

## **Consiglio di Stato, n.115 del 18.1.2006 :Il broker di assicurazione che provvede alla elaborazione dei capitolati speciali per l'affidamento dei servizi assicurativi è terzo nel giudizio avente ad oggetto la procedura di affidamento di cui si tratta senza**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Licitazione privata per l'affidamento di servizi assicurativi: vince un'impresa che partecipa singolarmente; il raggruppamento secondo classificato ottiene l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del Consiglio di Stato (che ribalta la sentenza di primo grado) in quanto 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 una gara per l'affidamento di servizi assicurativi, il capitolato di polizza predisposto dalla stazione appaltante, con clausole espressamente e singolarmente qualificate, a secondo dei casi, modificabile o non 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 immutabili, non consente al concorrente di introdurre varianti che surrettiziamente incidano su di esse

?

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

?

In sede di valutazione dell'offerta economica sarebbe stato necessario compiere un'operazione matematica idonea a determinare l'incidenza della franchigia offerta dalla futura aggiudicataria sul premio annuo lordo

?

Il Consiglio di stato con la decisione numero 115 del 18 gennaio 2006 (nel ribaltare la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione II n. 3902/2004, del 29 dicembre 2004<sup>\*\*\*</sup>) ci offre alcuni importanti insegnamenti in tema di appalto di servizi assicurativi

?

Andiamo a vedere che cosa è successo.

?

### **Prima di tutto affrontiamo quanto deciso dal giudice di primo grado.**

(riassunto del Tar Piemonte, n. 3902 del 29 dicembre 2004)

?

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 giudizio, per l'importo presunto biennale di ? 3.500.000,00= oneri fiscali inclusi, quale premio a base d'asta, si riferiva alla polizza responsabilit? 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 facult? di avvalersi dell'istituto della Coassicurazione", e "il parametro di aggiudicazione ?, per il lotto 1, quello dell'offerta economicamente pi? vantaggiosa...

?

In particolare, l'aggiudicazione avverr? a favore dell'impresa che avr? conseguito il massimo punteggio di 110/110 suddiviso in:

prezzo: max 60/110;

qualit?: 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 avverr? a favore dell'Impresa che avr? conseguito il massimo punteggio sulla base dei criteri di seguito indicati: ...

Punteggio massimo 110/110 punti di cui:

- prezzo max 60/110

?- qualit? max 50/110

e, pi? 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" ? uguale alla percentuale di ritenzione pi? alta e "B" ? 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".

?

?

Due le partecipanti:

?

la prima:

?

Relativamente al lotto 1, la societ? 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 altre due Compagnie di assicurazione, prevedendo di corrispondere? direttamente il 40% del rischio (la restante parte rimaneva a carico delle imprese in coassicurazione con la ricorrente)

?

La seconda:

?

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

?

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

?

?

Il motivo del ricorso

?

Il partecipante in Ati contesta gli atti dell'aggiudicazione in quanto

?

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 partecipante singola ?).

?

I giudici di primo grado non danno soddisfazione al raggruppamento di imprese e ci forniscono uno spunto di riflessione sulla differenza fra l'istituto della coassicurazione e quello dell'associazione temporanea di imprese in un appalto pubblico per i servizi assicurativi.

?

Riportiamo qui di seguito il parere del giudice torinese:

?

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

?

sulla base di questa considerazione quindi per l'adito giudice amministrativo:

?

<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>

?

ma non solo.

?

le ragioni del raggruppamento ricorrente non trovano soddisfazione nemmeno nel secondo motivo di ricorso relativo alla circostanza che <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>

?

Le osservazioni del giudice si basano sul fatto che <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 pu? 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>

?

Anche il terzo motivo ? infondato, poich? la scelta di porre una limitazione al frazionamento della responsabilit? in capo alle singole imprese coassicurate, imponendo almeno alla societ? delegataria di assumere una quota significativa del rischio, garantisce la seriet? dell'offerta stessa.

Pertanto, diversamente da quanto sostiene la ricorrente, l'interesse dell'amministrazione pubblica varia sensibilmente per il solo fatto che la compagnia di assicurazione sia una sola oppure sia pi? di una: si pensi soltanto, a titolo di esempio, e tenendo conto del fatto che si ? 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 molteplicit? di assicuratori

?

Anche i motivi aggiunti sono infondati.

Ed invero, con il primo, la ricorrente censura il fatto che la futura aggiudicataria, 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 ? smentita dalle stesse affermazioni della ricorrente che ha affermato che le clausole immodificabili per il capitolato non sono state in alcun modo cambiate dalla



controinteressata.

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

?

Anche in questo argomento, vi è di più?

?

**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**

?

Ma non è finita qui.

?

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 Zurigo 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 sar? calcolata: premio lordo annuo + franchigia aggregata annua. In altri termini, poich? la franchigia resta a carico dell'Assicurato, viene sommata al premio richiesto.

?

Nel caso di specie la controassicurata 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 ci? sia avvenuto; pertanto all'offerta economica della futura aggiudicataria non ? 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) ? 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 ? ingiustificata; dall'altra non ? vero che in tale ipotesi alla contorinteressata non ? 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.

?

In conclusione quindi, per l'adito giudice amministrativo di primo grado:

< Per le suesposte considerazioni, il ricorso ? infondato e, pertanto, deve essere respinto.>

?

Ovviamente la soccombente non accetta tale decisione e quindi propone la questione davanti al Supremo Giudice amministrativo.

?

**Andiamo quindi a vedere che cosa il Consiglio di Stato decide in merito alla complicata vicenda**

(riassunto della decisione n. 115 del 18 gennaio 2006)

?

prima di soffermarci sul nodo della questione, importante ? il seguente pensiero dei giudici di Palazzo Spada sul ruolo del broker e sulla sua estraneità in una controversia relativa alle procedure di affidamento del servizio assicurativo.

?

Sottolinea infatti l'adito giudice che:

?

<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 ? del tutto estraneo al rapporto oggetto della controversia, per il quale vi ? 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, ?, 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 integrit? del contraddittorio nel presente giudizio, la circostanza ulteriore che lo stesso ? destinato, poi, a svolgere un ruolo di intermediazione fra il danneggiato e la compagnia assicurativa.>**

?

?

Relativamente alla specifica controversia, i giudici del Consiglio di Stato considerano che :

?

<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>

?

Tale considerazioni si basano sui seguenti presupposti:



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.

?

### **Sulla franchigia**

?

Affermano le resistenti ( e la tesi ? 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 possibilit? di formulare l'offerta economica, alternativamente: a) senza franchigia; b) con franchigia aggregata annua; c) con franchigia per singolo sinistro.

?

???? La tesi non pu? essere condivisa in quanto:

?

???? A) il capitolato ? 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 ? 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 ? che la franchigia:

?

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

?

???? b) tale esigenza non pu? 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**

?

## Coassicurazione o Ati?

?

Relativamente alla differenza evidenziata dal giudice di primo grado, fra coassicurazione e Ati, il supremo giudice amministrativo ci insegna che:

?

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

?

???? La coassicurazione ? un istituto tipico di cooperazione fra societ? assicuratrici che realizza lo scopo di ripartire il rischio tra pi? assicuratori, lasciando invariata la soggettivit? 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 ogni caso la coassicurazione d? luogo a un indennizzo proporzionale alla quota assicurata presso ciascun assicuratore, ma se la polizza ? unica, il pagamento del danno pu? essere previsto che venga effettuato totalmente da un assicuratore delegatario, salvo rivalsa verso gli altri assicuratori delle relative quote.



?

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>**

?

A cura di Sonia Lazzini

- qui la decisione

<https://www.diritto.it/consiglio-di-stato-n-115-del-18-1-2006-il-broker-di-assicurazione-che-provede-alla-el>

aborazione-dei-capitolati-speciali-per-l-affidamento-dei-servizi-assicurativi-e-terzo-nel-giudizio-avente-ad-  
ogg/