ai Lloyd's of London, ARCH e TOKIO MARINE KILN, che hanno presentato le proprie offerte per il lotto I RCT/O. Le offerte erano sottoscritte entrambe dal procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia dei Lloyd's.

Con provvedimento del 29 settembre 2015 i due *syndacates* erano stati esclusi dalla gara per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m *quater*, del d.lgs. n. 163/2006.

Il provvedimento di esclusione era stato impugnato innanzi a questo Tribunale amministrativo regionale, che, con sentenza 19 gennaio 2016 n. 104, aveva dichiarato il ricorso improcedibile per carenza di interesse, affermando, nel contempo, l'obbligo della stazione appaltante di ripronunciarsi in forma espressa e motivata sulle ragioni dell'esclusione all'esito del ricevimento del parere da parte di ANAC, ovvero, al più tardi con la dichiarazione di gara deserta o l'aggiudicazione definitiva.

Con successiva sentenza n. 2264 del 21 novembre 2016 questo Tribunale aveva poi dichiarato la nullità per violazione del giudicato di un ulteriore provvedimento di esclusione delle medesime *syndacates* dalla stessa stazione

appaltante, adottato l'1 ottobre 2016, sul ritenuto presupposto che le offerte presentate da essi fossero riconducibili ad un unico centro decisionale.

Con provvedimenti prot. n. 48598 e n. 48596 del 14 dicembre 2016, l'Arpacal ha nuovamente disposto l'esclusione dei Sindacati TOKIO MARINE KILN e ARCH, ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett m *quater* e comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 2359 c.c., rilevando che le offerte tecniche e le offerte economiche risultano proposte, formulate e sottoscritte dal sig. Giovanni Toniutti, in qualità di procuratore speciale del Rappresentante Generale per l'Italia dei Lloyd's, l'Arpacal ha ritenuto che, in conseguenza di ciò ed agli ulteriori elementi dell'identità dei moduli utilizzati, delle diciture e delle dichiarazioni, della progressività dei valori bollati delle rispettive offerte economiche, le offerte siano oggettivamente imputabili ad un unico centro decisionale.

Avverso i nuovi provvedimenti di esclusione hanno proposto il ricorso ora in esame i Lloyd's of London, nella persona del Rappresentate Generale per l'Italia, deducendo la violazione dell'art. 38, comma 1 lett. m *quater* del d.lgs. 163/2006; eccesso di potere per mancanza di istruttoria ed irragionevolezza; violazione della direttiva 73/239 CEE e dell'art. 32 della direttiva 92/49 CEE.

Parte ricorrente ha rilevato che i Lloyd's costituiscono una persona giuridica collettiva a struttura plurima, un'associazione riconosciuta di persone fisiche e giuridiche (c.d. *members*) che agiscono autonomamente in raggruppamenti, denominati *syndacates*, i quali operano autonomamente e in concorrenza tra loro, pur essendo riconducibili alla medesima organizzazione. Ciascuna articolazione interna, ha aggiunto parte ricorrente, è priva di autonoma soggettività e agisce mediante il Rappresentante Generale, che, per ogni Nazione, è unico per tutti *syndacates* operanti in tale territorio, come consentito dalla direttive europee.

Si è costituita in giudizio l'Arpacal, che, a sostegno della legittimità dell'esclusione, ha affermato l'esistenza di plurimi elementi univoci che depongono nel senso dell'imputazione ad un unico centro decisionale di ambedue le offerte, esattamente indicati nelle motivazioni di esclusione (oltre alla firma del medesimo procuratore speciale del Rappresentante Generale per

l'Italia dell'identità dei moduli utilizzati, delle diciture e delle dichiarazioni, della progressività dei valori bollati delle rispettive offerte economiche).

Sempre secondo l'Arpacal, la giurisprudenza citata da parte ricorrente non è attinente al caso di specie, riferendosi essa alla semplice presentazione della domanda di partecipazione e non alla sottoscrizione dell'offerta. L'Arpacal ha, inoltre, aggiunto che la giurisprudenza menzionata è precedente all'introduzione delle norme del d.lgs. n. 163/2006, che si assumono violate.

A giudizio della resistente Arpacal la simultanea sottoscrizione di entrambe le offerte comporta la conoscenza del dato tecnico-economico sotteso ad esse. Comporta, altresì, la violazione dei principi generali disciplinanti la materia quali, su tutti, la segretezza delle offerte, la leale e libera concorrenza, la parità di trattamento tra i concorrenti.

Questo Tar all'esito della discussione ha disposto rinvio, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE proponendo il seguente quesito: *“Se i principi sanciti dalla norme europee in materia di concorrenza, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, quali l'autonomia e la segretezza delle offerte, ostino ad una normativa nazionale, come interpretata dalla giurisprudenza, che ammette la contemporanea partecipazione a una medesima gara indetta da un'amministrazione aggiudicatrice di diversi syndacates aderenti ai Lloyd's of London, le cui offerte siano state sottoscritte da un'unica persona, Rappresentante Generale per il Paese”*.

Con sentenza n. 144 dell'8 febbraio 2018 la Corte di Giustizia ha dato risposta al quesito di questo Tribunale Regionale sancendo che *“I principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione derivanti dagli articoli 49 e 56 TFUE e previsti all'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro, come quella in esame nel procedimento principale, che non consente l'esclusione di due « syndicates » membri dei Lloyd's of London dalla partecipazione a un medesimo appalto*

pubblico di servizi assicurativi per il solo motivo che le loro rispettive offerte sono state entrambe sottoscritte dal rappresentante generale dei Lloyd's of London per tale Stato membro, ma che invece consente di escluderli se risulta, sulla base di elementi incontestabili, che le loro offerte non sono state formulate in maniera indipendente”.

Tornati gli atti al Giudice *a quo*, all'udienza pubblica del 28.3.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Torna il ricorso all'esame del Tribunale all'esito della pronuncia della Corte di Giustizia che, affermando il sopra riportato principio di diritto, ha da un lato ritenuto che il diritto dell'Unione osta a che i sindacati dei Lloyd's siano automaticamente esclusi dalla gara d'appalto per il solo motivo che le loro rispettive offerte sono state sottoscritte dal procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia dei Lloyd's ed ha dall'altro lato rimesso al Giudice del rinvio il riscontro che le offerte in questione siano state presentate in maniera indipendente da ciascuno di tali sindacati o che, piuttosto, sulla base di elementi incontestabili, che le loro offerte non siano formulate in maniera autonoma (punto 44 della sentenza).

Ha, altresì, precisato il Giudice europeo che non depongono nel senso dell'imputazione a un unico centro decisionale delle due offerte gli elementi dedotti dall'Arpacal della identità dei moduli utilizzati, unicità della firma della medesima persona quale procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia, numerazione progressiva dei valori bollati delle due offerte economiche nonché identità delle diciture e delle dichiarazioni (combinato disposto dei punti 40 e 18).

La Corte di Lussemburgo ha così confermato l'orientamento della giurisprudenza italiana che aveva escluso che la sottoscrizione delle offerte da parte di un'unica persona determini di per sé la lesione dei principi di autonomia e segretezza delle offerte, alla luce della peculiare configurazione dei Lloyd's, quale associazione riconosciuta di persone fisiche e giuridiche (*members*) che aderiscono ad essa singolarmente o in aggregazioni non costituenti associazioni (*syndacates*) e che, secondo la normativa interna del

Regno Unito, operano nei vari Paesi mediante un unico Rappresentante Generale (v. in tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 settembre 1998 n. 2271; Tar Marche, 26 aprile 2007 n. 649; Tar Umbria, 9 febbraio 2010 n. 60, nonché parere AVCP n. 110 del 9 aprile 2008), superando i dubbi in senso contrario espressi dal Tar Calabrese che la sottoscrizione da parte di una stessa persona di due o più offerte presentate da concorrenti diversi può determinare la compromissione dell'autonomia e della segretezza delle offerte stesse e ledere, perciò, il principio di concorrenza.

2. Deve, quindi, il Collegio prendere atto del principio espresso dalla C.Ue e dedicarsi alla disamina concreta della legittimità o meno dell'esclusione perché proveniente da medesimo centro decisionale, in virtù di elementi, secondo le indicazioni del Giudice europeo, ulteriori rispetto a quelli "formali" prospettati dalle parti anche nel giudizio pregiudiziale.

La pervenuta sentenza eurounitaria caratterizzata non solo dall'affermazione del principio di diritto, ma anche dalla valutazione parziale dei fatti del giudizio di rinvio ed invito al Giudice *a quo* di riscontro ulteriore impone una brevissima considerazione sulla valenza delle decisioni della Corte di Giustizia nel giudizio di rinvio (cd. Effetti endoprocessuali).

Come noto, la decisione pregiudiziale ha portata vincolante per il Giudice remittente, con ulteriore ed eventuale obbligo di discostarsi dalla diversa interpretazione offerta alla stessa normativa dal giudice nazionale di ultimo grado (v.G. Giust. Ue, 5 ottobre 2010, causa C-173/09, Elchinov e 15 gennaio 2013, causa C-416/10, Križan), nonché vincola anche le giurisdizioni di grado superiore chiamate a pronunciarsi sulla medesima causa. L'obbligatorietà è tale che il rifiuto, da parte di una giurisdizione nazionale, di tener conto di una sentenza della Corte può implicare l'apertura di una procedura di infrazione e la presentazione da parte della Commissione del ricorso di inadempimento di cui all'art. 258 TFUE.

Se è vero tuttavia che le decisioni della C.Ue. hanno valenza di fonte del diritto (v. Corte Cost., 23/04/1985 n. 113) e vincolano *in primis* il Giudice che la ha interpellata, il sistema del rinvio pregiudiziale di cui all'art 267 TFUE ripartisce nettamente i compiti delle autorità, conferendo alla Corte il ruolo di

interpretazione del diritto dell'Unione, senza attribuzioni nella risoluzione del caso, ed al Giudice nazionale il ruolo di decisione della controversia in virtù delle emergenze processuali e del diritto interno, tramite eventualmente la disapplicazione della norma nazionale contraria al diritto dell'unione (v. punti 8 ed 11 delle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* 2016/C 439/01; v. per tutte C. Giust. Cee 27 marzo 1963. Da Costa en Schaake NV e a.c. Amministrazione olandese delle imposte).

Con la restituzione degli atti al Giudice *a quo* ed il riavvio del giudizio emergono, quindi, i profili di autonomia dell'autorità nazionale la quale potrebbe ritornando sulla disamina degli atti anche ritenere irrilevante la disposizione normativa per cui si era sollevata la questione pregiudiziale o rinterrogare la Corte ritenendo la decisione non chiara (art. 158 Regolamento procedura della Corte) o non esaustiva (proposizione di ulteriore questione pregiudiziale).

3. La descritta ripartizione dei ruoli tra Giudice nazionale e Giudice eurounitario è di particolare rilevanza nel caso di specie in cui la decisione di quest'ultimo oltre a fornire l'interpretazione delle norme europee, esprime una disamina degli elementi processuali emersi, rimettendo all'autorità giurisdizionale italiana l'ulteriore vaglio delle offerte dei Lloyd's.

Ebbene, preso atto della esegesi normativa e ritenuto di aderire alla valutazione della C.Ue. in fatto di insufficienza degli elementi "formali" adottati dall'Arpacal a legittimare l'esclusione delle offerte ai sensi dell'art 34 d.lgs. 163/2006, questo Tribunale amministrativo deve osservare che lo scrutinio di ulteriori elementi delle offerte delle ricorrenti per acclarare provenienza o meno dallo stesso centro decisionale trova duplice impedimento dalla peculiarità del nostro sistema processuale amministrativo.

La richiesta valutazione spetterebbe, anzitutto, alla Pubblica Amministrazione in sede di attività di attuazione del giudicato di annullamento del provvedimento, ma ormai nella specie neppure a questa in virtù della regola espressa dalla più attenta giurisprudenza secondo cui in ipotesi di annullamento del provvedimento la p.a. nella riedizione del potere, onde

evitare infinite controversie, debba riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritiene rilevanti (v. Consiglio di Stato, sez. V, 06/02/1999, n. 134, IV, 18 marzo 2008 n. 11432; 18/6/2009, n. 4017).

L'Arpacal per ben tre volte ha escluso nella medesima procedura gli offerenti, così esauendo la possibilità di una ulteriore disamina. La richiesta istruttoria formulata da tale resistente di acquisizione di documentazione relativa alla composizione dei *syndacates* ricorrenti si scontra anch'essa entrambi i rammentati limiti e non può supplire la mancata valutazione in sede di attività amministrativa.

In conclusione il Tar, fatte proprie le indicazioni del Giudice europeo e ritenute illegittime le esclusioni per violazione dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 per come eurounitariamente interpretato, annulla i provvedimenti impugnati.

4. Le spese del procedimento stante la complessità della questione in fatto ed in diritto devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe così provvede:

- 1) In accoglimento del ricorso proposto da Lloyd'S Of London, annulla i provvedimenti prot. n. 48598 e n. 48596 del 14 dicembre 2016 dell'Arpacal;
- 2) Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina all'Autorità amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza
Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018
con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Raffaele Tuccillo, Referendario

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Goggiamani

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO