



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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9961 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da ASSICURATORI DEI LLOYD'S - SINDACATO CHAUCER - 1084 in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Conte, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco Corvasce in Roma, viale delle Milizie n. 48;

contro

Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Annabella Di Toma, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

per l'annullamento

del bando di procedura aperta ad evidenza pubblica che ha per oggetto l'affidamento delle coperture assicurative suddivisa in lotti di cui all'avviso di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici in data 27 luglio 2018 e del disciplinare di gara relativo, nonchè di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale; e con motivi aggiunti depositati il 24 settembre 2018 per l'annullamento degli stessi atti di cui al ricorso principale sotto altri profili;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2018 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato alla Federazione resistente in data 4 settembre 2018 e depositato il successivo 5 settembre 2018, i ricorrenti impugnano il bando relativo alla procedura aperta ad evidenza pubblica che ha per oggetto l'affidamento delle coperture assicurative suddivisa in 3 lotti per un importo complessivo a base di gara pari ad euro 2.040.000,00 ed il sottostante disciplinare di gara proponendo tre censure:

1) Sulla presenza del Broker e la mancata indicazione della percentuale provvigionale con la quale viene lamentata la mancata indicazione negli atti di gara della presenza di un broker e delle percentuali provvigionali spettanti allo stesso con conseguente impossibilità, per l'impresa partecipante, di conoscere con esattezza il proprio impegno di spesa; la Federazione nelle norme assuntive relative ai 3 Lotti specifica di avere affidato ai sensi del d.lgs. n. 209/2005 la gestione dei contratti assicurativi alla Società di brokeraggio assicurativo Aon spa ma nel bando non c'è alcun riferimento ad essa né alle eventuali provvigioni spettanti al broker.

2) violazione dell'art. 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sull'applicazione della formula dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con la seconda censura viene lamentata che le formule matematiche per la valutazione dell'offerta tecnica sono irragionevoli, perché svuotano di senso l'utilizzo complessivo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa laddove finiscono per appiattare l'offerta economica.

3) Sulla mancata bilateralità del recesso. Col terzo mezzo parte ricorrente fa valere la illegittimità della clausola che prevede il recesso solo in favore dell'assicurato e non anche dell'Assicuratore almeno per quanto riguarda il Lotto 2 all'art. 11 del disciplinare.

Il ricorso principale viene concluso con istanza cautelare monocratica, atteso che l'apertura dei plichi era prevista per il successivo 10 settembre 2018 e con richiesta dell'accoglimento del gravame.

2. L'istanza cautelare monocratica è stata respinta con decreto n. 5073 del 5 settembre 2018.

3. A seguito di tale pronuncia i ricorrenti rappresentano che la Federazione stabiliva di sospendere la procedura di gara, rinviandola a data da destinarsi e pertanto con i motivi aggiunti introducono altre doglianze, avverso gli stessi atti impugnati in via principale:

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 nonché dei principi che regolano l'offerta economicamente più vantaggiosa; violazione e falsa applicazione delle Linee Guida n. 2 approvate dall'ANAC con delibera n. 1005 del 21.09.2016; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – Carezza di motivazione – Contraddittorietà manifesta; violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, correttezza, buon'amministrazione di cui agli artt. 3 e 97 Cost. – violazione del principio di

garanzia del confronto concorrenziale (miglior rapporto qualità/prezzo); 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 79, comma 3 d.lgs. 50/2016 Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. - violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità; eccesso di potere sotto il profilo della violazione e falsa applicazione dei chiarimenti per quanto attiene l'interpretazione della *lex specialis*; 3) Violazione del divieto per la stazione appaltante di alterare la formula di calcolo per le offerte economiche; violazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità e par condicio nelle pubbliche gare – Difetto di istruttoria.

Concludono con la reiterazione dei motivi proposti in via principale e chiedendo l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti.

4. La Federazione si è costituita in giudizio con atto depositato il 12 ottobre 2018.

Con memoria del 13 ottobre 2018, alla quale allega numerosi documenti, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale proposto, in particolare, dalla ricorrente compagnia di assicurazioni prima ancora di avere presentato la domanda di partecipazione ed ha contestato nel merito ogni censura rassegnando conclusioni del tutto opposte a quelle di parte ricorrente.

4. Il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla Camera di Consiglio del 16 ottobre 2018.

DIRITTO

1. Premesso che la resistente Federazione ha proceduto alla volontaria sospensione della gara in vista della odierna Camera di Consiglio, il ricorso è inammissibile e ne va di conseguenza accolta la relativa eccezione proposta dalla stessa stazione appaltante. Anche i motivi aggiunti sono in parte inammissibili nella misura in cui ripropongono le stesse censure di cui al ricorso principale.

Con esso parte ricorrente ha impugnato il bando di gara ed il sottostante disciplinare, senza partecipare alla gara medesima, contestando una serie di clausole e/o l'assenza delle stesse, circostanza questa che dovrebbe indurre a ritenere il bando illegittimo *ex se*, siccome recante clausole escludenti ai fini della presentazione di una valida offerta tecnica ed economica.

Nel premettere che per giurisprudenza costante sulla materia il bando va impugnato in via immediata quando contenga clausole escludenti, ma previa presentazione della domanda di partecipazione (cfr. TAR Lazio, Roma, sezione II , 27 giugno 2018, n. 7150, sezione I ter, 16 giugno 2018, n. 6738), mentre, quando non contenga clausole escludenti va impugnato dall'offerente unitamente all'atto conclusivo della procedura (Consiglio di Stato, sezione V, 5 settembre 2018, n. 5202), nel caso in esame le clausole analizzate da parte ricorrente non possono essere considerate immediatamente escludenti e tali da non consentire alla compagnia assicuratrice una congrua proposizione dell'offerta.

E tanto anche a mente dei principi espressi dal Consiglio di Stato, che, con l'Adunanza Plenaria del 26 aprile 2018, n. 4, a seguito della entrata in vigore del Codice degli Appalti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha ribadito quanto già sostenuto con le precedenti pronunce di cui all'Ad. Pl. 29 gennaio 2003, n. 1 e all'Ad. Pl. 7 aprile 2011, n. 4, così riassunte:

a) la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, essendo l'unico soggetto titolare di una posizione differenziata;

b) i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;

c) possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione.

L'Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014 ha osservato pure che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita".

Nella stessa è stato pure precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando:

I) si contesti in radice l'indizione della gara;

II) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

La giurisprudenza ha, quindi, avuto modo di chiarire che devono essere fatte rientrare nel genus delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di:

“a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule

matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)." (individuazione elaborata da TAR Lazio sezione I ter, 16 giugno 2018, n. 6738).

Infine l'Adunanza Plenaria n. 4/2018, in ordine alla deroga al principio della impugnazione delle clausole del bando immediatamente escludenti da parte dell'operatore economico che non abbia presentato domanda di partecipazione, nel ribadire il detto principio anche nella vigenza del nuovo Codice degli Appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016, ha specificato che comunque, "anche con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo."

3. Stante tale quadro giurisprudenziale è da rilevare come nessuna delle disposizioni del bando gravate da parte ricorrente appare inverare almeno una delle ipotesi specificamente individuate dalla giurisprudenza come immediatamente escludenti tali cioè da impedire che l'operatore economico possa formulare una corretta offerta e quindi presentare la domanda di partecipazione.

3.1 Non lo è la cosiddetta mancata precisa indicazione della presenza del broker e della indicazione della percentuale provvisoria negli atti di gara, ancorché vi siano clausole che direttamente o in via incidentale configurano prescrizioni in tal senso nelle norme assuntive di ciascuno dei tre lotti, secondo quanto da parte ricorrente opposto.

Infatti l'art. 11 del Disciplinare di gara recava esplicitamente la seguente clausola:

“Per l'effettuazione della presente procedura e per la stipulazione, gestione ed esecuzione dei contratti assicurativi la Stazione Appaltante si avvale della società Aon s.p.a. (con sede legale...), broker incaricato ai sensi del Registro Unico degli Intermediari (RUI) di cui all'art. 109 del d.lgs. 209/2005 ss.mm.ii.” e quindi in detta norma del Disciplinare vi è direttamente la prescrizione sul broker, come pure tale figura è espressamente indicata nelle “Norme assuntive e tariffarie” per i Lotti 1, 2 e 3, con la conseguenza che la presenza di tale disposizione sin dalla data di adozione del bando di gara del 26 luglio 2018 ha garantito la par condicio di tutti gli operatori economici interessati a formulare la loro offerta, tenendo presente che la gestione del contratto era affidata al broker dalla *lex specialis* previsto.

La previsione del Disciplinare non era dunque escludente.

Come non lo era la mancata indicazione della provvigione del broker nelle Norme Assuntive e Tariffarie di ciascuno dei tre lotti nel capitolo relativo alla “Gestione della Convenzione”, dove

nello spazio riservato al valore dell'importo della provvigione per il broker vi erano appunto dei puntini di sospensione.

A ben vedere si tratta di un errore materiale, dato che la mancata indicazione è recata da tutte e tre le "Norme assuntive e tariffarie" per i lotti 1, 2, 3 al paragrafo "Gestione della convenzione", errore peraltro sanato dalla risposta del 31 luglio 2018 alla prima richiesta di chiarimenti, resa, dunque, appena quattro giorni dopo l'adozione della lex di gara, laddove era precisato che la provvigione da corrispondere al Broker per tutti e tre i lotti era "pari all'11% del premio imponibile".

Ora: se è pur vero che secondo la giurisprudenza sull'argomento l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richiede una apposita rettifica del bando o del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento (Consiglio di Stato sezione V, 8 novembre 2017, n. 5162) è pur vero che altera la regolarità della gara la correzione di un errore materiale o di una omissione nella lex specialis quando è realizzata in corso di gara e dopo l'avvenuta conoscenza delle offerte (Consiglio di Stato, sezione V, 23 gennaio 2004, n. 154).

Ma, nel caso specifico, non può non evidenziarsi che la carenza dovuta alla mancata indicazione della percentuale da attribuire al Broker è stata colmata in data molto anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte che era il 10 settembre 2018 ed esattamente è stata colmata in data 31 luglio 2018 quattro giorni dopo la pubblicazione del bando avvenuta il 27 luglio 2018, sicchè anche tale discrasia non appariva escludente, fermo pure restando che essendo la gara sospesa la stazione appaltante potrà procedere alla richiesta rettifica secondo le modalità sopra richiamate dall'Alto Consesso.

3.2 Non era neppure escludente la previsione del Disciplinare di gara recata sempre al punto 11 "Informazioni complementari" laddove la stazione appaltante ha appunto dichiarato di servirsi della Società Aon s.p.a. quale Broker incaricato ai sensi del Registro Unico degli Intermediari (RUI).

Tale previsione non era escludente poiché, come osservato dalla resistente Federazione, tra le "Modalità di Adesione" previste nelle "Norme assuntive e tariffarie" di ciascun lotto era espressamente previsto che "Ogni Chimico e Fisico iscritto all'Albo che intenda aderire alla Polizza Convenzione dovrà accedere al portale AON denominato "OneAffinity" o altro strumento equivalente" di cui l'offerente, dunque, al momento della partecipazione alla gara, si impegni a dotarsi, in caso di aggiudicazione, siccome equivalente al sistema operativo previsto dal Disciplinare.

L'espressione "altro strumento equivalente" recata dunque dalle "Norme assuntive e tariffarie" di ciascun lotto consentiva, ab origine, a ciascun partecipante di proporre un proprio sistema informatico, purchè in grado di garantire la massima qualità del servizio assicurativo e che fosse utilizzabile per la conclusione a distanza della polizza, come è il portale AON "OneAffinity" che, secondo quanto posto in evidenza dalla stazione appaltante, è un portale ideato per consentire

l'adesione alle condizioni proposte dalle compagnie assicurative con distribuzione a distanza della propria polizza.

Tale disposizione della *lex specialis* appare piuttosto come volta a favorire la migliore offerta per la stazione appaltante che rileva di dover servire sotto il profilo assicurativo migliaia di iscritti all'Albo dei Chimici e dei Fisici.

3.3. Quanto alla previsione della *lex specialis* di utilizzo del criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa assegnando all'offerta economica il punteggio di 30 ed all'offerta tecnica il punteggio di 70 è da rilevare che non possono essere condivise le osservazioni degli interessati che deducono un utilizzo distorto di tale criterio; lamentano che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica non premiano la migliore qualità del servizio, che la limitazione della possibilità di presentare le sole varianti tabellate nelle allegare schede di offerta tecnica frustra completamente la ratio della valutazione del merito tecnico delle offerte non consentendo alla Federazione di acquisire miglioramenti nel contenuto normativo delle polizze in termini di maggiori garanzie, estensioni di garanzia per i chimici e fisici assicurandi: ad esempio per il Lotto 2 non si possono presentare varianti né sull'oggetto dell'assicurazione (art. 4 capitolato), né sulle esclusioni della garanzia, né è modificabile l'art. 16-Spese legali e gestione delle vertenze del capitolato sicché la designazione dei legali è rimessa esclusivamente all'assicuratore, mentre l'assicurato non ha alcuna facoltà di scelta del proprio legale. E considerato il fatto che la polizza in questione riguarda la copertura di una responsabilità personale (colpa grave sanità), la predetta limitazione appare senza dubbio irragionevole ed ingiustificata. Tutto ciò determina un sostanziale appiattimento dell'offerta tecnica.

La censura è del tutto indimostrata e nel tentare di rappresentarne la incongruità e la illogicità parte ricorrente omette di considerare che la calibrazione dell'offerta tecnica in relazione a ciascuno degli elementi da cui è costituita consente all'operatore economico che ovviamente abbia partecipato, come non avviene nel caso in esame, di sottoporre alle valutazioni della stazione appaltante il proprio progetto tecnico, conseguendo perciò un determinato punteggio compreso tra un massimo ed un minimo che sarà assegnato dalla apposita Commissione in relazione a ciascuna delle voci da cui esso è costituito e secondo le proposte dell'operatore economico.

Per altro verso la previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella valutazione delle offerte in ordine, tra gli altri, ai servizi, come è quello di assicurazione in questione è oramai imprescindibile, sol se si consideri la ristretta casistica che il legislatore del Codice degli Appalti del 2016 ha riservato al criterio del minor prezzo ed il principio valorizzato dalla previsione recata dal comma 7 dell'art. 95/d.lgs. n. 50 secondo cui si può giungere ad attribuire alla voce dell'offerta economica "la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi."

Nel caso in esame non ricorre questa ipotesi e laddove appare evidente che nell'assegnazione del servizio assicurativo in questione la stazione appaltante non aveva altra scelta che quella della

valutazione dell'offerta mediante il criterio dell'OEV, non ha altresì avuto altra scelta che quella di valorizzare gli aspetti tecnici della polizza richiesta, facendo ricadere le migliorie sulla qualità del servizio piuttosto che sul prezzo, proprio date le condizioni di partenza sopra introdotte e volte a valorizzare l'offerta qualitativa, come consentito dall'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 oltre che dalle Linee Guida sull'OEV stanti le quali: "In generale si deve attribuire un punteggio limitato alla componente prezzo quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o quando si vogliono scoraggiare ribassi eccessivi che si ritiene difficilmente perseguibili dagli operatori economici; viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga".

3.4 Con un ulteriore doglianza dei motivi aggiunti i ricorrenti fanno valere la illegittimità della clausola che prevede il recesso solo in favore dell'assicurato e non anche dell'Assicuratore almeno per quanto riguarda il Lotto 2 all'art. 11 del disciplinare, lamentando che la risposta ad apposito quesito offerta dal chiarimento n. 8 in data 30 agosto 2018 appare evidenziare il carattere vessatorio del recesso unilaterale, non consentito all'assicuratore mentre la *lex specialis* poteva prevedere modalità per evitare penalizzazioni eccessive in termini di costi o di mancata copertura. A prescindere dalla considerazione effettuata dalla Federazione resistente nella sua memoria di costituzione con cui ha contestato la censura nella considerazione che parte ricorrente appare confondere l'istituto del "recesso per sinistro" che non è previsto né per l'assicurato né per l'assicuratore, con il recesso dalla convenzione che viene rinnovata automaticamente per tre anni, e dalla quale quindi solo il professionista può recedere, non appare comprensibile quale sia l'interesse di parte ricorrente ad impedire le cosiddette penalizzazioni determinate dalla applicazione della ridetta clausola, posto che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara e cioè si è autoesclusa dalla stessa.

4. Per le superiori considerazioni il ricorso va dichiarato inammissibile ed i motivi aggiunti vanno dichiarati in parte inammissibili nella misura in cui ripropongono le stesse censure proposte con il ricorso principale e per il resto vanno respinti, con assegnazione delle spese a parte ricorrente in base ad un giudizio prognostico del tutto negativo circa l'esito del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- dichiara il ricorso principale inammissibile;
- dichiara i motivi aggiunti in parte inammissibili in parte li respinge.

Condanna Assicuratori dei LLOYD'S – Sindacato Chaucer – 1084 in persona del rappresentante p.t. al pagamento di complessivi euro 9.000,00 per spese di giudizio a favore di Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierina Biancofiore

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO