

N. 00749/2014REG.PROV.COLL.
N. 04715/2013 REG.RIC.
N. 04751/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4715 del 2013, proposto da:
Sace S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio
eletto presso M. Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

De Besi-Di Giacomo Spa in proprio e quale Capogruppo Mandataria del
Costituendo Rti, Rti-Aon Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Filippo
Lattanzi, Francesco Cardarelli, con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi
in Roma, via G.P. Da Palestrina,47;

nei confronti di

Marsh Spa;

sul ricorso numero di registro generale 4751 del 2013, proposto da:
Marsh S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Stefano
Soncini, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via

Principessa Clotilde N.2;

contro

De Besi - di Giacomo Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi in Roma, via G.P. Da Palestrina,47;

nei confronti di

Sace S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

entrambi per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Lazio - Roma: Sezione III n. 02456/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di consulenza ed intermediazione assicurativa (brokeraggio).

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di De Besi-Di Giacomo Spa in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Costituendo Rti e di Rti-Aon Spa e di De Besi - di Giacomo Spa e di Sace S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Clarizia e Lattanzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con i rispettivi ricorsi, n.4715/2013 e n.4751/2013, la Sace S.p.A. e la

March S.p.A. chiedono l'annullamento della sentenza con cui:

-- è stata annullata l'aggiudicazione definitiva in favore di Marsh Spa della procedura aperta per l'affidamento, per 36 mesi rinnovabili di ulteriori 24 mesi, dei servizi di consulenza ed intermediazione assicurativa (brokeraggio) per la SACE e le sue controllate;

-- è stata dichiarata l'illegittimità dell'intera procedura in conseguenza dell'annullamento dei provvedimenti di nomina di due commissioni aggiudicatrici;

-- è stata, in conseguenza, affermata la necessità che SACE procedesse di “a nuova procedura aperta, con il rispetto del disciplinare di gara mediante nomina di una nuova, unica, commissione aggiudicatrice”.

La sentenza in questione è ancorata a due profili sostanziali:

-- il rigetto del motivo con cui, in via incidentale, Marsh spa lamentava che la ricorrente principale in primo grado non avrebbe rispettato la clausola per cui la capacità tecnica avrebbe dovuto essere dimostrata con la dimostrazione della gestione, negli ultimi tre esercizi, di portafogli assicurativi “*per uno stesso assicurato*” per un determinato ammontare non essendo a tale fine valido il richiamo al monte premi gestito da “Cassainterass”, la quale non era beneficiaria diretta della prestazione assicurativa della De-Besi-Di Giacomo;

-- l'illegittimità del ricorso a due commissioni di gara dato che il disciplinare di gara in applicazione dell'art. 84 cit. , avrebbe richiesto l'intervento di una sola commissione di gara. Entrambi gli appelli principali sono affidati all'erroneità della decisione.

La controinteressata De Besi - Di Giacomo Spa, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con AON Spa:

-- si è costituita sul ricorso n. 4715 della Sace e, con memoria, ha contestato le affermazioni degli appellanti ed riproponendo ai sensi dell'art. 101 c.p.a. i motivi del ricorso di primo grado dichiarati assorbiti dal Tar;

-- si è costituita sull'appello n.4751/2013 della March depositando una memoria con annesso ricorso incidentale con cui dopo aver riproposto anche in questa sede, ai sensi dell'art. 101 c.p.a. i motivi assorbiti dal TAR. In via incidentale ha poi contestato l'esame preliminare, in primo grado, del ricorso incidentale di March, ancorché il TAR lo avesse poi respinto. Con le rispettive memorie le parti hanno sostanzialmente riproposto, sotto vari profili, le proprie tesi.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

___ 1.§. Ai sensi dell'art. 70 del c.p.a. deve disporsi la riunione degli appelli di cui in epigrafe, essendo evidente la loro connessione oggettiva e soggettiva.

___2.§. Nell'ordine logico delle questioni deve essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale della De Besi-Di Giacomo con cui si lamenta che il Tar, avrebbe errato nel confutare in via preliminare il ricorso incidentale della Marsh che era diretto a paralizzare l'azione principale. Il Primo Giudice avrebbe fatto acritica applicazione degli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 in base alla quale, nell'ordine di trattazione dei diversi gravami, l'efficacia paralizzante del ricorso incidentale che, sorretto da questioni preliminari sul difetto di legittimazione del ricorrente principale, determina l'inammissibilità del

ricorso principale anche nei casi in cui quest'ultimo abbia solo un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva.

Per l'appellante incidentale, ancorché il TAR abbia concluso dalla ritenuta infondatezza delle argomentazioni della Marsh ed abbia rigettato il relativo mezzo incidentale, i motivi demolitori prodotti dalla De Besi - Di Giacomo avrebbero dovuto essere scrutinati per primi.

L'esame preliminare del ricorso incidentale di Marsh sarebbe stato in evidente contrasto con i principi comunitari della *par condicio*, della non discriminazione e della tutela della concorrenza, e con le conclusioni della Corte giustizia della Comunità europea con sentenza del 4 luglio 2013 causa C-100/2012 (sulla questione di pregiudiziale sollevata ord. del Tar Piemonte 9 febbraio 2012 n. 208 ex articolo 267 del Trattato), per la quale non può essere pronunciata l'inammissibilità del ricorso del secondo classificato, sul ricorso incidentale dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e che abbia sollevato un'eccezione d'inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto ricorso.

L'assunto va respinto.

In conseguenza del rigetto da parte del TAR del ricorso incidentale della March, la doglianza è in primo luogo inammissibile, essendo evidente la mancanza di un reale interesse processuale e sostanziale a sollevare una censura il cui accoglimento non comporterebbe comunque alcuna reale diretta ed immediata utilità per l'attuale appellante incidentale.

In ogni caso, la fattispecie in esame è strutturalmente differente dalla fattispecie dedotta in sede comunitaria e che concerneva l'ipotesi, totalmente differente, in cui la compatibilità dell'offerta tecnico - economica di due offerte contrapposte venga reciprocamente contestata,

in via principale ed in via incidentale, nell'ambito del medesimo procedimento giurisdizionale in quanto in "... una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare..." (così la sentenza della Corte di Giustizia- causa C-100/20129 cit.).

Ed è solo in tale ipotesi che il giudice -- anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario ricorrente incidentale che determini inammissibilità del gravame del ricorrente principale per l'irregolarità della sua offerta -- deve procedere anche all'esame del ricorso principale che è anch'esso diretto, a sua volta, avverso l'inidoneità strutturale dell'offerta del ricorrente incidentale al fine strumentale della ripetizione della gara. La Corte di Giustizia ha cioè voluto evitare che, attraverso un artificio processuale, l'appellante incidentale possa finire per lucrare l'aggiudicazione di un appalto, al quale potrebbe non aver diritto perché la sua offerta tecnica potrebbe essere parimenti inappropriata e, quindi, a sua volta illegittima.

Nella fattispecie in esame invece la questione era del tutto estranea alla finalità perseguite dalla predetta pronuncia e non atteneva affatto compatibilità ed alla rispondenza tecnica dell'offerta De Besi-Di Giacomo, ma riguardava la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica.

La sentenza impugnata ha pertanto fatto giustamente applicazione dei principi dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, in quanto non vi era comunque alcuna stretta necessità dello scrutinio preliminare delle censure del

ricorrente principale dirette alla declaratoria dell'illegittimità della valutazione ma non dell'ammissibilità tecnica dell'offerta dell'appellante incidentale.

___ 3.§. In via gradata devono poi essere esaminati i motivi del ricorso principale di primo grado della De Besi - Di Giacomo, che sono stati reiterati ai sensi dell'articolo 101 del c.p.a. in quanto assorbito dal Tar su entrambi gli appelli.

___ 3.§.1. Con il secondo motivo del ricorso principale, si lamenta che la commissione avrebbe modificato, e illegittimamente specificato, i criteri discrezionali di valutazione delle offerte che sarebbero stati fissati dal bando, in violazione dell'articolo 120 del d.p.r. n. 270/2010 con particolare riferimento:

-- introducendo ulteriori sub-criteri (impostazione metodologiche struttura dei processi di rischi e precisione completezza dell'ambito di applicazione) alla voce "modalità di espletamento dell'attività di analisi e di individuazione del rischio" per cui erano previsti punti 20 (e che sarebbe dovuta essere valutata con riferimento alla metodologia proposta, all'analisi e ponderazione dei rischi, e alle soluzioni adottate);

-- analogamente per quanto riguarda la voce, per cui erano previsti massimi l'attribuzione di 30 punti , per "struttura organizzativa dedicata all'espletamento del servizio" per cui era prevista erano stati introdotti ulteriori nuovi sub-criteri relativi: 1. al supporto di intermediazione della gestione dei tutti i contratti assicurativi saggio; 2. alla presa in carico delle poste in essere; 3. alla redazione dei capitolati tecnici relativi all'acquisto le coperture assicurative; 4. all'assistenza e consulenza della risoluzione controversie; 5. alla reportistica; 6. all'aggiornamento dei contratti.

L'assunto va respinto.

Sotto il profilo funzionale, si ha un "sub criterio" ex art. 84. comma IV° del D.lgs. n.163/2006, quando la stazione appaltante che reputa opportuno valorizzare un certo aspetto tecnico posto nell'ambito di una componente tecnicamente o finanziariamente più rilevante, stabilendo che lo stesso debba essere specificamente retribuito in modo autonomo, attraverso la riserva di una certa quota parte del punteggio previsto per la relativa voce. In sostanza perché vi sia un "sub-criterio" è necessario che sia previsto anche un corrispondente "sub punteggio" specifico, cioè che non sia possibile attribuire ad altro titolo.

Al contrario, si ha un "criterio motivazionale" quando la Commissione deputata alla valutazione delle offerte, ritenga opportuno specificare in via preliminare, le linee della propria futura azione indicando i profili che riterrà meritevoli.

Il criterio motivazionale è una dichiarazione di intenti circa l'orientamento futuro della propria discrezionalità tecnica, che diventa proceduralmente rilevante ai fini della successiva verifica della logicità, della ragionevolezza, della coerenza e della congruità dei giudizi tecnici.

La diversità fondamentale rispetto al sub-criterio sta dunque nel fatto che la prefissazione dei "criteri motivazionali" non tocca la struttura del punteggio teoricamente attribuibile in quanto non si fa luogo alla creazione di sub-punteggi.

Nel caso in esame dunque come è evidente dal verbale n. 3 del 4 ottobre 2012 e dalle schede di attribuzione dei punteggi di cui al verbale n.4 (allegati dall'appellante incidentale), i profili di pregio individuati nelle diverse categorie di valutazione, erano propriamente dei "criteri

motivazionali” in quanto non implicavano un mutamento della griglia di valutazione, ma ne illustravano le ragioni.

Tali conclusioni del resto sono indirettamente confermate anche dai criteri di valutazione delle offerte previsti nel disciplinare di gara in base al quale la Commissione doveva esprimere i propri giudizi, all'interno di 5 fasce di gradimento (ottimo, più che adeguato, adeguato, parzialmente adeguato ed inadeguato) cui corrispondeva un certa percentuale fissa di punteggio (di cui amplius al punto che segue).

Il motivo va dunque respinto

___ 3.§.2. Con il terzo motivo la De Besi - Di Giacomo denuncia che il predetto meccanismo di valutazione delle offerte non solo sarebbe stato troppo ampio e generico, ma avrebbe altresì impedito alla commissione di ponderare gradualmente le proprie valutazioni di giudizio non consentendo di utilizzare l'intero range dei punteggi disponibili per ogni criterio.

La necessità di rendere omogenea l'attribuzione dei punteggi discrezionali alle diverse offerte sarebbe stato necessario non travolgere il sistema ordinario di valutazione delle offerte di attribuzione dei punteggi previsto dall'allegato P del regolamento n. 270/2010.

Infine la commissione avrebbe del tutto omesso ogni motivazione delle proprie valutazioni e non avrebbe consentito di comprendere le reali ragioni delle sue scelte.

L'assunto non convince.

In primo luogo si deve rilevare la genericità, l'inconferenza e comunque inammissibilità della censura che, essendo posta sul piano meramente formalistico, appare causalmente disgiunta dalla fattispecie concreta.

Sempre in via preliminare si deve rilevare l'inammissibilità per difetto d'interesse del ricorso proposto contro l'aggiudicazione di una gara pubblica da parte di un'impresa, collocatasi successivamente in graduatoria, che non abbia proposto alcuna censura avverso il punteggio assegnato dalla commissione aggiudicatrice all'impresa meglio graduata (cfr. Consiglio di Stato sez. V 12/11/2013 n. 5384).

In tale prospettiva è dunque assolutamente rilevante il fatto che la De Besi – Di Giacomo non abbia introdotto doglianze specificamente dirette ad denunciare in che modo il metodo individuato dalla SACE l'avrebbe concretamente danneggiata, o avrebbe favorito la March; e per quali aspetti e profili dei punteggi sarebbe stati erronei, inadeguati, iniqui, contraddittori, o comunque sintomaticamente rivelatori di un grave vizio funzionale del procedimento.

Comunque, nel merito della doglianza, l'Allegato P -- in coerenza con le norme dell'art. 83 del d.lgs. n.163/2006 e dell'art. 283 del Regolamento di cui al d.p.r. n.207/2010, al predetto Regolamento -- non impone affatto a pena di illegittimità un particolare tipo di metodologia per l'individuazione del miglior offerente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa purché la metodologia adottata sia tale da “..consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa...” (artt.83, V° co. Cod. dei Contratti).

Il predetto Allegato anzi prevede letteralmente che il ” ... calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere effettuato utilizzando a scelta della stazione appaltante uno dei seguenti metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invito:

1) uno dei metodi multi criteri o multiobiettivi che si rinvencono nella

letteratura scientifica *quali ad esempio*: il metodo analytic hierarchy process (AHP), il metodo evamix, metodo technique for order preference by similarity to ideal solution (TOPSIS), metodi basati sull'utilizzo del punteggio assoluto...”.

La predetta disposizione indica solo esemplificativamente alcuni metodi e quindi, in coerenza con il disposto di cui all'art. 55 della Dir. 2004/17/CE, non impone necessariamente il ricorso ad un determinato metodo ma pretende solo che il metodo prescelto sia fondato su parametri numerici.

I criteri valutativi previsti dal disciplinare in esame appaiono in immediata e diretta relazione con la specificazione delle diverse prestazioni richieste al broker dal disciplinare e appaiono il frutto di una ponderata considerazione delle voci del contratto (analisi dei rischi, ai tempi ed alla struttura organizzativa e delle professionalità necessarie) idonea a far luogo ad una valutazione sufficientemente dettagliata.

La griglia consentiva ai concorrenti di predisporre l'offerta conoscendo in anticipo con precisione le finalità ed il peso delle varie voci dati dalla Stazione appaltante.

Il metodo consentiva poi alla Commissione di differenziare i giudizi sulle differenti offerte in un ampio range di punteggi e quindi di selezionare adeguatamente l'offerta più vantaggiosa. Pertanto deve escludersi che il criterio utilizzato dalla Sace per attribuzione dei punteggi fosse realmente illogico ed irrazionale e non consentisse un'idonea ponderazione dei giudizi.

Il meccanismo anzi appare indirettamente ricollegabile all'esigenza di preconstituire un chiaro quadro di valutazione al fine di evitare di attribuire una discrezionalità eccessiva alla Commissione conseguente all'eccessiva

parcellizzazione dei sub-criteri e dei sub-punteggi. In tali casi la Commissione infatti finisce talvolta per valorizzare eccessivamente tutta una serie di item meno significativi, o comunque incidenti sulla qualità dell'offerta; sottostimando talvolta elementi tecnicamente più rilevanti in danno delle offerte più apprezzabili.

Contrariamente a quanto afferma l'appellante, il metodo prescelto era dunque legittimo perché consentiva di assegnare, per ciascuno dei diversi profili di riferimento, un punteggio numerico percentualizzato rispetto al peso dell'item considerato.

Inoltre, anche sotto il profilo motivazionale, la creazione di un meccanismo standardizzato di attribuzione del punteggio in ragione dei giudizi sui vari aspetti, assicura la possibilità di ripercorrere e, per ciò solo, di controllare il percorso valutativo compiuto dalla commissione di gara, la quale altrimenti finirebbe di essere investita non di un potere discrezionale ma di un vero e proprio arbitrio, come tale non ammissibile (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806).

In tale quadro l'attribuzione dei giudizi accompagnata da una sintetica illustrazione da parte della Commissione valutatrice delle componenti più meritevoli delle singole offerte tecniche, consentiva di ricostruire comunque i motivi dei giudizi.

In conclusione il motivo va respinto.

___ 3. §.4. Infine deve essere disattesa, in punto di fatto, la censura con cui la De Besi- Di Giacomo assumono che illegittimamente poi la Sace avrebbe richiesto a Marsh di attivarsi per l'esecuzione anticipata del contratto nonostante: 1. non avesse comunicato l'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79 del codice dei contratti; 2. l'aggiudicazione non

sarebbe stata efficace non essendosi ancora concluse le verifiche ex articolo 48 del d.lgs. n. 163/2006; non sarebbero state indicate e comunque non sarebbero state sussistenti le necessarie condizioni per l'affidamento del contratto d'urgenza.

Come è evidente *ictu oculi* dalla nota del 7 dicembre 2012, la Sace non aveva affatto ordinato l'esecuzione anticipata del contratto ma si era limitata a rappresentare “... *l'opportunità – in pendenza del termine legale per la sottoscrizione del mandato di brokeraggio – di valutare lo svolgimento di eventuali attività preparatorie utili per la presa in carico delle nostre coperture assicurative*”.

Non vi è alcun divieto legale che inibisca alla stazione appaltante di sollecitare genericamente l'aggiudicatario a porre in essere attività preliminari all'avvio del contratto né in relazione alla mancata comunicazione di cui all'articolo 79 e né per l'omessa verifica ex articolo 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Infine, non essendo un'anticipazione della prestazione, non vi era alcuna necessità di indicare e comunque di motivare la sussistenza delle necessarie condizioni.

In conclusione la censura va respinta.

___ 4.§. Possono quindi essere esaminati congiuntamente i due motivi, sostanzialmente coincidenti in entrambi i ricorsi, con cui le appellanti principali contestano il cardine fondamentale della decisione di annullamento dell'aggiudicazione relativo all'affermata illegittimità della procedura perché il disciplinare di gara ed il codice dei contratti avrebbero imposto la nomina di un'unica commissione.

___ 4.§.1. Con l'unico motivo dell'appello principale n. 4715, la Sace S.p.a. sottolinea invece che l'art. 6 del disciplinare relativo alle "modalità di

aggiudicazione della fornitura" avrebbe previsto:

-- una "commissione aggiudicatrice" amministrativa cui sarebbe demandato l'attività di accertamento della regolarità formale della documentazione prodotta ai concorrenti, dei conseguenti adempimenti e di controllo successivo;

-- una "commissione giudicatrice" tecnica a cui era demandata solo, ed esclusivamente, la valutazione delle offerte tecniche.

Ciò sarebbe provato dal fatto che l'art. 6 , a fine pagina 14, disponeva che "...la *commissione giudicatrice* procede in seduta riservata alla valutazione delle offerte tecniche e all'attribuzione del punteggio tecnico .." e successivamente il predetto disciplinare prevedeva (a pagina 15) che "..terminato l'esame delle offerte tecniche sarà fissato una di un'apposita riunione della commissione *aggiudicatrice* aperta al pubblico per procedere all'apertura delle buste ed alla lettura dei prezzi offerti...".

La ricorrente in primo grado avrebbe poi accettato con dichiarazione allegata l'offerta di aver preso conoscenza di accettare tutto quanto previsto dal bando di gara per cui avrebbe fatta quiescenza la regola senza muovere alcuna forma di contestazione.

I comportamenti delle due commissioni sarebbero stati, come risulta dai relativi verbali, perfettamente conforme alla relativa disciplina della *lex specialis*. Ed il disciplinare, a sua volta, sarebbe stato perfettamente conforme alla disciplina normativa dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 e sarebbe stato rispettoso dei principi di efficienza, economia razionalità.

La scelta delle due commissioni sarebbe stata collegata alla natura complessa ed altamente tecnica del servizio che avrebbe richiesto alla stazione appaltante la necessità di giovare di specialisti del settore per la

valutazione delle offerte; mentre tutte le rimanenti attività giuridico - amministrative, che non comportavano alcuna attività valutativa discrezionale, erano affidati alla commissione amministrativa con funzione di "seggio di gara".

Come sarebbe stato dimostrato anche dal riferimento della sentenza alla tematica della valutazione dell'anomalia dell'offerta -- vale a dire ad una questione che non era stata concretamente venuta in essere nel caso di specie -- il Tar avrebbe basato la sua decisione su un rilievo del tutto astratto ed ipotetico, e comunque non conferente al caso di specie, dato che nel caso la commissione amministrativa non avrebbe compiuto alcuna valutazione delle offerte.

___ 4.§.2. Analogamente, con il secondo motivo sostanziale di censura (rubricato su C) a pagina 23 dell'appello n.4751/2013), la March contesta la sentenza sul punto rilevando come l'appellata avesse voluto confondere le operazioni prive di qualunque rilevanza tecnico-discrezionale (quali l'apertura delle buste e l'applicazione della formula per produrre l'offerta con il punteggio) con quelle di contenuto tecnico-discrezionale ovviamente riservate alla commissione di esperti. Nel caso la Sace non avrebbe compiuto alcuna irregolarità attribuendo compiti di natura sostanzialmente automatica e meccanica ad un seggio di gara, in quanto la procedura avrebbe in ogni caso avuto lo stesso esito anche se fosse stata fatta dalla commissione di esperti.

Non sarebbero affatto state nominate più commissioni deputate allo svolgimento di attività discrezionali in violazione dell'art. 84 del Codice dei Contratti e del relativo regolamento di cui all'articolo 283 del d.p.r. 207/2010.

Del tutto inconferenti sarebbe stata pure riferimento all'anomalia dell'offerta quanto l'articolo 88, comma 1-bis e 3 del codice degli appalti e l'articolo 121 del d.p.r. 207/2010 attribuiscono la competenza condurre la verifica di anomalia dell'offerta alla stazione appaltante e per essa al R.U.P. che può anche ritenersi di volersi avvalere, ai sensi dell'art. 284 del Reg. n.207/2010 o della medesima commissione giudicatrice ex art. 121, II° co. ovvero di quella costituita ad hoc ai sensi del IV° co. dell'art. 121 cit. .

___ 4.§.2. I motivi sono fondati.

Preliminarmente si deve annotare che, al contrario di quanto assume la Sace nel suo appello, la sottoscrizione di dichiarazioni di accettazione delle regole di partecipazione alla gara non implica alcuna sostanziale inoppugnabilità di clausole della "lex specialis" regolanti la procedura di gara che fossero, in ipotesi, illegittime in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza alle clausole del procedimento (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 23/12/2008 n.6523). Tale irragionevole preclusione si appaleserebbe infatti contraria all'art. 24,I° comma e 113, I ° Cost. della Costituzione.

Nel caso in esame deve dunque escludersi la rilevanza della dichiarazione di aver conosciuto ed accettato la disciplina del procedimento che la De Besi-Di Giacomo aveva allegata all'offerta.

Ciò premesso, nel merito della censura, si ricorda che, con l'entrata in vigore dell'art. 84, d.lgs. n. 163 del 2006 la commissione giudicatrice del contratto nominata dalla stazione appaltante ”*..opera secondo le norme stabilite dal regolamento...*” ed è espressamente competente solo “*... ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto*”.

L'art. 283 del Regolamento al Codice dei Contratti di cui al D.P.R.

n.207/2010, secondo comma, prevede poi che la *“commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti ... valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei relativi punteggi..”*

Nel successivo terzo comma, non a caso, il riferimento all'art. 84 scompare del tutto quando nel descrivere la fase finale dell'aggiudicazione, la norma dispone che *“...il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284”*.

Il contenuto letterale del Regolamento elenca strettamente solo i compiti che devono necessariamente essere affidati alla commissione *“c.d. giudicatrice”*, il cui mandato può quindi anche legittimamente esaurirsi con il termine della fase di valutazione.

La commissione è infatti organo istruttorio straordinario e temporaneo dell'amministrazione (cfr. ex plurimis Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 24 marzo 2006, n. 1525) con il compito giuridicamente prefissato dall'art. 84, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006 di far luogo la valutazione tecnica delle proposte delle imprese attraverso l'esercizio esclusivo di discrezionalità tecnico-scientifica, o giuridico-finanziaria.

Ciò non vuol dire che, come spesso avviene, ad essa non possa essere affidata l'intera istruttoria ai sensi dell'art. 5 della L. n.241/1990 (richiamato dall'art. 2, III° co. del Codice dei Contratti) ovvero anche le funzioni di cui all'art. 284 del Reg. n.207/2010.

Tali conclusioni appaiono coerenti anche con l'impianto disegnato dagli artt. 9 - 12 del Codice dei contratti pubblici, per cui tutti i provvedimenti facenti parte della procedura di evidenza pubblica sono assunti dal responsabile del procedimento e dai dirigenti - e dunque dal seggio di gara - a cui spetta l'approvazione definitiva degli atti di gara ivi inclusi quelli di esclusione, dopo averne verificato la regolarità tecnica e la legittimità (cfr. Consiglio di Stato sez. V 19/06/2009 n. 4068; Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1361; sez. V, 17 luglio 2004, n. 5142; sez. V, 26 settembre 2002, n. 4938).

Il combinato disposto dell'art. 84, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 283 del Regolamento al Codice dei Contratti di cui al D.P.R. n.207/2010 limitano il ruolo "necessario" ed i compiti ineludibili della Commissione giudicatrice alla sola fase della valutazione delle offerte, il che non esclude che alla medesima non possano essere affidati anche i profili relativi all'ammissione ed all'aggiudicazione, quali la valutazione dei requisiti, dei documenti e dell'offerta economica.

Tuttavia non vi è alcun elemento normativo, di carattere testuale o sistematico, che possa far concludere che il ricorso a due commissioni una con il compito di seggi di gara ed un'altra di valutazione tecnica delle offerte comporti necessariamente ed automaticamente l'illegittimità della gara.

Del resto anche, nel periodo antecedente al Codice, la costituzione di due commissioni, una tecnica c.d. "*giudicatrice*" ed una giuridico - amministrativa c.d. "*aggiudicatrice*", era una prassi comune per le stazioni appaltanti (es. dipartimenti universitari, enti di ricerca, aziende sanitarie, ecc. ecc.) che gestivano (spesso con carattere di occasionalità)

procedure di appalto, estremamente complesse sul piano tecnico, scientifico o anche finanziario e che, per questo, necessitavano di una commissione per la valutazione della migliore offerta economicamente più vantaggiosa composte da alte professionalità e specialisti del settore che però erano spesso del tutto digiuni di esperienze e competenze in materia di procedure appalti.

In definitiva, in ragione dell'assenza di specifiche contraria indicazione normative al riguardo, deve ritenersi che successivamente all'entrata in vigore del Codice dei Contratti, del tutto legittimamente una stazione appaltante prevede nel disciplinare di gara che il procedimento di aggiudicazione di un appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia affidato a due commissioni differenti, qualora senza alcuna commistione tra i diversi momenti procedurali ad una siano affidati i compiti tipici del seggio di gara c.d. "aggiudicatrice" , ed all'altra c.d. "giudicatrice" vengano affidati in via esclusiva le valutazioni delle offerte ai sensi dell'art. 84, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

Nel caso in esame deve ritenersi che, le predette ragioni di opportunità, ricorressero pienamente dato che l'appalto in questione concerneva un'attività strategica della S.A.C.E. (che, istituzionalmente, fornisce servizi assicurativi per il commercio estero).

Appare quindi esente da mende la decisione della società appaltante di ricorrere, da un lato, a costituire una commissione di soli esperti di assicurazioni e di contratti assicurativi per la valutazione delle proposte di contratto di brokering assicurativi e, dall'altro, di riservare ad un'altra commissione di esperti giuridico - amministrativi le funzioni di "seggio di

gara” per lo svolgimento di attività di carattere vincolato (quali quelle concernenti la valutazione dei requisiti di ammissione, l’attribuzione automatica dei punteggi per l’offerta economica, la verifica dei requisiti, ecc.).

Il motivo di entrambe le appellanti deve dunque essere accolto.

___ 5.§. Infine residua al Collegio l’esame della prima articolata censura (rubricata sub B) a pag. 15 dell’appello n.4751/2013), con cui la MARCH contesta l’erroneità della motivazione della decisione del Tar nella parte in cui ha respinto i motivi del suo ricorso incidentale con cui aveva contestato la sussistenza del requisito di ammissione della controinteressata per la mancata dimostrazione della capacità tecnica riferita all’attività di brokeraggio assicurativo negli importi prescritti e per lo "stesso assicurato", vale a dire per "un solo cliente", come chiarito dalla stessa Sace.

Erroneamente il Tar avrebbe ritenuto che valida l’attività di brokeraggio svolta dalla De Besi - Di Giacomo per “Cassinterass “ su incarico di quest’ultima che dunque non sarebbe stata un "cliente ", cioè un soggetto terzo che aveva affidato al broker l’incarico di intermediazione assicurativa. Al contrario per March, la Cassinterass sarebbe un’emanazione diretta del broker medesimo come dimostra il fatto che sarebbe presente sul sito web dell’odierno appellante incidentale, come strumento assicurativo offerto alla clientela De Besi - Di Giacomo: per cui non sarebbe configurabile un incarico di brokeraggio in senso tecnico che peraltro non risulterebbe da nessun documento.

Ininfluyente sarebbe infine l’affermazione del Tar per cui la “... Cassinterass riveste la caratteristica di “assicurato”, quale “cliente” nel

senso richiamato. In tal senso il Tar avrebbe travisato il senso dei chiarimenti dati dalla Sace per cui per "stesso cliente" si potevano intendere comprese anche "le aziende da esso controllate/possedute".

Sarebbe errato affermare che il termine "assicurato" dovesse essere inteso come beneficiario della prestazione e non "stesso cliente".

Nel caso di specie il requisito non sarebbe stato prestato ad un cliente esterno ma sarebbe un prodotto assicurativo offerto dallo stesso concorrente ai propri clienti. Al contrario la clausola del bando chiedeva dimostrazione di aver gestito "un cliente" delle stesse dimensioni assicurative della Sace, che istituzionalmente fornisce servizi assicurativi per il commercio estero, mentre la De Besi - Di Giacomo aveva presentato un proprio "prodotto assicurativo" in favore dei dipendenti SACE.

Il motivo è fondato.

Si deve preliminarmente ricordare che, in base alle regole fondamentali di cui agli artt. 106 e 119-121 del Codice delle assicurazioni di cui al D.Lgs. 7-9-2005 n. 209, il c.d. broker non è un assicuratore ma è un mediatore assicurativo, cioè un soggetto che svolge:

-- un servizio di assistenza e consulenza all'assicurando vero e proprio per la predisposizione di un piano di gestione dei rischi dell'assicurato e per la determinazione del contenuto dei futuri contratti;

-- un'opera di mediazione e di selezione dei prodotti assicurativi presenti nel mercato, che siano maggiormente idonei al soddisfacimento degli interessi dell'assicurato, specificamente diretta a mettere in contatto gli assicurandi con le compagnie di assicurazione, alle quali non deve essere legato da rapporti giuridici ed economici;

-- un'attività di rappresentanza dell'assicurato sia nella fase di stipulazione

della polizza assicurativa e sia in quella di esecuzione e successiva gestione dei contratti di assicurazione posti in essere per suo tramite (la cd. Clausola Broker).

Nel contratto di intermediazione assicurativa prevale dunque l'elemento mediatico rispetto a quello intellettuale per cui l'attività è stata qualificata come di tipo imprenditoriale (cfr. Cassazione, Sez.III, n. 6874/2003; Cassazione, Sez. I, 1.2.2005, n. 1991; Cassazione, Sez. III, 7.2.2005, n. 2416).

In ogni caso il "cliente" è colui che stipula con l'assicurazione la polizza assicurativa, in quanto il beneficiario dell'attività di consulenza del mediatore assicurativo.

Ciò premesso nello specifico caso in esame si deve ancora ricordare che:

-- l'articolo 3. 2. 3 del bando di gara concernente le prescrizioni sulla capacità tecnica prevedeva l'obbligo per ciascun concorrente di dimostrare " ... di aver gestito, negli ultimi 3 esercizi approvati alla data di pubblicazione del bando di gara, portafogli assicurativi per uno stesso assicurato per un ammontare complessivo di premi lordi intermediati non inferiore a € 15.000.000,00 (quindicimilioni/00) *per uno stesso cliente*".

-- che la dichiarazione presentata da De Besi-Di Giacomo riferiva di aver gestito "... portafogli assicurativi *per lo stesso assicurato* per un ammontare di premi intermediati non inferiore a 9.000.000 di euro, al *nome del cliente: Cassinteras Cassa Interaziendale*".

A riguardo non va dimenticato che l'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 (e l'art. 48, direttiva 2004/18), prevede che i concorrenti per dimostrare la capacità tecnica e professionale, tra l'altro debbano presentare un "...elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni

con l'indicazione degli importi, delle date e *dei destinatari, pubblici o privati*, dei servizi o forniture stessi (cfr. lett. a).

Il riferimento alle pregresse esperienze, che è stato individuato dal legislatore comunitario come indicatore indiretto dell'astratta potenzialità delle imprese concorrenti, ha la funzione di porre l'Amministrazione in grado di formulare un giudizio prognostico presuntivo circa la sua effettiva capacità di espletare il servizio a base di gara a beneficio del committente.

A tal fine il riferimento letterale della citata norma ai “destinatari, pubblici o privati” dei principali servizi presuppone necessariamente che la capacità tecnica del prestatore concerna esclusivamente i servizi prestati ai terzi.

Deve dunque del tutto escludersi che concorrente possa utilizzare un'attività svolta in “autoproduzione” per integrare i requisiti di capacità tecnica richiesti.

Ha dunque ragione March quando afferma che “Cassinterass” non è affatto un “cliente” in senso tecnico del broker De Besi- Di Giacomo, cioè di soggetto terzo che abbia affidato la gestione dei propri contratti assicurativi ad un broker, ma è una struttura costituita del gruppo della De Besi- Di Giacomo – e diretta da alcuni dei suoi stessi amministratori— con la missione aziendale di offrire un prodotto assicurativo "ai propri clienti" mediante il quale le aziende possono offrire ai propri dipendenti coperture sanitarie ed assicurative

Ciò è direttamente dimostrato dallo stesso sito web della De Besi- Di Giacomo su cui, alla data della presente decisione, era “postato” tra i servizi per le aziende la “Consulenza assicurativa” della *CASSINTERASS* così descritta:

“Cassa di Assistenza “CASSINTERASS” Tra i vari servizi offerti dalla Società ai

propri clienti, CASSINTERASS è sicuramente tra i più completi ed innovativi. Si tratta di un utilissimo strumento assicurativo-fiscale con il quale l'azienda cliente può offrire a tutti i propri dipendenti, o ad una sola parte di essi, l'accesso a coperture assicurative per il rimborso delle spese mediche, infortuni e vita, garantendosi contemporaneamente un importante vantaggio fiscale. Estremamente flessibile e personalizzabile, CASSINTERASS è in grado di soddisfare anche le necessità di piccole e medie aziende, mantenendo elevati standard di qualità. Richiedi informazioni su CASSINTERASS QUI “

Tali indicazioni dimostrano che il fatturato non era il prodotto di mediazioni assicurative prestate in favore di “un unico cliente”, ma una massa di assicurazioni offerte unitariamente, dalla De Besi-Di Giacomo attraverso la predetta struttura del gruppo ad una pluralità di “assicurati”.

Come dimostrano le polizze stipulate con la Reale Mutua e con la Chartis "Chartis" (allegate dall'appellata) nel caso Cassinterass non era stata l'unica “cliente” delle mediazioni assicurative della concorrente, ma era una struttura societaria della De Besi-Di Giacomo che per questo difettava assolutamente del carattere di terzietà.

La sua dichiarazione non poteva integrare il requisito di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 48, direttiva 2004/18 “*per un unico cliente*”, ma poteva solo dimostrare che la De Besi-Di Giacomo aveva intermediato direttamente e attraverso la struttura Cassinterass, l'importo di premi dichiarato verso più clienti.

Per questo l'odierna appellata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara non potendo soddisfare il requisito prescritto dal bando di gara di aver intermediato premi assicurativi “per uno stesso cliente” che fosse stato destinatario dei suoi servizi per i 15 milioni.

In conclusione l'appello della March è fondato e deve essere accolto e, per l'effetto in riforma della decisione impugnata deve dichiararsi l'illegittimità dell'ammissione della De Besi- Di Giacomo.

___ 6.§. In conclusione:

-- deve essere respinto il ricorso incidentale dell'ATI De Besi- Di Giacomo S.p.a. introdotto sul ricorso n. 4751/2013;

-- devono essere accolti gli appelli n. 4715/2013 e n. 47512013, rispettivamente della Sace S.p.a. di Marsh S.p.a. e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata deve essere respinto il ricorso di primo grado ed accolto il motivo dell'incidentale della March;

-- in conseguenza deve dichiararsi l'illegittimità dell'ammissione della De Besi- Di Giacomo e, per converso, il diritto di Marsh S.p.A. alla aggiudicazione ed alla conseguente sottoscrizione del relativo contratto.

Le spese , secondo le regole generali seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___ 1. Riunisce gli appelli di cui in epigrafe essendo evidente la connessione soggettiva ed oggettiva degli stessi;

___ 2. Respinge il ricorso incidentale dell'ATI De Besi- Di Giacomo S.p.a. introdotto sul ricorso n. 4751/2013;

___ 3. Accoglie l'appello n. 4715/2013 della Sace S.p.a. e l'appello n. 47512013 di Marsh S.p.a. e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata respinge il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione;

___ 4. in conseguenza dichiara il diritto di Marsh S.p.A. all'aggiudicazione della gara bandita dalla Sace ed alla conseguente sottoscrizione del relativo contratto;

___ 5. Condanna l'ATI De Besi - Di Giacomo S.p.a. al pagamento delle spese di entrambi i giudizi che vengono liquidati omnicomprensivamente in € 6.000,00 oltre all'IVA ed CPA come per legge, di cui rispettivamente: - € 3.000,00 oltre all'IVA ed CPA in favore della Sace S.p.a.; -- € 3.000,00 oltre all'IVA ed CPA in favore di Marsh S.p.A. .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

