

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2399 del 2005, proposto dalla società *** – *** S.p.A., in persona del procuratore speciale in carica, in proprio e quale Compagnia delegataria del raggruppamento *** -*** s.p.a., *** *** s.p.a. – Divisione *** e *** Assicurazioni, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Marco Pizzetti del Foro di Torino e Ludovico Villani del Foro di Roma, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, Via Asiago n. 8/ int. 2;

contro

l'AZIENDA SANITARIA LOCALE n. 1 di TORINO, in persona del Direttore Amministrativo in carica, Dott. Giacomo Manuguerra, rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Paolo Videtta, con domicilio eletto in Roma, via Giulia n. 189;

e nei confronti

della società *** COMPAGNIA DI ASSICURAZIONI s.a. – Rappresentanza Generale per l'Italia, in persona del legale rappresentante in carica, dott. Francesco Vittoria La Gioia, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Mario Contaldi e prof. Vittorio Barosio, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Pierluigi da Palestrina n. 63;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione II n. 3902/2004, del 29 dicembre 2004; resa fra le parti, concernente licitazione privata per l'affidamento di servizi assicurativi;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda sanitaria locale n. 1 di Torino e della società *** Compagnia di Assicurazioni s.a.

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

Visti gli atti tutti della causa ed il dispositivo n. 561/2005;

Relatore, alla pubblica udienza del 15 novembre 2005, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi!Fine dell'espressione imprevista, altresì, gli Avv.ti M. Pizzetti, L. Villani, F.P.Videtta, G. Contaldi, quest'ultimo per delega dell'Avv. M. Contaldi;!Fine dell'espressione imprevista;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. La società ***, meglio indicata in epigrafe, è stata invitata, dalla ASL n. 1 di Torino, a presentare offerte nella gara a licitazione privata per l'affidamento di servizi assicurativi per il periodo 20 giugno 2004//30 giugno 2006, suddivisa in n. 4 lotti indipendenti – sulla base di un capitolato speciale unico per

tutti e quattro i lotti e di capitolati di polizza propri per ciascun lotto - indetta con determinazione n. 81/B02/2004 del 5 maggio 2004, a norma del decreto legislativo n. 157 del 1995.

Ha presentato offerte per i lotti 1 – 2 – 3, risultando aggiudicataria del solo lotto 3.

Relativamente al lotto 1, al quale l'*** ha partecipato in raggruppamento con la *** *** S.p.a. – divisione *** ed *** Assicurazioni, in qualità di delegataria, sono state presentate soltanto l'offerta del raggruppamento anzidetto e della *** Compagnia di Assicurazioni s.a, che si è aggiudicata la gara con punti 90/110, contro i punti 84,54/110 attribuiti all'attuale appellante.

La determinazione n. 129/B02/2004 del 25 giugno 2004 del Direttore S.C. Provveditorato logistico della ASL 1, limitatamente alla parte in cui ha aggiudicato i servizi assicurativi di cui al lotto 1 alla ***, e con essa il bando di gara ed il capitolato speciale d'appalto sono stati fatti oggetto di impugnazione davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte che, con sentenza n. 3902/2004 del 29 dicembre 2004 della Sezione II, ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti.

I punti controversi – in base al ricorso introduttivo - riguardavano:

- la duplicata considerazione della coassicurazione, come requisito di partecipazione alla gara in raggruppamento temporaneo (ammessa dal bando) ed ai fini della attribuzione di un punteggio per la qualità, sostanzialmente penalizzante la compagnia che ha partecipato alla gara in associazione temporanea (I, II e III motivo);

- la spedizione della lettera di invito successivamente alla data dell'1 giugno 2004, fissata dal bando (IV motivo).

Con successivi motivi aggiunti, sono stati, poi, messi in discussione i punti che seguono:

- l'incidenza, attraverso la modificazione di talune clausole, espressamente indicate nel bando come modificabili, su altre clausole, al contrario, immutabili; con tale sistema la controinteressata avrebbe aggirato la tassatività delle clausole non modificabili e di ciò avrebbe dovuto tenere conto la stazione appaltante, disponendone l'esclusione (I e II motivo aggiunto);

- l'indeterminatezza dell'offerta economica dell'aggiudicataria (e ciò avrebbe dovuto condurre alla sua esclusione) desunta dal fatto che, piuttosto che prevedere una franchigia annua per tutti i sinistri, la controinteressata ha previsto l'inserzione di una franchigia per ciascun sinistro (non espressamente vietata dal bando); con la conseguenza che, anche a prescindere dalla necessaria esclusione, l'offerta in questione non poteva essere considerata al netto della franchigia indicata per ciascun sinistro, da rideterminare su base annua (III motivo aggiunto).

Nessuna delle censure dedotte é stata ritenuta dal giudice di primo grado meritevole di accoglimento.

2. Avverso l'anzidetta sentenza ha proposto appello l'*** in proprio e nella qualità, denunciando l'erroneità del procedimento logico giuridico attraverso cui il giudice di primo grado è pervenuto alle proprie conclusioni ed il fondamento, al contrario, delle censure dedotte con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, di cui si chiede in questa sede l'accoglimento (ad esclusione del IV motivo del ricorso di primo grado, non riproposto), con quanto ne consegue in termini di risarcimento del danno, la cui domanda è in questa sede riproposta.

Si sono costituiti, resistendo all'appello, l'Azienda Sanitaria n. 1 di Torino e la Compagnia di assicurazione *** s.a..

Successivamente, rinviata al merito l'istanza cautelare, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 15 novembre 2005 e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, deve essere disattesa l'eccezione della stazione appaltante, secondo cui, nel presente giudizio, sarebbe parte necessaria il broker che ha provveduto alla elaborazione dei capitolati speciali per l'affidamento dei servizi assicurativi ed ha svolto attività di assistenza per l'istruttoria delle fasi preliminari alla redazione degli atti di gara, per conto della Azienda sanitaria locale n. 1 di Torino.

Il soggetto che ha prestato assistenza all'Azienda è del tutto estraneo al rapporto oggetto della controversia, per il quale vi è giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma dell'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, come modificato dapprima dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, nel testo successivamente definito con l'intervento della Corte costituzionale, con sentenza 5-6-luglio 2004 n. 2004.

Il broker in questione, è, e resta, terzo nel giudizio avente ad oggetto la procedura di affidamento di cui si tratta senza che sia destinato ad assumere rilievo, ai fini della integrità del contraddittorio nel presente giudizio, la circostanza ulteriore che lo stesso è destinato, poi, a svolgere un ruolo di intermediazione fra il danneggiato e la compagnia assicurativa.

Chiarito tale aspetto, la questione non richiede, in questa sede, ulteriori approfondimenti.

2. Nel merito, l'appello è fondato.

3.1. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, l'attuale controinteressata, piuttosto che essere dichiarata aggiudicataria, doveva essere esclusa dalla gara, in quanto ha presentato un'offerta che per molti punti si discosta da condizioni contrattuali che la stazione appaltante aveva indicato come tassative.

Il dato formale dell'inserimento delle varianti in clausole del contratto tipo predisposto dall'amministrazione che lasciavano, al contrario, spazio per la personalizzazione dell'offerta, costituisce nient'altro che un espediente elusivo del quale l'amministrazione non poteva non tenere conto, in forza dell'autolimitazione derivante dalle parti del capitolato di polizza che i concorrenti erano tenuti a rispettare, ed a tutela della par condicio dei concorrenti medesimi.

Il principio di carattere generale - secondo cui le singole clausole devono essere interpretate secondo il significato reso palese dalla loro formulazione, in base ad una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, inespressi significati, in linea con il favor tendenziale del soggetto privato interessato al buon esito della procedura e della più ampia partecipazione di concorrenti - non è contraddetto dalla preminente esigenza che l'offerta corrisponda al capitolato speciale, nel quale l'Amministrazione fissa, in senso conforme agli interessi perseguiti, il contenuto del contratto da stipulare, rendendone consapevoli le imprese.

Cosicché, in una gara per l'affidamento di servizi assicurativi, quale è quella in esame, il capitolato di polizza predisposto dalla stazione appaltante, con clausole espressamente e singolarmente qualificate, a secondo dei casi, "modificabile" o "modificabile o eliminabile" o, infine, "non modificabile" - con l'avvertimento esplicito che quelle con l'apposizione "non modificabile" non possono essere modificate e/o eliminate, pena l'esclusione dalla gara - non lascia alcuno spazio interpretativo, in ordine

alla possibilità di formulare offerte che si discostino dalle condizioni contrattuali immodificabili, né consente al concorrente di introdurre varianti che surrettiziamente incidano su di esse.

3.2. Muovendo da tali considerazioni, e seguendo l'ordine delle censure dedotte con l'appello (che ripropone, nei primi tre motivi di impugnazione, i motivi aggiunti in primo grado, considerando criticamente la sentenza impugnata), si osserva che l'art. 19 del capitolato di polizza RCT/O che, sotto la rubrica "richieste di risarcimento comprese in copertura «Claims Made» (non modificabile)", consente al concorrente soltanto di fissare la data (anteriore alla decorrenza iniziale del periodo assicurativo) dalla quale il concorrente offre la garanzia per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta dall'assicurato durante il periodo di assicurazione, conseguenti a fatti avvenuti in data anteriore alle ore 00:01 dell'1/07/2004, deve essere interpretato in logica correlazione con le indicazioni contenute sotto la rubrica «somme e rischi assicurati (non modificabile)» del medesimo capitolato, che lascia alla determinazione del contraente soltanto la fissazione dell'ammontare della "franchigia aggregata per tutti i sinistri che colpiscono la polizza nel corso del periodo di assicurazione").

Le due disposizioni sono chiare nello stabilire che le indicazioni rimesse ai concorrenti devono muoversi nei soli spazi in cui non opera l'immodificabilità delle clausole, la cui vincolatività opera nel duplice senso di autolimitazione della stazione appaltante, che ha fissato, con esse, obiettivi minimi inderogabili, e, di indicazione del parametro di concorso fra gli offerenti, nel senso che lo stesso resta aperto soltanto, nell'un caso, sull'ammontare della "franchigia aggregata per tutti i sinistri che colpiscono la polizza nel corso del periodo di assicurazione" e, nell'altro, sulla maggiore o minore ampiezza del periodo anteriore a quello assicurativo in cui possono collocarsi temporalmente i fatti dannosi, affinché possano assumere rilevanza ai fini della garanzia prevista dal primo comma dell'art. 19.

Il significato letterale e logico della espressione "non modificabile" non consente l'elusione della norma speciale mediante l'inserimento in altra sede dell'offerta sostanzialmente modificativa della condizione contrattuale vincolante.

Ciò è, al contrario, quanto si è in concreto verificato, nel caso in esame, con l'inserimento, all'art. 22 del capitolato speciale (rubricato "Precisazioni"), del punto 22.5, nel quale la controinteressata ha precisato che "in relazione alla copertura in Claims made con retrodate dal 31 dicembre 2003 prevista dall'art. 19, viene stabilito il sottomassimale di euro 2.000.000 per l'intero periodo".

Non convince l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui – trovandosi la precisazione inserita nell'art. 22 e non nell'art. 19 (non modificabile), avrebbe natura di mera clausola aggiuntiva, non vietata, ammissibile e rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione - in quanto:

a) la fissazione di condizioni tassative di contratto vincola la stessa Amministrazione che le ha predisposte, indipendentemente dalla sede in cui sono inserite le varianti che ne comportano la modificazione;

b) i concorrenti sono vincolati dalle condizioni contrattuali inderogabili, cosicché eventuali varianti non possono incidere su tali condizioni;

c) nel caso in esame, poi, non è neppure esatto che la variante sia stata inserita in una sede apposita (l'art. 22) che, in quanto modificabile, l'avrebbe resa di per sé ammissibile.

L'art. 22 del capitolato, che si articola in quattro commi, non contiene la clausola "modificabile" in rubrica ("Precisazioni"), ma soltanto nell'enunciato del primo comma, dopo il segno grafico ":", apposto in immediata successione all'espressione "l'assicurazione comprende anche"; ad essa segue l'elencazione di quattro ipotesi di responsabilità civili enunciate ai punti dal 22.1. al 22.4.

La lettura corretta della disposizione non è, dunque, nel senso, che il primo comma dell'art. 22 possa essere riempito di qualsiasi contenuto modificativo delle condizioni contrattuali previste nel Capitolato di Polizza, bensì che, nell'ambito delle precisazioni di cui al primo comma, l'offerente avrebbe potuto inserire un proprio elenco di "responsabilità" a cui doveva ritenersi estesa l'assicurazione, integrativo dell'oggetto dell'assicurazione, come definito nell'articolo 18 e ciò, comunque, "a titolo esemplificativo e non limitativo".

Cosicché, l'inclusione nel citato art. 22, comma 1, di precisazioni e clausole modificative di condizioni contrattuali immodificabili costituisce violazione non soltanto delle norme di capitolato espressamente indicate come tassative, ma dello stesso articolo 22, in quanto ne altera il contenuto, in contrasto con quanto la stazione appaltante ha espresso nella la formula della norma.

3.3. Le considerazioni che precedono accomunano il complesso delle clausole aggiunte progressivamente dalla concorrente all'art. 22 primo comma del capitolato, in successione al punto 22.4. ivi predisposto dall'Amministrazione, dal momento che si tratta di clausole che introducono, tutte, offerte modificative di condizioni contrattuali espressamente indicate come non modificabili negli articoli precedenti.

3.4.. Un discorso a parte deve essere fatto per quanto riguarda la franchigia.

Affermano le resistenti (e la tesi è sostanzialmente fatta propria dal giudice di primo grado) che la circostanza che il capitolato abbia reso opzionale l'ammontare della franchigia aggregata annua (il che anche rende ammissibile un'offerta di franchigia aggregata annua a valore "0") starebbe ad indicare che all'offerente sarebbe stata data la possibilità di formulare l'offerta economica, alternativamente: a) senza franchigia; b) con franchigia aggregata annua; c) con franchigia per singolo sinistro.

La tesi non può essere condivisa in quanto:

A) il capitolato è chiaro, nel lasciare ai concorrenti soltanto le prime due, delle alternative sopra indicate, non indicando da nessuna parte una terza possibile opzione;

B) la correlazione dell'offerta economica alla franchigia aggregata annua (nel senso che l'offerta economica è calcolata sommando, al premio lordo annuo, la franchigia aggregata annua) chiarisce ulteriormente che la franchigia deve essere un elemento determinato e certo nel suo ammontare, calcolato in forma aggregata e su base annua in quanto deve concorrere, insieme al premio, a dare la misura esatta della convenienza economica dell'offerta, in comparazione con le altre offerte degli altri concorrenti..

Corollario di quanto precede è che la franchigia:

a) deve essere determinata in modo da consentirne il computo nell'offerta economica;

b) tale esigenza non può essere elusa mediante la mera prospettazione di un'offerta economica senza franchigia aggregata annua, prevedendo poi, surrettiziamente, la franchigia per singolo sinistro.

A tutto concedere, pertanto, in sede di valutazione dell'offerta economica sarebbe stato necessario compiere un'operazione matematica idonea a determinare l'incidenza della franchigia offerta dalla controinteressata sul premio annuo lordo.

3.5. L'affermazione dell'Azienda resistente secondo cui l'*** non avrebbe interesse a formulare la censura in quanto avrebbe, a sua volta previsto una franchigia per ciascun danno per i sinistri derivanti

dalla violazione della legge sulla privacy, non ha pregio; tale formulazione ha riguardato una prestazione del tutto accessoria, introdotta da *** alla clausola 23.S espressamente indicata come modificabile.

3.6. In conclusione sussistono e sono rilevanti, nel presente giudizio il complesso delle irregolarità e delle violazioni riscontrate dall'attuale appellante nell'offerta della controinteressata e denunciate in primo grado con in motivi aggiunti.

Cosicché, in definitiva, l'offerta della aggiudicataria doveva essere esclusa.

4. Quanto precede rende superfluo l'esame del quarto motivo di appello che, riprendendo parte del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, si incentra sulla illegittimità dell'art. 3 del capitolato speciale, in forza del quale sarebbe stato attribuito alla attuale appellante un punteggio per la qualità che avrebbe penalizzato la partecipazione al concorso in coassicurazione, in quanto il requisito di partecipazione sarebbe stato poi assunto come elemento di valutazione, discriminatorio rispetto alla concorrente che ha partecipato alla gara singolarmente.

Ritiene tuttavia la Sezione di doversene occupare, sia pure in via incidentale, per ragioni di completezza.

La norma speciale sarebbe illegittima per il duplice profilo della sperequazione ai danni di forme di cooperazione favorite dalla legislazione nazionale e comunitaria che la tessa Azienda aveva ritenuto di dovere ammettere alla gara, e della duplice considerazione del medesimo requisito, dapprima ai fini della ammissione alla gara e quindi ai fini della attribuzione del punteggio di qualità.

L'art. 9 del bando e l'art. 4 del capitolato applicabile a tutte e quattro le gare, hanno previsto che alla procedura potessero partecipare imprese in coassicurazione, con il limite della corresponsione, da parte dell'impresa delegataria, di almeno il 30% del rischio comunicando il rapporto di coassicurazione per la restante quota che, pena l'esclusione, deve prevedere la chiusura del riparto stesso al 100%.

L'art. 3 del capitolato speciale valuta poi nuovamente la coassicurazione ai fini del punteggio della qualità dell'offerta relativa al lotto 1, stabilendo l'attribuzione di un massimo 10 punti, nell'ambito dei 50 previsti per la qualità, in base alla formula $[(B \times 10) / A]$, dove "B" è la percentuale di ritenzione della Compagnia delegataria ed A è uguale alla percentuale di ritenzione più alta.

Il giudice di primo grado ha ritenuto la censura infondata sulla considerazione che la coassicurazione costituisce un istituto differente dal raggruppamento. La stazione appaltante giustifica la scelta operativa con la considerazione delle modalità di erogazione derivanti dalla coassicurazione: la disposizione, pertanto, non sarebbe discriminatoria.

La Sezione non condivide il procedimento logico attraverso cui il giudice di primo grado è pervenuto alle sue conclusioni.

La coassicurazione è un istituto tipico di cooperazione fra società assicuratrici che realizza lo scopo di ripartire il rischio tra più assicuratori, lasciando invariata la soggettività giuridica propria di ciascun impresa.

Nulla esclude che essa trovi la propria fonte in un unico contratto stipulato dall'assicurato con tutti gli assicuratori, i quali possono, a loro volta, affidare ad uno di essi il potere di concluderlo in nome e per conto degli altri, attraverso l'attribuzione di un potere rappresentativo disciplinato dagli art. 1387 ss. c.c. (in termini, Cass. Civ. Sez. III, 16 maggio 2005 n. 5678).

In ogni caso la coassicurazione dà luogo a un indennizzo proporzionale alla quota assicurata presso ciascun assicuratore, ma se la polizza è unica, il pagamento del danno può essere previsto che venga effettuato totalmente da un assicuratore delegatario, salvo rivalsa verso gli altri assicuratori delle relative quote.

La stazione appaltante, nell'ammettere a partecipare alla gara imprese in coassicurazione e nel richiedere il conferimento della delega all'assicuratore delegatario, ha contestualmente annesso a tale forma di cooperazione una valenza pubblicistica non differente da quella delle associazioni temporanee di impresa, in relazione alla tipicità del contratto ed alle forme di cooperazione e ripartizione delle prestazioni in campo assicurativo. Su tale base ha fissato la percentuale di rischio a carico dell'impresa delegataria e i requisiti di partecipazione (art. 9 del bando ed art. 4 del capitolato speciale valido per tutti e quattro i lotti).

La prevista partecipazione alla gara, in coassicurazione, pur con le caratteristiche proprie del rapporto assicurativo, configura dunque un'ipotesi in tutto simile a quello della partecipazione alla gara di imprese in associazione temporanea, anche sul piano della responsabilità, che ha propriamente natura e contenuto fideiussorio, in quanto non coinvolge, necessariamente, in sé, le prestazioni che ciascun partecipante è impegnato a rendere (nella specie, pro quota).

Ciò posto, una volta assunta la coassicurazione - alle condizioni e nelle forme stabilite dal bando - come requisito di partecipazione alla gara, non possono, poi la coassicurazione e la quota percentuale del rischio che ciascuna assicurazione assume a proprio carico, costituire anche parametro di valutazione, ai fini della attribuzione del punteggio di qualità, differenziato rispetto al punteggio spettante a chi partecipa singolarmente.

In tal modo, viene infatti ad operarsi un' discriminazione che contraddice il giudizio di equivalenza sulla cui base sono stati fissati i requisiti di partecipazione e, d'altra parte, viene utilizzato, illegittimamente, un medesimo requisito, già valutato ai fini della ammissione alla gara, per l'attribuzione del punteggio.

5.1. Chiarito quanto precede, l'impugnazione deve essere accolta sulla base delle prevalenti ed assorbenti censure esaminate sub 3, e deve dunque essere annullata la determinazione n. 129/B02/2004 del 25 giugno 2004, oggetto principale e diretto del ricorso di primo grado.

Non può invece essere accolta la domanda di risarcimento del danno, in quanto, non può ritenersi, per certo, che, con l'esclusione dalla gara della controinteressata, l'Azienda si sarebbe determinata ad aggiudicare il servizio all'unica concorrente in gara, stante il disposto dell'art. 3, punto 5, del capitolato speciale.

5.2. Le spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico dell'Azienda resistente ed in favore dell'appellante; compensate per il resto.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, accoglie l'appello nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie, per quanto di ragione, il ricorso n. 1040 del 2004 T.A.R. Piemonte, proposto in primo grado dalla attuale appellante ed annulla i provvedimenti impugnati secondo quanto precisato in motivazione;

Condanna l'Azienda Sanitaria Locale n. 1 di Torino, in persona del legale rappresentante in carica, al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in € 8.000,00 (ottomila/00);

Compensa per il resto;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 15 novembre 2005, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 18 gennaio 2006

\$\$\$\$\$\$\$\$\$\$

*** Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione II n. 3902/2004, del 29 dicembre 2004

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2^a Sezione – ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1040-04, proposto da *** S.p.A., in persona del Procuratore Speciale pro tempore, in proprio e quale Compagnia Delegataria del Raggruppamento ***-*** S.p.A., *** *** s.p.a. - Divisione *** e *** Assicurazioni, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Pizzetti e Roberta Zanino, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Torino, Via Mercantini 6, contro

l'A.S.L. 1 Torino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Paolo Videtta ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in via Cernaia 30, e nei confronti

della *** Compagnia di Assicurazioni S.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Vittorio Barosio, e dall'avv. Bruno Sarzotti, elettivamente domiciliata presso il primo, in Torino, corso Galileo Ferraris 120,

per l'annullamento, previa sospensione

della determinazione n. 129/BO2/2004 del 25.6.2004 del Direttore S.C. Provveditorato Logistica dell'ASL 1 Torino, limitatamente alla parte in cui ha aggiudicato i servizi assicurativi di cui al lotto 1 alla *** Compagnia di Assicurazioni s.a.;

nonché della determinazione n. 81/BO2/2004 del 5.5.2004, del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto, tutti limitatamente al lotto 1;

nonché per l'annullamento di ogni atto presupposto, preordinato, conseguente o comunque connesso, con particolare riguardo ai verbali della Commissione giudicatrice (relativamente al lotto 1);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti con i relativi allegati depositati il 22.7.2004;

Vista la costituzione e la memoria dell'Amministrazione con i relativi allegati;

Vista la costituzione e la memoria della controinteressata con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive della ricorrente, dell'Asl n. 1 e della ***;

Visti tutti gli atti e i documenti;

Relatore, il dott. Paolo Lotti;

Uditi, alla pubblica udienza del 3.11.2004, l'avv. Pizzetti per la società ricorrente, l'avv. Videtta per l'amministrazione resistente, gli avv.ti Barosio e Sarzotti per la controinteressata;

FATTO

Con ricorso notificato il 5.7.2004 e depositato il 12.7.2004, la società ricorrente chiedeva l'annullamento, previa sospensione dei provvedimenti sopra epigrafati, per i seguenti motivi:

1. Violazione dell'art. 11 D.Lgs. 157/1995. Violazione della par condicio dei concorrenti e dei principi comunitari e nazionali relativi alla non discriminazione dei raggruppamenti. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, ingiustizia grave e manifesta; ciò in quanto alla gara per cui è causa potevano partecipare raggruppamenti di compagnie di assicurazione (punto 9 del bando e art. 4 del capitolato speciale). L'unico limite era dato dal fatto che l'impresa delegataria corrispondesse almeno il 30% del rischio e che le compagnie coassicuratrici assicurassero la copertura del restante rischio, la cui suddivisione deve essere indicata: del tutto irrazionalmente il capitolato speciale all'art. 3 valuterebbe nuovamente la coassicurazione in fase di attribuzione del punteggio per la qualità dell'offerta del lotto 1. La disposizione, per la ricorrente, comporta un trattamento discriminatorio deteriore per i raggruppamenti rispetto a quello previsto per tutti i concorrenti singoli, in aperta violazione dei principi dell'ordinamento interno e comunitario che impongono di assoggettare i raggruppamenti ad un trattamento uguale a quello previsto per gli altri soggetti ammessi alla gara. Inoltre, violerebbe l'art. 11 D. Lgs. 157/1995 che, nell'ammettere alle gare i raggruppamenti di imprese, dimostra chiaramente di non volerli trattare in modo deteriore rispetto alle imprese singole.

2. Violazione dei principi di gara di cui al D.Lgs 157/1995; ciò in quanto, dopo avere valutato la coassicurazione ai fini dell'ammissione alla gara, la si è considerata nuovamente ai fini dell'attribuzione del punteggio per la qualità dell'offerta: una previsione di capitolato che consideri gli stessi criteri tanto come requisiti di ammissione, quanto come elementi di valutazione dell'offerta utili ai fini della formazione della graduatoria, sarebbe irragionevole.

3. Eccesso di potere per manifesta illogicità; ciò in quanto, per la ricorrente, le condizioni, le clausole dell'assicurazione ed i rischi assicurati non mutano per il solo fatto che la compagnia di assicurazione sia una sola o siano di più.

4) Violazione di legge – art. 10 c. 8 lett. b) D.Lgs. 157/1995. Violazione del bando di gara; ciò in quanto il bando di gara si è autolimitato, prevedendo al punto 7), come termine ultimo per la spedizione degli inviti, il 1.6.04: nel caso di specie, la lettera di invito datata 31.5.04 è stata ricevuta dalla ricorrente il 7.6.04. Per quanto a conoscenza della ricorrente la lettera può essere stata inviata successivamente al 1.6.04. Inoltre, la lettera di invito non era completa. Infatti, con comunicazione prot. 27790/B02/04 del 4.6.04, ricevuta dall'*** il 8.6.04, l'Asl 1 ha provveduto ad integrare la lettera di invito spedendo ulteriore documentazione necessaria per potere formulare l'offerta: tale lettera è ovviamente stata spedita successivamente al 1.6.04 e poiché integrava la lettera di invito, è come se quest'ultima fosse stata spedita dopo la data massima prevista.

Con atto in data 15 luglio 2004, la società ricorrente ha proposto i seguenti motivi aggiunti:

1) Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Difetto di motivazione; ciò in quanto il Capitolato speciale di gara prevede che per il lotto 1 sono ammesse varianti, potendosi modificare e/o eliminare clausole o garanzie previste nel capitolato speciale di polizza RCT/O; ma non tutte le clausole sono modificabili. L'art. 22 del capitolato speciale di polizza RCT/O contiene alcune "precisazioni" dichiarate modificabili, suddivise nei punti 22.1, 22.2, 22.3, 22.4 che hanno lo scopo di estendere l'assicurazione inserendo ulteriori casi di responsabilità civile non previsti nelle altre clausole. La *** nella sua offerta non avrebbe modificato tali punti ma ne avrebbe aggiunti di ulteriori che di fatto sono andati a modificare clausole previste in altri articoli che erano dichiarate immodificabili a pena di esclusione.

- Più in particolare, la *** ha aggiunto il punto 22.5 nel quale in relazione alla copertura in "claims made" prevista dall'art. 19 ha stabilito il sottolimito di massimale di € 2.000.000,00 per l'intero periodo. L'art. 19 – Richieste di risarcimento comprese in copertura Claims Made -, non modificabile, è relativo ai "sinistri tardivi" e cioè a quei sinistri avvenuti prima della stipulazione dell'assicurazione, di cui l'Ente non è a conoscenza e che vengono denunciati durante il periodo di validità del contratto. Relativamente ad essi i concorrenti possono stabilire il periodo di retrodatazione (a maggior retrodatazione corrisponderà un maggior punteggio come "qualità dell'offerta"), ma non possono incidere sul massimale di assicurazione. La ***, inserendo la clausola 22.5 ha limitato il massimale per tutti i sinistri tardivi ad € 2.000.000, in violazione dei massimali previsti in contratto di € 5.000.000 per sinistro e di € 15.000.000 in aggregato annuo per più sinistri;

- La *** ha inserito la clausola 22.6 con la quale ha stabilito che il massimale di 15.000.000 € valeva anche in caso di pluralità di eventi dannosi originatisi da una stessa causa, anche se manifestatisi in momenti diversi. L'aggiudicataria con questa clausola ha modificato, per la ricorrente, l'articolo relativo a "Somme e rischi assicurati", non modificabile (pag. 3 del capitolato speciale di polizza RCT/O). Invece, con la clausola introdotta dalla *** tutte le richieste di risarcimento danno ricollegabili ad uno stesso evento sono da imputare, per la ricorrente, all'anno in cui si è verificato il sinistro, con la conseguenza che se in quell'anno si è raggiunto il massimale, l'Assicurazione non riconoscerà alcun indennizzo neppure l'anno successivo;

- La *** ha inserito la clausola 22.8 con la quale ha previsto un massimale di risarcimento di € 500.000,00 per sinistro e per i danni da manipolazione di prodotti ed organi di origine umana e loro derivati, nonché qualsiasi tipo di vaccini. Evidenzia la ricorrente che l'art. 24 b) del capitolato speciale di polizza RCT/O ammette un massimale ridotto di 500.000,00 per "rischio sangue" e suoi derivati. Tale clausola non è modificabile. La ***, estendendo la limitazione di massimale non soltanto alla manipolazione del sangue e suoi derivati, già prevista dall'art. 24 b), ma a tutti i derivati di prodotti ed organi di origine umana, avrebbe di fatto modificato la clausola contrattuale sul massimale di risarcimento che era immodificabile a pena di esclusione;

- La *** ha inserito il punto 22.9 con il quale ha previsto per ogni evento dannoso, una franchigia di € 1.000,00 per i danni a cose ed una franchigia di € 5.000,00 per i danni verso i prestatori di lavoro /RCO ai sensi dell'art. 18 lett. b). L'articolo del capitolato relativo a "somme e rischi assicurati", non modificabile, permette ai concorrenti di fissare un'unica franchigia aggregata per tutti i sinistri che colpiscano la polizza nel corso del periodo di assicurazione. E' evidente, per la ricorrente, che la franchigia deve essere predeterminata. E' vero che l'art. 11 è modificabile, ma le modifiche possono riguardare, per la ricorrente, l'importo della franchigia e non devono comportare modifiche alle "condizioni" e modalità di applicazione della franchigia. Così le eventuali modifiche non potranno, per la ricorrente, essere tali da rendere indeterminata la franchigia complessiva. Nel caso di specie la ***, invece, non ha fissato una cifra predeterminata a titolo di franchigia per tutti i sinistri fino a concorrenza della quale il danno resterà a carico dell'assicurato, ma ha indicato un limite di franchigia per ciascun sinistro. Questo comporta che l'Assicurato, per la ricorrente, non è in grado di conoscere a priori quale risarcimento per anno e per il complesso dei sinistri resterà a suo carico;

2) Eccesso di potere per violazione della par condicio dei concorrenti; ciò in quanto quando una clausola è prevista a pena di esclusione la sua violazione porta l'automatica esclusione: tale modus operandi non è stato seguito dall'ASL 1 con riferimento al lotto 1, mentre relativamente agli altri lotti oggetto di gara è stato scrupolosamente seguito;

3) Violazione della lex specialis relativamente all'offerta economica. Eccesso di potere per difetto dei presupposti; in subordine a quanto esposto al punto 1 d), la ricorrente osserva che qualora si ritenga che l'inserzione di una franchigia per ciascun sinistro anziché la previsione di una franchigia annua per tutti i sinistri non comporti l'esclusione dalla gara, si deve comunque rivalutare l'offerta economica della *** e poi escludere la Società dalla gara per indeterminatezza dell'offerta economica: il capitolato speciale, relativamente al lotto 1, stabilisce che le offerte possono essere presentate: a) senza franchigia; oppure b) con franchigia aggregata annua. Nel caso in cui l'offerta sia presentata con franchigia, l'offerta economica sarà calcolata: premio lordo annuo + franchigia aggregata annua. In altri termini, poiché la franchigia resta a carico dell'Assicurato, viene sommata al premio richiesto. Nel caso di specie la *** ha previsto una franchigia al punto 22.9 del contratto. Pertanto al premio lordo assicurativo richiesto dall'aggiudicataria e pari ad € 2.268.000,00 si sarebbe dovuto aggiungere l'importo della franchigia. Non risulta invece che ciò sia avvenuto; pertanto all'offerta economica della *** non è stato attribuito un punteggio corretto.

Si costituivano l'Amministrazione e la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Seguiva uno scambio di memorie difensive.

Alla camera di consiglio del 28.07.2004, sentite le parti e previa istanza, il Presidente decideva per la riunione della sospensiva al merito e fissava la data dell'udienza pubblica al 3.11.2004.

Alla pubblica udienza del 3.11.2004, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti formulata dalla società controinteressata, secondo cui non è attribuita la legittimazione processuale attiva nel caso di imprese in coassicurazione, in quanto, come risulta dall'epigrafe del ricorso e dalla relativa delega a margine, il ricorso è stato presentato dalla ricorrente in proprio e quale Compagnia Delegataria del Raggruppamento ***-*** S.p.A., *** *** s.p.a. - Divisione *** e *** Assicurazioni e, pertanto, prima di esaminare i motivi di ricorso, occorre preliminarmente precisare l'antefatto dell'odierna vicenda processuale.

Il Direttore S.C. Provveditorato Logistica dell'ASL 1 di Torino, con determinazione n. 81/BO2/2004 del 5.5.2004, aveva stabilito di procedere all'indizione di gara con procedura ristretta d'urgenza, ai sensi del D. Lgs. n. 157/1995, e s.m.i. nei termini abbreviati di cui all'art. 10, per l'affidamento dei servizi assicurativi, occorrenti alla detta Azienda, la cui tipologia era articolata in quattro lotti: il lotto 1, oggetto del presente giudizio, per l'importo presunto biennale di € 3.500.000,00= oneri fiscali inclusi, quale premio a base d'asta, si riferiva alla polizza responsabilità civile rischi diversi verso terzi e prestatori d'opera (R.C.T. - R.C.O.).

I punti 9) e 12) del "Bando avviso" di gara "prevedevano", rispettivamente, la facoltà di avvalersi dell'istituto della Coassicurazione", e "il parametro di aggiudicazione è, per il lotto 1, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa... In particolare, l'aggiudicazione avverrà a favore dell'impresa che avrà conseguito il massimo punteggio di 110/110 suddiviso in: prezzo: max 60/110; qualità: max 50/110, secondo quanto esplicitato in Capitolato". Gli artt. 3 - criteri per l'aggiudicazione e 4 - coassicurazione - del Capitolato Speciale prevedevano, rispettivamente, che, per il lotto 1, l'affidamento del servizio avverrà a favore dell'Impresa che avrà conseguito il massimo punteggio sulla base dei criteri di seguito indicati: ... Punteggio massimo 110/110 punti di cui: - prezzo max 60/110 - qualità max 50/110 e, più precisamente, nel dettaglio: a) massimo 60 punti all'offerta economica ...; b) ...; c) ...; d) ...; e) ...; f) ...; g) massimo 10 punti alla percentuale di ritenzione della Compagnia Delegataria ed attribuito sulla base della seguente formula: $(B \times 10)/A$, dove "A" è uguale alla percentuale di ritenzione più alta e "B" è uguale alla percentuale di ritenzione dell'impresa i-esima"; che "E' ammesso l'uso dell'istituto della Coassicurazione. L'impresa delegataria in ogni caso deve corrispondere almeno il 30% del rischio, comunicando il riparto di coassicurazione per la restante quota che, pena l'esclusione, deve prevedere la chiusura del riparto stesso al 100%, fermo restando che le Compagnie coassicuratrici non potranno partecipare alla gara singolarmente".

Relativamente al lotto 1, la società ricorrente ha offerto una percentuale di ribasso del 30%, con una percentuale di ritenzione del 40%, avendo essa presentato la propria offerta in coassicurazione con la *** *** Spa – Divisione *** e la *** Assicurazioni, prevedendo di corrispondere direttamente il 40% del rischio (la restante parte rimaneva a carico delle imprese in coassicurazione con la ricorrente)..

Per il lotto 1, oltre alla ricorrente, presentava offerta soltanto la *** Compagnia di Assicurazioni s.p.a. che, a differenza della ricorrente, non si è presentata in coassicurazione con nessun'altra impresa.

Per tale motivo, nella valutazione della qualità dell'offerta, la società ricorrente ha ottenuto quattro punti in considerazione della percentuale di ritenzione (40%, come detto), mentre la *** ha ottenuto 10 punti (pari al 100% della ritenzione, poiché essa non ha ripartito il rischio su nessun'altra impresa in coassicurazione, come detto).

La ricorrente sostiene che se la percentuale di ritenzione non avesse avuto un peso ai fini della valutazione della qualità dell'offerta, la ricorrente si sarebbe aggiudicata il lotto ("avrebbe ottenuto un punteggio di 80,54 contro gli 80 punti della ***").

Con il primo motivo, già riassunto in epigrafe, il raggruppamento di imprese ricorrente ha contestato una presunta discriminazione a scapito dell'associazione temporanea.

Tale censura però non coglie nel segno poiché unisce indistintamente due istituti che, invece, sono radicalmente diversi.

L'istituto della coassicurazione e quello dell'associazione temporanea di imprese.

Mentre la coassicurazione, definito all'art. 1911 C.C., è un contratto mediante il quale la responsabilità per il rischio è "ripartita tra più assicuratori per quote determinate" e in cui "ciascun assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità assicurata soltanto in proporzione della rispettiva quota, anche se è unico il contratto sottoscritto da tutti gli assicuratori", nell'associazione temporanea d'impresе, di cui

alla normativa sugli appalti di lavori pubblici (e, di servizi e di forniture), la responsabilità è solidale, poichè ogni impresa d'assicurazione è tenuta a coprire per intero il rischio assicurato (e non semplicemente una quota del rischio stesso, come nella coassicurazione).

Pertanto, in presenza di situazioni (e responsabilità) ben diverse, non sussiste né la violazione dell'art. 11 D.Lgs. 157/1995, né la violazione della par condicio dei concorrenti e dei principi comunitari e nazionali relativi alla non discriminazione dei raggruppamenti d'impresa.

Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

Secondo la società ricorrente, il bando avrebbe individuato un requisito di partecipazione alla gara, valutando poi in sede di offerta il medesimo aspetto.

In tal modo sarebbe stato violato il principio per cui i requisiti di ammissione alla gara (relativi alla qualificazione delle imprese concorrenti) non possono essere di nuovo considerati ai fini dell'assegnazione del punteggio finale.

La censura non coglie nel segno ed è smentita dagli atti di gara.

Infatti, la percentuale di ritenzione (dichiarata dal concorrente associato in coassicurazione in sede di gara) costituisce un elemento dell'offerta rivolta alla stazione appaltante e non può essere confuso con un requisito di qualificazione.

Pertanto, la commissione di gara bene ha fatto a valutare l'offerta calcolando un diverso punteggio in relazione alla percentuale di ritenzione, come le imponeva, d'altra parte, lo stesso bando con una formula matematica, come si è detto.

Anche il terzo motivo è infondato, poiché la scelta di porre una limitazione al frazionamento della responsabilità in capo alle singole imprese coassicurate, imponendo almeno alla società delegataria di assumere una quota significativa del rischio, garantisce la serietà dell'offerta stessa.

Pertanto, diversamente da quanto sostiene la ricorrente, l'interesse dell'Asl varia sensibilmente per il solo fatto che la compagnia di assicurazione sia una sola oppure sia più di una.

Si pensi soltanto, a titolo di esempio, e tenendo conto del fatto che si è in presenza di un contratto che l'A.S.L. stipula a favore di terzi (gli assicurati), all'interesse oggettivo ad essere pagati da un unico assicuratore o da una molteplicità di assicuratori.

Parimenti infondato è il quarto motivo di ricorso.

La ricorrente ha censurato la circostanza che le lettere di invito siano state spedite successivamente alla data del 1.6.2004, indicata nel bando di gara, ma tale circostanza è priva di rilievo, poiché nell'ambito delle procedure concorsuali il termine perentorio cui si deve avere riguardo è unicamente quello per la presentazione delle offerte, mentre il termine per la presentazione delle lettere di invito, che la stazione appaltante stabilisce in occasione del bando di gara, ha una funzione meramente acceleratoria ed è rivolta a tutelare interessi della stessa amministrazione.

Anche i motivi aggiunti sono infondati.

Ed invero, con il primo, la ricorrente censura il fatto che la ***, nella sua offerta, pur non modificando alcune delle clausole dichiarate "immodificabili" dal capitolato, avrebbe aggiunto ulteriori clausole che, di fatto, sarebbero andate a modificare le stesse clausole dichiarate immodificabili a pena di esclusione.

La censura non coglie nel segno ed è smentita dalle stesse affermazioni della ricorrente che ha affermato che le clausole immodificabili per il capitolato non sono state in alcun modo cambiate dalla ***.

Pertanto, sotto il profilo della legittimità, l'operato dell'amministrazione che ha accettato tali clausole sottoscrivendo il contratto appare immune da censure.

La circostanza che, di fatto, eventuali clausole aggiuntive, permesse dallo stesso capitolato, abbiano finito per incidere sulle prime, è questione di merito, che appartiene all'insindacabile valutazione dell'amministrazione che aveva facoltà o meno di accettare tali modifiche.

Questa argomentazione serve anche a confutare la fondatezza di quanto sostenuto con il secondo motivo aggiunto poiché, come detto, non è stata violata alcuna clausola prevista a pena di esclusione (la *** ha operato soltanto sulle clausole del contratto dichiarate modificabili).

Ed, infine, per quanto riguarda il terzo motivo aggiunto, la ricorrente sostiene che "qualora si ritenga che l'inserzione di una franchigia per ciascun sinistro anziché la previsione di una franchigia annua per

tutti i sinistri non comporti l'esclusione dalla gara, si deve comunque rivalutare l'offerta economica della *** e poi escludere la Società dalla gara per indeterminatezza dell'offerta economica".

Il capitolato speciale, relativamente al lotto 1, stabilisce che le offerte possono essere presentate: a) senza franchigia; oppure b) con franchigia aggregata annua. Nel caso in cui l'offerta sia presentata con franchigia, l'offerta economica sarà calcolata: premio lordo annuo + franchigia aggregata annua. In altri termini, poiché la franchigia resta a carico dell'Assicurato, viene sommata al premio richiesto. Nel caso di specie la *** ha previsto una franchigia al punto 22.9 del contratto. Pertanto al premio lordo assicurativo richiesto dall'aggiudicataria e pari ad € 2.268.000,00 si sarebbe dovuto aggiungere l'importo della franchigia. Non risulta invece che ciò sia avvenuto; pertanto all'offerta economica della *** non è stato attribuito un punteggio corretto".

Anche in questo caso, per l'introduzione di una franchigia da applicare ad ogni singolo sinistro (in vece della franchigia c.d. "aggregata" cui fa riferimento la ricorrente) è sufficiente osservare che l'art. 11 del capitolato di polizza ha inserito la franchigia fra le condizioni contrattuali espressamente definite come modificabili. Pertanto, da un lato, l'affermazione avversaria per cui la franchigia non potesse essere formulata che in forma aggregata è ingiustificata; dall'altra non è vero che in tale ipotesi alla *** non è stato attribuito il punteggio corretto.

Come detto, la modifica di alcune clausole del contratto era permessa dal capitolato, ma tale evenienza nulla ha a che vedere con l'attribuzione dei punteggi di gara.

Per le suesposte considerazioni, il ricorso è infondato e, pertanto, deve essere respinto.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, II Sezione, definitivamente pronunciando,

RESPINGE il ricorso in epigrafe indicato;

COMPENSA le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del 3 novembre 2004, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe	CALVO	Presidente
Paolo	LOTTI	Referendario estensore
Antonio	PLAISANT	Referendario

Il Presidente L'Estensore

f.to Calvo f.to Lotti

Il Direttore di Segreteria Depositata in Segreteria a sensi

f.to Ruggiero di Legge il 29 dicembre 2004

Il Direttore della Sezione

f.to Ruggiero