



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 staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 629 del 2014, proposto dagli Assicuratori dei Lloyd's aderenti al Sindacato Qbe Underwriting Limited, in persona della sig.ra Nicoletta Andreotti, rappresentante generale per l'Italia, rappresentati e difesi dall'avv. Fabrizio Perla e con domicilio stabilito ex lege presso la Segreteria del T.A.R., in Latina, via A. Doria, n. 4

contro

Provincia di Frosinone, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mariacristina Iadecola e con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R., in Latina, via A. Doria, n. 4

nei confronti di

AIG Europe Limited, in persona del dr. Marco Delle Vacche, rappresentante generale per l'Italia, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Ivan Bullo e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Contini, in Latina, via Sabaudia, n. 4

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione della Provincia di Frosinone prot. n. 99089 del 2 settembre 2014, contenente aggiudicazione definitiva alla controinteressata della gara per l'affidamento dei servizi di copertura assicurativa per l'esercizio delle attività istituzionali, indetta con bando pubblicato nella G.U. n. 37 del 31 marzo 2014;
- della determinazione della Provincia di Frosinone prot. n. 2252 del 10 luglio 2014, comunicata con nota prot. n. 81146 del 14 luglio 2014, con la quale è stata disposta la ripresa/prosecuzione della procedura di gara per cui è causa;
- della determinazione della Provincia di Frosinone prot. n. 1304 del 15 aprile 2014, comunicata con nota prot. n. 43080 del 16 aprile 2014, recante "rettifica" del bando di gara;
- della determinazione della Provincia di Frosinone prot. n. 55263 del 19 maggio 2014, con la quale i Lloyd's sono stati esclusi dalla gara;
- di tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali, tra cui precipuamente la nota prot. n. 59753 del 29 maggio 2014, recante invito alla Commissione a sospendere la gara.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione della Provincia di Frosinone;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AIG Europe Limited;
Vista la memoria difensiva e la documentazione dell'AIG Europe Limited;
Vista l'ordinanza n. 272/2014 del 23 ottobre 2014, con cui è stata accolta l'istanza cautelare;
Vista la memoria conclusiva della controinteressata;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 120 del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), nel testo risultante dalla l. n. 114/2014;
Nominato relatore nell'udienza pubblica del 4 dicembre 2014 il dott. Pietro De Berardinis;
Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

I ricorrenti, Assicuratori dei Lloyd's aderenti al Sindacato Qbe Underwriting Limited, impugnano – unitamente agli atti presupposti e connessi indicati in epigrafe – la determinazione della Provincia di Frosinone prot. n. 99089 del 2 settembre 2014, recante aggiudicazione definitiva alla AIG Europe Limited della gara di appalto per l'affidamento del servizio di copertura assicurativa per l'esercizio delle attività istituzionali, nonché la determinazione della Provincia di Frosinone prot. n. 55263 del 19 maggio 2014, recante esclusione della loro offerta dalla gara, chiedendo l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione, degli atti impugnati.

A supporto del gravame, deducono, con un unico motivo, le doglianze di: violazione dell'art. 70 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi generali in materia di appalti; eccesso di potere, illogicità, travisamento dei fatti, arbitrarietà, carenza assoluta di istruttoria, difetto di motivazione; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; violazione dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento della P.A..

In estrema sintesi, lamentano che vi sarebbe stata una rettifica sostanziale del bando di gara, con la riduzione ad un terzo della durata e dell'importo originariamente fissati, senza alcuna riapertura dei termini, né rinnovazione del procedimento. Non avendone ricevuto comunicazione, i ricorrenti non hanno potuto adeguarvi la loro offerta, che, perciò, sarebbe stata illegittimamente esclusa dalla gara. Di fronte alle rimostranze dei ricorrenti – espresse con preavviso di ricorso ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006 – la stazione appaltante avrebbe, in un primo tempo, sospeso la gara, per poi procedere, inopinatamente, all'aggiudicazione della stessa in favore della controinteressata.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Frosinone, depositando memoria difensiva con la quale ha eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso per la tardività dell'impugnazione dell'atto di esclusione dei ricorrenti dalla gara. Nel merito, ha inoltre eccepito l'infondatezza delle censure, per essersi la P.A. limitata ad una

semplice rettifica ex art. 4.1 del disciplinare di gara, concludendo per la reiezione del gravame.

Si è costituita in giudizio l'AIG Europe Limited, depositando a sua volta memoria difensiva, con la quale ha eccepito: a) in via preliminare, che il ricorso sarebbe irricevibile per tardività, non avendo i ricorrenti impugnato tempestivamente la loro esclusione dalla gara, senza che la stazione appaltante abbia mai sospeso la procedura; b) che i ricorrenti sarebbero privi di legittimazione attiva; c) che la P.A. avrebbe agito ai sensi del parag. VI.3 del bando di gara; d) in ogni caso, che la rettifica operata non sarebbe sostanziale, in quanto la riduzione del periodo del servizio e dell'importo messo a gara sarebbe irrilevante nell'ipotesi (qui sussistente) della copertura assicurativa "loss occurrence" (cioè avente ad oggetto i fatti occorsi nel periodo di vigenza della garanzia), perché in tal caso il contratto triennale non dovrebbe ritenersi altro che una sequenza di contratti annuali.

Con ordinanza n. 272/2014 del 23 ottobre 2014 è stata accolta l'istanza cautelare, per la sussistenza del fumus boni juris, atteso che la modifica apportata dalla P.A. al bando di gara avrebbe carattere sostanziale e non sarebbe riconducibile in alcun modo al potere di cui ai paragg. V.I.3) del bando di gara e 4.1 del disciplinare di gara (riguardanti il potere di apportare "rettifiche alla documentazione di gara").

In vista dell'udienza pubblica la controinteressata ha depositato

ulteriore memoria difensiva, con la quale ha rinunciato all'eccezione di difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti, insistendo, invece, nelle altre eccezioni, di rito e di merito, sollevate avverso la domanda attorea.

All'udienza pubblica del 4 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Occorre scrutinare in via preliminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, formulata sia dalla Provincia di Frosinone, sia dalla controinteressata AIG Europe Limited, in considerazione della tardività dell'impugnazione, da parte dei ricorrenti, del provvedimento di esclusione della loro offerta dalla gara.

In particolare, a fronte della suddetta esclusione – adottata con determinazione prot. n. 55263 del 19 maggio 2014 – i ricorrenti hanno avanzato istanza ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, che tuttavia (eccepiscono le controparti) non è idonea a determinare alcuna sospensione, né del procedimento di gara, né del decorso del termine di impugnativa dell'esclusione stessa: poiché la P.A., dal canto suo, non avrebbe sospeso l'efficacia del provvedimento di esclusione, né, tantomeno, della gara in sé, il termine di impugnazione di tale provvedimento sarebbe ampiamente decorso alla data della notifica del ricorso in epigrafe (18/22 settembre 2014), ciò che vizierebbe irrimediabilmente l'intero ricorso, rendendolo nel suo complesso irricevibile. In contrario non varrebbe la nota del

Segretario Direttore Generale della Provincia prot. n. 59753 del 29 maggio 2014, che costituirebbe una mera richiesta ai funzionari dell'Ente di sospendere il procedimento (da cui, oramai, i ricorrenti erano stati esclusi) e, dunque, avrebbe valore di mero atto interno, non recante alcun cenno alla sospensione dell'efficacia del suindicato provvedimento di esclusione dell'offerta.

L'eccezione non può essere condivisa.

Invero, la documentazione versata in atti, in specie la nota del Segretario Direttore Generale prot. n. 59753 del 29 maggio 2014 dimostra che in effetti vi è stata una sospensione della procedura di gara a seguito dell'istanza ex art. 243-bis cit. presentata dai ricorrenti, con cui si lamentava l'illegittimità dell'esclusione della loro offerta. Al riguardo non deve trarre in inganno il fatto che la predetta nota "inviti" i suoi destinatari (il dirigente del Settore Patrimonio, i membri della Commissione, nonché il segretario di quest'ultima) a sospendere la procedura di gara: ed infatti, nel paragrafo precedente il sottoscrittore della nota – posto in posizione gerarchicamente sopraordinata rispetto ai destinatari della stessa – esprime un giudizio circa l'opportunità di una sospensione temporanea della gara che, per la sua formulazione ("si ritiene opportuno sospendere temporaneamente le attività di gara"), può e deve intendersi come un effettivo ordine di sospensione della procedura.

Del resto, che tale nota sia stata intesa nel senso ora visto, di vero e proprio ordine di sospensione, è dimostrato dalla successiva attività

svolta dalla stazione appaltante, la quale, invece di aggiudicare immediatamente l'appalto alla controinteressata, ha rinviato la seduta del 27 maggio 2014 a data da destinarsi, come riconosce la medesima controinteressata, al fine di consentire alla Commissione di valutare le doglianze degli odierni ricorrenti.

In proposito va richiamata la giurisprudenza consolidata, secondo cui, nell'interpretazione dell'atto amministrativo non ci si può fermare al nomen iuris assegnatogli dall'organo che lo ha adottato, ma occorre conto del suo contenuto e delle norme di riferimento: inoltre l'identificazione del contenuto dell'atto va effettuata in relazione al potere che la P.A. ha inteso esercitare, risultando così legittima l'interpretazione coerente con il comportamento complessivo tenuto dalla stessa P.A., alla stregua del principio stabilito dall'art. 1362, secondo comma, c.c. (cfr. C.d.S., Sez. IV, 31 maggio 1999, n. 925; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 17 giugno 2008, n. 5916; v. pure C.d.S., Sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1877; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 24 agosto 2002, n. 1464). Ne consegue che, anche in base al criterio ermeneutico ex art. 1362, secondo comma, c.c., la nota del Segretario Direttore Generale della Provincia di Frosinone prot. n. 59753 del 29 maggio 2014 integra sospensione della procedura di gara per cui è causa.

E – va specificato – la suddetta sospensione non può intendersi altro che come sospensione, altresì, del medesimo provvedimento di esclusione dei ricorrenti dalla gara, atteso che, come già accennato, la

nota del 29 maggio 2014 si profila quale riscontro alle doglianze dei ricorrenti circa l'illegittimità dell'esclusione della loro offerta dalla gara. Infatti, tale nota ha disposto la sospensione temporanea della procedura in esame proprio "al fine di accertare con opportuni approfondimenti la legittimità dell'istanza presentata dalla Lloyd's". In tanto, perciò, il Segretario Direttore Generale è intervenuto con la citata nota, in quanto appariva opportuno, alla luce delle rimostranze degli odierni ricorrenti, verificarne la legittimità dell'esclusione dall'appalto: esclusione che, per tal motivo, si deve ritenere che sia stata a sua volta sospesa fino alle successive decisioni della stazione appaltante.

Ne discende che il ricorso deve considerarsi tempestivo, avendo la P.A., con la riferita sospensione, rimesso in termini i ricorrenti rispetto all'impugnativa anche del provvedimento di esclusione della loro offerta dalla gara. Donde l'infondatezza della suesposta eccezione di irricevibilità.

Sempre in via preliminare, va, poi, sottolineato come, con apprezzabile spirito di lealtà processuale, la controinteressata abbia rinunciato, nella memoria finale, all'eccezione di difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti, avendone autonomamente verificato l'infondatezza.

Nel merito, il ricorso è fondato per le stesse ragioni già sinteticamente esposte in sede cautelare, da cui, pur al più approfondito esame tipico della fase di merito del giudizio, non si

ravvisano elementi per discostarsi.

L'appalto in discorso ha avuto ad oggetto, come già accennato, il servizio di copertura assicurativa, per le seguenti tipologie di rischi, suddivise in due lotti:

- lotto 1, responsabilità derivante dall'esercizio delle attività istituzionali;
- lotto 2, responsabilità patrimoniale derivante dall'esercizio delle attività istituzionali.

In particolare, sia il bando, sia il disciplinare di gara avevano originariamente previsto una durata di tre anni del contratto e, per l'effetto, un importo di questo, per il lotto 1, di € 2.400.000,00, pari ad € 800.000,00 all'anno e, per il lotto 2, di € 60.000,00, pari ad € 20.000,00 all'anno (v. all.ti 1 e 3 della Provincia di Frosinone).

Con successiva determinazione n. 2014/1304 del 15 aprile 2014, tuttavia, la Provincia provvedeva a modificare la *lex specialis*, riducendo sia la durata della gara (da tre ad un anno), sia, per l'effetto, il relativo importo (per il lotto 1: da € 2.400.000,00 ad € 800.000,00; per il lotto 2: da € 60.000,00 ad € 20.000,00, v. all. 4 della difesa provinciale).

La Provincia di Frosinone sostiene che detta modifica costituirebbe espressione del potere previsto dal parag. 4.1 del disciplinare di gara – non impugnato dai ricorrenti –, ai sensi del quale:

- a) la stazione appaltante si riservava di elaborare chiarimenti e/o rettifiche alla documentazione di gara, obbligandosi a pubblicarli sul

proprio sito internet almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte;

b) le imprese concorrenti avevano l'onere di visionare l'indicato sito internet prima della spedizione del plico contenente l'offerta, al fine di verificare la presenza di (eventuali) chiarimenti, rettifiche o precisazioni.

Analoga previsione era anche contenuta nel parag. VI.3) del bando di gara (intitolato "Informazioni complementari"), come sottolinea la controinteressata (v. all. 1 di quest'ultima).

In tale prospettiva, mentre la stazione appaltante avrebbe scrupolosamente rispettato le prescrizioni della lex specialis di gara, pubblicando regolarmente sul proprio sito internet le modifiche di cui alla suindicata determinazione n. 2014/1304 del 15 aprile 2014, i ricorrenti, per mera disattenzione, non avrebbero controllato, prima dell'invio della loro offerta, la presenza sul predetto sito internet delle modifiche in questione.

L'ora vista argomentazione difensiva non può, però, essere in alcun modo condivisa, in quanto sia il parag. VI.3) del bando di gara, sia il parag. 4.1 del disciplinare, parlano unicamente di chiarimenti o rettifiche alla documentazione di gara, che, evidentemente, costituiscono tutt'altra cosa rispetto alle modifiche della lex specialis di gara.

Erra, pertanto, la controinteressata, lì dove eccepisce, con pressoché identica argomentazione, che il parag. VI.3) del bando di gara –

rimasto inoppugnato – avrebbe attribuito alla stazione appaltante il potere di apportare modifiche della legge di gara pubblicandole almeno sei giorni prima del termine per la presentazione delle offerte. Il parag. VI.3) cit., infatti, al pari del parag. 4.1 del disciplinare di gara, ha – si ribadisce – un oggetto completamente diverso e ben più limitato del potere di apportare modifiche alla *lex specialis*, concernendo esso i chiarimenti e le rettifiche alla mera documentazione di gara.

Poiché, dunque, la stazione appaltante ha agito con le modalità previste dal parag. VI.3) del bando e dal parag. 4.1 del disciplinare, esercitando, però, un potere del tutto diverso da quello regolato dalle riferite prescrizioni (e non previsto dalle stesse), ne deriva l'illegittimità del suo operato. Ed infatti, la stazione appaltante, avendo apportato modifiche sostanziali alla *lex specialis*, non avrebbe potuto limitarsi alla pubblicazione sul proprio sito internet della determinazione del 15 aprile 2014 recante tali modifiche, ma avrebbe dovuto provvedere alla ripubblicazione del bando ed alla riapertura dei termini per la presentazione delle offerte: ciò che non è avvenuto, con il corollario della fondatezza delle doglianze dedotte con il ricorso.

Costituisce, infatti, regola di carattere generale – derivante dai principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa – quella per cui, alla modifica sostanziale dell'oggetto di una procedura concorsuale deve far seguito la riapertura dei termini per la

presentazione delle domande, da attuare mediante la ripubblicazione del bando (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 23 giugno 2008, n. 2108).

Va aggiunto che nel caso de quo è infondata anche l'ulteriore eccezione avanzata dalla AIG Europe Limited, secondo cui quella operata dalla stazione appaltante non sarebbe una modifica sostanziale della *lex specialis* di gara.

Sostiene, in specie, la controinteressata che occorre distinguere tra contratti di assicurazione "claim made" e "loss occurrence", poiché per i contratti di questo secondo tipo (a cui sarebbe riconducibile il servizio oggetto della gara) l'assicurazione riguarda la copertura del rischio che, in un dato arco di tempo, si verificano fatti generatori di responsabilità aquiliana, sicché il concreto manifestarsi degli eventi generatori di responsabilità non dipende dalla durata del contratto: perciò, la riduzione ad un terzo di durata ed importo dell'appalto non sarebbe modifica sostanziale di questo.

In contrario, tuttavia, è agevole rilevare che, se è vero che il rischio degli accadimenti è lo stesso sia che il contratto abbia durata annuale, sia che abbia durata triennale, è evidente che i valori assoluti, in termini di durata e di importo, sono ben diversi prima e dopo la modifica operata dalla Provincia: infatti, un conto è un contratto annuale per € 820.000,00, tutt'altra cosa è un contratto triennale per € 2.460.000,00; basti pensare, in proposito, alla possibilità che la concorrente non voglia vincolarsi per una durata così breve (o

viceversa). Per questo aspetto, quindi, la pur suggestiva distinzione tra contratti “claim made” e “loss occurrence” è irrilevante, né ha alcun valore la circostanza che quello di cui si discute fosse un contratto “loss occurrence”.

In definitiva, pertanto, il ricorso risulta fondato e da accogliere, attesa la fondatezza delle doglianze ivi dedotte. Per conseguenza, occorre disporre l’annullamento degli atti con lo stesso impugnati ed in specie delle determinazioni della Provincia di Frosinone di esclusione dei ricorrenti dalla gara e di aggiudicazione di quest’ultima alla controinteressata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo, con l’avvertenza che si tiene conto della lealtà processuale che ha ispirato la condotta della controinteressata nel rinunciare all’eccezione di difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti, provvedendo alla riduzione delle spese a carico della stessa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione staccata di Latina (Sezione I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti con esso impugnati ed in particolare le determinazioni provinciali di esclusione dei ricorrenti dalla gara e di aggiudicazione di quest’ultima alla controinteressata.

Condanna la Provincia di Frosinone e la controinteressata al

pagamento in favore dei ricorrenti delle spese ed onorari di causa, che liquida in misura forfettaria in € 2.000,00 (duemila/00) a carico della Provincia ed € 1.000,00 (mille/00) a carico della controinteressata, per un importo complessivo di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Latina, nella Camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente FF

Roberto Maria Bucchi, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2015

IL SEGRETARIO

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