



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 Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 174 del 2011, proposto da:
Marsh Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Gariboldi,
Stefano Soncini e Alessandro Giadrossi, con domicilio eletto presso
P'ultimo, in Trieste, via S. Caterina Da Siena 5; Gpa Spa, *ut supra*
rappresentata e difesa;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia di
Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentato e difeso
dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso, in
Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

Willis Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Rocco Mangia,
Stefano Quadro e Giuseppe Sbisa', con domicilio eletto presso il

terzo, in Trieste, via Donata 3;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla controinteressata W.I.s.p.a. del servizio di consulenza e *brokeraggio* assunto con determinazione dirigenziale del Dirett. del Dip. Serv. Cond. 9 marzo 2011, n. 286, nonché del bando di gara e norme di partecipazione alla gara e il capitolato speciale d'appalto, la rettifica dei predetti atti, l'ulteriore rettifica, la nomina della Commissione di cui alla lettera 27 gennaio 2011, il verbale n. 1 del 25 gennaio 2011, il verbale n. 1 in seduta riservata del 27 gennaio 2011, il verbale n. 2 della seduta riservata dell'8 febbraio 2011, le schede contenenti le motivazioni, il verbale n. 3 del 15 febbraio 2011, il verbale del 1 marzo 2011 di verifica dell'anomalia di Willis Italia spa, la determina 1435 del 1 dicembre 2010 di indizione della gara, la determina n. 1484 del 13 dicembre 2010 di rettifica del bando, la determina 1576 del 29 dicembre 2010 di ulteriore modifica e per la conseguente condanna dell'Az. Osp. Univ. S. Maria della Misericordia di Udine, previa dichiarazione di inefficacia e caducazione del contratto medio tempore eventualmente stipulato tra il medesimo Ente e la controinteressata;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi e di Willis Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Le ricorrenti MARSH spa e GPA spa (rispettivamente mandataria e mandante di una costituenda ATI) impugnano l'aggiudicazione alla controinteressata Willis Italia spa del servizio di consulenza e *brokeraggio* assicurativo (bandito dal DSC dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria della misericordia di Udine), e atti connessi, chiedendo di esserne dichiarati aggiudicatari, previa dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto *medio tempore* stipulato, ovvero, ove ciò non sia possibile, di essere risarciti del danno patito.

1.1. - In fatto, espongono che, con atto n. 1435 del 1°.12.10, è stata bandita una gara a procedura aperta per l'affidamento dell'indicato servizio, cui hanno partecipato quattro costituende ATI. Per quanto qui rileva, la ricorrente otteneva 45 punti per l'offerta tecnica (la controinteressata 58), mentre le offerte economiche risultavano pressoché identiche (infatti, entrambe hanno ottenuto 40 punti). Willis risultava aggiudicataria provvisoria, tuttavia, poiché la sua offerta era anomala ai sensi dell'art. 86 del D.Lg. 163/06, la Stazione Appaltante chiedeva (così come anche alla ricorrente, seconda classificata) la presentazione delle giustificazioni sugli elementi

costitutivi dell'offerta, valutandole, conclusivamente, entrambe congrue. Seguiva, con atto del 9.3.11 n. 286, l'aggiudicazione definitiva a Willis Italia spa, che l'istante contesta, adducendo i seguenti motivi:

1) illegittimità della valutazione di congruità dell'offerta di Willis che doveva, invece, ritenersi anomala e conseguentemente esclusa, per violazione dell'art. 86 del D.Lg. 163/06, degli artt. 1 e 3 della L. 241790; degli artt. 3 e 97 della Costituzione; difetto di presupposto, illogicità, carenza di motivazione, travisamento, disparità e sviamento. Violazione degli artt. 5 e 6 delle Norme di Partecipazione e degli artt. 1 e 6 del Capitolato speciale.

L'istante lamenta che, nel conteggio relativo ai ricavi derivanti dalle polizze, la ricorrente abbia incluso anche (in contrasto con quanto previsto dal Disciplinare) i premi relativi alla polizza per colpa grave, che non potevano essere indicati in quanto non facenti parte dell'appalto.

2) Illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta Willis per violazione dell'art. 83 del D.Lg. 163/06, degli artt. 1 e 3 della L. 241790; degli artt. 3 e 97 della Costituzione; difetto di presupposto, illogicità, carenza di motivazione, travisamento, disparità e sviamento. Violazione delle Norme di Partecipazione e del Capitolato speciale in tema di contenuto dell'offerta tecnica, Violazione dell'art. 3, comma 59, della L. 244/07 e degli artt. 86, comma 5, del D.Lg. 267/00; 23, comma 1, del D.P.R. 3/57, art. 55,

comma 1 del D.Lg. 165/01, dell' art 93, comma 1, del D.Lg. 267/00, e degli artt. 1411 e 1891 c.c.

A tenore del Capitolato, l'attività del *broker*, oggetto di gara, non comprende l'intermediazione di polizze concernenti la colpa grave. Willis doveva quindi essere esclusa per aver inserito tale voce sia nell'offerta economica che nelle giustificazioni.

3) Illegittima valutazione delle offerte tecniche per violazione dell'art. 86 del D.Lg. 163/06, degli artt. 1 e 3 della L. 241790; degli artt. 3 e 97 della Costituzione; difetto di presupposto, illogicità, carenza di motivazione, travisamento, disparità e sviamento. Violazione degli artt. 8 e 9 delle Norme di Partecipazione e degli artt. 1 e 6 del Capitolato speciale.

La ricorrente contesta i punteggi attribuiti a Willis che ritiene ingiustificatamente alti, in specie per quanto riguarda le “modalità di gestione del contratto di copertura R.C.T.O.”; le “Modalità di gestione delle polizze assicurative aziendali relative alle sperimentazioni cliniche no profit ex DM 14.7.09”; la “Consulenza nel settore sperimentazione individuazione e analisi dei rischi predisposizione della documentazione per le integrazioni di copertura della gara indetta il 19.7.10”, ed altre, dettagliatamente descritte.

4) In via subordinata, contesta la mancanza di provvedimento di nomina della Commissione di gara per violazione dell'art. 86 del D.Lg. 163/06, degli artt. 1 e 3 della L. 241/90; degli artt. 3 e 97 della

Costituzione; difetto di presupposto, illogicità carenza di motivazione travisamento, disparità e sviamento. Violazione degli artt. 7 e 8 delle Norme di Partecipazione e violazione dell'atto aziendale n. 1379 del 29.12.09.

Secondo la prospettazione della ricorrente, non esiste un atto di nomina della Commissione, in quanto l'unico documento consegnato, in esito all'esperito accesso alla documentazione, è la nota del 27.1.11 di convocazione della Commissione, sottoscritta "per il Direttore del Dipartimento", con firma illeggibile.

5) Ancora in via subordinata, lamenta la violazione del principio di pubblicità delle gare per violazione dell'art. 86 del D.Lg. 163/06, degli artt. 1 e 3 della L. 241/90; degli artt. 3 e 97 della Costituzione; difetto di presupposto, illogicità, carenza di motivazione, travisamento, disparità e sviamento. Violazione degli artt. 7 e 8 delle Norme di Partecipazione e degli artt. 1 e 6 del Capitolato speciale.

Secondo la ricorrente, il vizio sussiste poiché, nella seduta pubblica del 25.1.11, la Commissione si è limitata a verificare la sigillatura dei plichi contenenti le offerte tecniche, ma non li ha aperti per verificare la completezza della documentazione in essi contenuta.

2. - L'Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso concludendo per la sua reiezione.

3. - E' presente in giudizio anche la controinteressata Willis Italia spa che ugualmente ne chiede il rigetto.

4. - Con atto depositato il 23.9.11, la sola ricorrente MARSH spa ha

rinunciato al ricorso. GPA spa, per contro, insiste per la decisione.

5. - Con memoria, DSC espone le ragioni per cui la rinuncia di Marsh spa comporta il venir meno dell'interesse di GPA spa alla decisione. In subordine, laddove si ritenesse la sussistenza dell'interesse e la fondatezza del ricorso, precisa le ragioni per cui il contratto non può essere dichiarato inefficace e ridimensiona le richieste risarcitorie avanzate dalla sola ricorrente rimasta nel processo.

6. - Anche Willis presenta un'ampia memoria con cui precisa le già esposte conclusioni e ribadisce che, preso atto della rinuncia di Marsh, il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse.

7. - In data odierna, dopo ampia discussione (ove GPA ha precisato esservi ancora interesse all'aggiudicazione, posto che Marsh ha bensì rinunciato al ricorso, ma non all'impegno, tuttora valido, a costituire l'ATI in caso di aggiudicazione; e le controparti hanno ribadito che la rinuncia al ricorso comporta anche rinuncia alla posizione sostanziale sottostante, cioè all'aggiudicazione e, in definitiva, alla gara) il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

8. - Merita, dapprima, sottolineare che le originarie ricorrenti hanno proposto due domande: una principale per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto e aggiudicazione a sé dell'appalto; e una seconda, subordinata, di annullamento dell'intera

gara.

8.1. - Il primo argomento da trattare riguarda l'eccezione sollevata dalle parti resistenti, secondo le quali - venuta meno, per rinuncia al ricorso, una delle Società ricorrenti, che avevano congiuntamente partecipato alla procedura con l'impegno di costituire l'ATI in caso di aggiudicazione - il ricorso è divenuto improcedibile.

Il problema ha due aspetti diversi e cioè se GPA possa, allo stato, "correre" da sola, e se l'eventuale sentenza in suo favore sia idonea ad arrecarle qualche apprezzabile vantaggio.

8.1.1. - Alla prima domanda deve essere data risposta positiva, dato che la giurisprudenza ha ritenuto che all'impugnazione dell'aggiudicazione e degli atti di gara sia legittimata *singulatim* ogni Ditta partecipante in costituenda ATI. Ne consegue che, se tali soggetti ricorrono congiuntamente, e alcuno di essi successivamente rinuncia, la causa ben può essere proseguita anche da uno solo (sul principio C.S. 490/08).

8.1.2. - Diversa è invece, ad avviso del Collegio, la questione della persistenza dell'interesse alla decisione in capo all'unica ricorrente.

Come correttamente rilevato dal resistente DSC, l'aggiudicazione può essere effettuata solo nei confronti di chi ha partecipato alla gara, nella specie: alla costituenda ATI formata da Marsh e GPA. e non singolarmente ad una di esse, per l'ovvia ragione che la domanda era stata presentata unitariamente e il punteggio attribuito ad una offerta unica e inscindibile.

Tuttavia, GPA, allo stato, risulta unica ricorrente, cosicchè la sentenza non può essere emessa che nei suoi confronti, con l'ulteriore conseguenza che GPA, da sola, anche in caso di esito favorevole del ricorso (la sentenza non può far stato nei confronti di chi non è parte del giudizio), non potrebbe in ogni caso - come correttamente rilevato da DSC - pretendere l'aggiudicazione ed eseguire il contratto (anche perché la sua partecipazione all'ATI copriva solo il 30% della commessa).

In udienza, GPA ha fatto presente l'irrilevanza (ai fini sostanziali) della rinuncia al ricorso di Marsh, la quale sarebbe - secondo la sua prospettazione - ancora interessata ad ottenere l'aggiudicazione e pronta a costituire l'ATI e ad eseguire il contratto.

L'argomento non può trovare accoglimento - anche a prescindere dal fatto che la circostanza è affermata, ma non documentata - perché ciò che le parti possono aver concordato al di fuori del processo, in questa sede non rileva.

Infatti, se anche si addivenisse all'annullamento dell'aggiudicazione, sarebbe possibile dichiarare inefficace il contratto (e disporre il subentro nello stesso da parte della vincitrice) solo se sussistessero i presupposti di cui all'art. 122 c.p.a.; che dispone di tener conto degli interessi delle parti, dello stato di esecuzione dl contratto e - ciò che nella specie maggiormente rileva - "della effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati". Allo stato, non si può che prendere atto del fatto che la ricorrente, da

sola, anche in caso di accoglimento del ricorso e di annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata, non potrebbe in ogni caso ottenere l'aggiudicazione in suo favore, *in virtù della sentenza*.

La rinuncia al ricorso di Marsh ha infatti prodotto l' "effetto collaterale" di far venir meno in capo a GPA l'interesse alla decisione, che non le farebbe conseguire, allo stato, alcun apprezzabile vantaggio.

I motivi di ricorso avverso l'aggiudicazione della gara al controinteressato vanno quindi dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

8.2. - In altro modo va invece decisa la domanda subordinata di annullamento dell'intera gara.

Infatti la doglianza della ricorrente, che si fonda sulla mancata apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica, è per certo fondata, alla stregua di quanto deciso dall'A.P. del C.S. n. 13/11, ove si è espressamente statuito che solo l'apertura di tutti i plichi in seduta pubblica costituisce "corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno ...in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti", precisando che "tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento".

Il Collegio (non senza qualche perplessità, dato che la mera apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica, pur con verifica ed enumerazione della documentazione ivi contenuta e successiva risigillatura di plichi - ma senza la possibilità di ciascuno di prendere in esame la documentazione versata dagli altri concorrenti - pare rispondere in modo puramente formale e inadeguato al principio di trasparenza, e non garantisce da possibili manomissioni postume) ritiene di adeguarsi alla decisione dell'A.P. (che peraltro ribadisce autorevolmente un indirizzo già largamente presente nella giurisprudenza di merito).

Ne consegue che, alla stregua di quanto esposto, la domanda subordinata va accolta, con conseguente annullamento dell'intera gara ed obbligo della sua rinnovazione.

9. - La ricorrente ha chiesto anche il risarcimento dei danni patiti, che ha quantificato, ove fosse stata accolta la domanda principale, ma il contratto non fosse stato dichiarato inefficace, in € 127.360,92, maggiorato del “danno professionale e di immagine” (con rivalutazione monetaria e interessi al saldo). Nel caso, invece di accoglimento della domanda subordinata - di annullamento dell'intera gara - “ritiene equo stimare il danno subito in una percentuale pari a 2/3 della predetta somma”.

Poiché si è verificata questa seconda ipotesi, che ha ripristinato le *chances* della ricorrente di partecipare ad una nuova gara, il Collegio ritiene che il danno patito vada limitato alle spese sostenute (e

documentate) per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura; tale sarà pertanto la somma che il DSC dovrà corrispondere alla ricorrente (con rivalutazione e interessi al saldo) previa sua esatta quantificazione.

10. - La particolarità della vicenda consiglia di disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa, ad eccezione del contributo unificato (pari ad € 2000,00) che l'Amministrazione provvederà a rifondere alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, in parte lo dichiara improcedibile, in parte lo accoglie, nei termini di cui in motivazione; per l'effetto annulla *in toto* la gara d'appalto di cui trattasi.

Accoglie la domanda di risarcimento del danno, nei termini precisati in motivazione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti, contributo unificato rifuso.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre

2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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