

## **Appalto per il servizio assicurativo: va esclusa la Compagnia di Assicurazione la cui offerta restringe l'ambito di operatività delle garanzie assicurative**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La mancata specificazione - nel testo contrattuale - dell'ampio ventaglio di attività ed iniziative e dei luoghi del loro possibile svolgimento, ha consentito all'impresa prima classificata di assumere un impegno meno gravoso e complessivamente più blando e generico

Aver accettato l'offerta dell'aggiudicataria ha significato che la Stazione appaltante ha insanabilmente violato la parità di condizioni dei partecipanti al confronto comparativo

E' fondata anche la censura di inosservanza del bando per l'avvenuto inserimento di modifiche ampie e significative allo schema prestampato per la presentazione della domanda, non rilevate dalla stazione appaltante. L'impresa ha in particolare dichiarato che "le garanzie assicurative sono valide per ogni attività organizzata, gestita e autorizzata dall'istituzione scolastica" mentre la clausola del bando prevedeva una copertura contrattuale estesa a "ogni iniziativa e/o attività organizzata e/o gestita e/o effettuata e/o autorizzata e/o deliberata dagli organi dell'istituto, in relazione sia all'attività scolastica che extrascolastica, sia didattica che di altra natura, comprendente manifestazioni sportive, ricreative, culturali, gite scolastiche e di istruzione, etc. sia in sede che fuori sede nonché tutte le attività previste dal Piano dell'Offerta Formativa realizzate dall'Istituto Scolastico in collaborazione con soggetti esterni".

Ad avviso del Collegio non siamo di fronte a differenze puramente grafiche. In materia assicurativa sono all'evidenza importanti i profili di dettaglio esplicitati nelle clausole negoziali, ed anche in questo caso la vincitrice ha effettivamente ristretto l'ambito di operatività delle garanzie assicurative, utilizzando una

formula sintetica e lacunosa in luogo di quella articolata ed omnicomprensiva introdotta dal bando. La mancata specificazione - nel testo contrattuale - dell'ampio ventaglio di attività ed iniziative e dei luoghi del loro possibile svolgimento, ha consentito all'impresa prima classificata di assumere un impegno meno gravoso e complessivamente più blando e generico: da un lato non è stata osservata la puntuale previsione della disciplina di gara e dall'altro l'opzione crea il rischio di contenziosi tra soggetto pubblico ed impresa di assicurazione. In ogni caso è stata insanabilmente violata la parità di condizioni dei partecipanti al confronto comparativo, e per questo motivo Controinteressata doveva essere esclusa dalla competizione.

Maggiori dubbi possono sorgere sulla dichiarazione di validità triennale delle coperture assicurative, quando il bando prevedeva - a pena di esclusione - la durata massima di 1 anno. La possibilità che si tratti di un refuso non può essere esclusa, anche se non affiorano aliunde - nella documentazione allegata all'offerta - elementi che possano sostenere tale asserzione. Ad ogni modo le riflessioni sviluppate ai punti 3.2, 3.3 e 3.4 sono autonomamente in grado di inficiare la decisione della stazione appaltante di ammettere la controinteressata alla gara e di aggiudicarle il servizio, mentre può essere assorbita la censura di cui al punto e) dell'esposizione in fatto.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4660 del 19 novembre 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

**N. 04660/2010 REG.SEN.**

**N. 01185/2009 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1185 del 2009, proposto da:

LA RICORRENTE Mediazioni Assicurative Srl, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to \*\*\*\*\* in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 60;

**contro**

Istituto Secondario di primo grado statale "\*\*\*\*\*", Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Brescia, via S. Caterina, 6;

**nei confronti di**

Controinteressata Assicurazioni Srl, non costituitasi in giudizio;

**per l'annullamento**

- DELLA DELIBERAZIONE DEL CONSIGLIO D'ISTITUTO 30/6/2009 N. 60, DI AFFIDAMENTO ALLA CONTROINTERESSATA DEL SERVIZIO DI COPERTURA ASSICURATIVA PER L'ANNO SCOLASTICO 2009/2010;

- DELL'AVVISO DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE IN DATA 25/5/2009;

- DI OGNI ATTO PRESUPPOSTO E CONSEGUENZIALE, COMPRESA LA DETERMINA PER LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO;

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEL DANNO PER L'ILLEGITTIMA OMESSA AGGIUDICAZIONE E PER LA MANCATA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO CON LA RICORRENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2010 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente sentenza viene redatta, per quanto possibile, nell'ordinaria forma semplificata prescritta dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale "Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74", che disciplina appunto la pronuncia in forma semplificata.

Alle conseguenti esigenze di economia espositiva si farà fronte:

- a) attraverso un rapido riepilogo del c.d. "fatto" e l'esposizione sintetica delle censure sollevate;
- b) concentrando la motivazione della pronuncia sui profili ex se risolutivi della controversia;
- c) facendo ampio ricorso alla tecnica del rinvio per relationem ai precedenti giurisprudenziali condivisi dal Collegio.

Ciò posto, la ricorrente ha partecipato alla gara in epigrafe, avente per oggetto l'affidamento dei servizi assicurativi a favore degli alunni e del personale docente e non docente per l'anno scolastico 2009/2010.

Il sistema di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo i parametri di valutazione introdotti dalla lex specialis, articolati in 6 sezioni per ciascuna delle quali erano individuate una pluralità di sotto-voci.

All'esito del confronto comparativo la ricorrente si piazzava al secondo posto con 89,05 punti, dietro alla controinteressata che ne riportava 90,12.

Riferisce LA RICORRENTE di aver preso informale cognizione del risultato della gara e di aver formulato istanza di accesso agli atti, evasa parzialmente soltanto il 9/9/2009.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e della par condicio, difetto di motivazione ed arbitrarietà dei criteri di valutazione, in quanto per le Sezioni "Tutela e Assistenza" e "Varianti Altre Garanzie" è stata introdotta una clausola che ha conferito all'amministrazione un potere discrezionale amplissimo, che non consente alcun controllo di ragionevolezza e di logica sull'attribuzione dei punteggi;

b) Violazione della lex specialis per difformità tra la previsione dell'invito ad offrire ed il contenuto della proposta, poiché la \*\*\*\*\*à aggiudicataria ha dichiarato la validità triennale delle coperture assicurative, a fronte di un bando che prevedeva - a pena di esclusione - la durata massima di 1 anno;

c) Violazione della lex specialis e della par condicio dei concorrenti, in quanto la tolleranza massima fra i soggetti assicurati e quelli paganti - da indicare nell'offerta - non doveva essere soggetta ad alcuna limitazione o condizione;

d) Inosservanza del bando, poiché la controinteressata non si è avvalsa del modello-tipo di presentazione dell'offerta, ed anzi ha apportato allo schema prestampato modifiche ampie e significative, non rilevate dalla stazione appaltante;

e) Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei fatti ed assenza dei presupposti, nonché illogicità manifesta, poiché la ricorrente doveva ottenere un punteggio maggiore con riguardo alle Sezioni 3 e 4.

La ricorrente propone inoltre domanda di risarcimento dei danni, consistenti nella mancata stipulazione del contratto e nell'omesso riconoscimento degli effetti giuridici ed economici del rapporto: il pregiudizio corrisponderebbe all'importo dei premi non percepiti, ed andrebbe calcolato anche come perdita della possibilità di vantare un'esperienza contrattuale con l'amministrazione pubblica, valutabile in sede di partecipazione ad altre selezioni.

Alla pubblica udienza dell'11/11/2010 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione in rito formulata dall'amministrazione resistente.

1. Essa ha eccepito la tardività del gravame, dal momento che l'atto di ricorso è stato affidato per la notifica il 13/11/2009, mentre già in data 1/7/2009 LA RICORRENTE ha avuto cognizione dell'esito della procedura di gara in virtù della comunicazione telefonica effettuata dal Direttore dei Servizi Amministrativi dell'Istituto. L'informazione acquisita dalla ricorrente in quella data - implicitamente attestata dall'istanza di accesso agli atti di gara, inoltrata lo stesso giorno (cfr. pag. 26 amministrazione) - è idonea ad integrare la piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, con riferimento ai suoi elementi essenziali e alla sua attitudine lesiva.

L'eccezione è infondata.

1.1 Secondo l'orientamento tradizionale, il termine di impugnativa comincia a decorrere, per l'interessato, dalla conoscenza del provvedimento lesivo da intendere come l'insieme dei suoi elementi essenziali consistenti nell'autorità emanante, nella data, nel contenuto dispositivo e nell'effetto lesivo; non è viceversa necessaria la puntuale conoscenza e/o consapevolezza soggettiva dei vizi che inficiano l'atto (cfr. ex plurimis Consiglio di stato, sez. VI - 28/6/2007 n. 3775).

La ragione di tale indirizzo va ricercata nell'esigenza che i rapporti di diritto pubblico debbano al più presto divenire certi e definitivi e ciò verrebbe compromesso ove si dovesse far risorgere la possibilità di ricorrere per il semplice fatto di una successiva acquisizione delle ragioni del provvedimento (Consiglio di stato, sez. V - 8/9/2008 n. 4259).

1.2 Questa Sezione (cfr. sentenze 27/5/2009 n. 1073; 27/8/2010 n. 3255) ha aderito ad un orientamento meno rigoroso e più attento alle esigenze di tutela del soggetto che si assume lesa. Tale indirizzo ritiene che - al fine della decorrenza del termine di impugnazione di un provvedimento - non basti la mera notizia della sua esistenza e del suo carattere sfavorevole per il destinatario, ma occorra la conoscenza del suo contenuto: poiché un provvedimento sfavorevole non è necessariamente illegittimo, il suo destinatario - prima di accollarsi i costi di un'impugnazione - deve poter conoscere se l'atto è o meno affetto da vizi valorizzabili in sede giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. VI - 8/2/2007 n. 522).

Si è dunque ritenuto che laddove l'amministrazione comunichi l'esistenza del provvedimento sfavorevole senza esternare le ragioni sottese, il destinatario ha una mera facoltà, ma non un onere, di censurare subito l'atto per poi articolare i motivi aggiunti, mentre può anche attendere di conoscere la motivazione per valutare se impugnarlo o meno. In effetti il gravame contro un atto "al buio", ignorando se è viziato, grava di costi inutili e gravosi il ricorrente, che rischia anche la condanna alle spese se il ricorso è infondato: tale considerazione è ulteriormente avvalorata dal nuovo regime del contributo unificato, che prevede il pagamento di 2.000 € per i motivi aggiunti "che introducono domande nuove":

1.3 Recentemente la Corte di Giustizia (sez. III - 28/1/2010 - causa C-406/2008) è intervenuta per chiarire "se l'art. 1 della direttiva 89/665 esiga che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la



violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data della violazione di detta normativa ovvero dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa”.

Anche se la direttiva 89/665 non racchiude una disposizione specificamente attinente alla questione, la Corte ha sottolineato che l’art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l’obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile, ed “il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all’offerente di scoprire l’eventuale esistenza di un’illegittimità impugnabile con ricorso. Solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, il candidato o l’offerente interessato potrà formarsi un’idea precisa in ordine all’eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull’opportunità di proporre ricorso (punti 30 e 31). Ne consegue che l’obiettivo stabilito dall’art 1, n. 1, della direttiva 89/665 di garantire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni” (punto 32).

1.4 Peraltro l’art. 41, nn. 1 e 2, della direttiva 2004/18 impone alle amministrazioni aggiudicatrici di comunicare ai candidati e agli offerenti esclusi i motivi della decisione che li concerne, mentre l’art. 79 comma 5 del D. Lgs. 163/2006 stabilisce che l’amministrazione deve comunicare d’ufficio, tra l’altro “l’aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all’aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un’offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se ... sono in termini per presentare dette impugnazioni” (lett. a).

L’art. 11 comma 10 del medesimo D. Lgs., nel testo in vigore all’epoca dei fatti, stabiliva testualmente che

“Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ... salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all’amministrazione di attendere il decorso del predetto termine”.

Dall’esame delle citate disposizioni si evince l’obbligo, in capo alla stazione appaltante, di rendere edotti i soggetti non aggiudicatari dei risultati della gara d’appalto, attraverso la comunicazione dell’atto di affidamento nella sua forma integrale.

1.5 Da ultimo si soggiunge che l’art. 2-quater della direttiva 89/665, introdotto dalla direttiva 2007/66 (scaduta il 20/12/2009 e recepita nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 53/2010, modificato in seguito con il D. Lgs. 104/2010), statuisce che la comunicazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice ad ogni candidato o offerente è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti, mentre i termini per proporre ricorso decadono soltanto dopo che sia trascorso un certo numero di giorni da tale comunicazione.

1.6 Applicando le citate disposizioni alla controversia in esame, si deve osservare che il termine per la proposizione del ricorso ha iniziato a maturare per LA RICORRENTE soltanto dal 9/9/2009, data di rilascio della copia degli atti di aggiudicazione: tenendo conto del regime della sospensione feriale dei termini (valida fino al 15 settembre) il ricorso è tempestivo, poiché la notifica ha avuto luogo il 13/11/2009 e dunque prima del compimento del 60° giorno.

2. Con la censura di cui alla lett. a) dell’esposizione in fatto la ricorrente deduce la violazione dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e della par condicio, il difetto di motivazione e l’arbitrarietà dei criteri di valutazione, in quanto per le Sezioni “Tutela e Assistenza” e “Varianti Altre Garanzie” è stata introdotta una clausola che ha conferito all’amministrazione un potere discrezionale amplissimo, che non consente alcun controllo di ragionevolezza e di logicità sull’attribuzione dei punteggi. Sostiene LA RICORRENTE che questi ultimi sono stati determinanti ai fini dell’aggiudicazione, perché nelle Sezioni da 1 a 5 la ricorrente era in vantaggio; aggiunge che non sono stati neppure precisati i criteri motivazionali a sostegno dei punteggi, e che i verbali non hanno dato conto delle ragioni per le quali le garanzie aggiuntive di Controinteressata

sono state qualificate “buone” e quelle di LA RICORRENTE solo “sufficienti”.

La censura è priva di pregio.

2.1 La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, nell’offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione quando i criteri di giudizio stabiliti siano estremamente puntuali ed analitici, sicché anche il solo dato numerico – predeterminato nel minimo e nel massimo – è idoneo a dimostrare la logicità dell’apprezzamento tecnico (Consiglio Stato, sez. V – 6/10/2003 n. 5899; Consiglio Stato, sez. VI – 10/1/2003 n. 67; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III – 5/11/2003 n. 4916). La stazione appaltante non ha dunque l’obbligo di esplicitare in maniera discorsiva le ragioni che supportano ciascun punteggio, a tal fine supplendo la preventiva fissazione di una fitta rete di parametri, idonei a garantire la trasparenza e l’imparzialità dell’amministrazione nell’esercizio della discrezionalità ad essa spettante (T.A.R. Toscana, sez. I – 18/2/2009 n. 269; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I – 14/1/2009 n. 15). In buona sostanza la congruità della valutazione compiuta dalla Commissione di gara è direttamente proporzionale alla specificazione dei criteri (Consiglio di Stato, sez. V – 29/11/2005 n. 6759; T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 21/3/2007 n. 2572; sentenze T.A.R. Brescia – 30/8/2007 n. 833; 9/12/2008 n. 1727).

2.2 Nel caso affrontato dal Collegio l’esame delle offerte è stato effettuato dalla Commissione sulla base di una griglia di voci predeterminate. In particolare, nell’ambito dei criteri generali di valutazione, i sub-criteri sono già puntualmente indicati dalla lex specialis di gara, in quanto il bando predisposto dall’Istituto individua 6 Sezioni (associando a ciascuna un punteggio massimo) e una pluralità di voci accompagnate dai relativi sub-punteggi.

Nel contesto descritto il valore numerico può ritenersi sufficiente, collegandosi a criteri predeterminati e specifici. E’ vero, tuttavia, che la Commissione non ha ulteriormente giustificato le singole attribuzioni con valutazioni seppur sintetiche, ma a questo proposito si è già sottolineato che il punteggio assegnato deve permettere al giudice di ricostruire il filo logico che lo collega alla proposta progettuale, e di risalire agli elementi utili a suffragare la coerenza e l’attendibilità delle conclusioni raggiunte dalla Commissione: in

altri termini le indicazioni numeriche non possono essere esaminate isolatamente, ma vanno associate al sub-criterio di riferimento e alle esplicitazioni dei documenti di gara sul punto, che costituiscono il veicolo per enucleare ed analizzare il pertinente capitolo dell'offerta (cfr. Sentenze Sezione 6/7/2009 n. 1368; 20/5/2010 n. 2069).

2.3 Nella fattispecie, dall'analisi del quadro delle offerte presentate emerge che nella sez. 6 la stazione appaltante si è avvalsa della clausola contestata dalla ricorrente per valorizzare miglorie non preventivamente codificate, in grado di procurare ulteriori vantaggi all'Istituto. Come ha efficacemente evidenziato la difesa erariale, dal semplice raffronto delle proposte della ricorrente e della controinteressata - elencate nel verbale - si evince che la seconda:

- si è accollata i danni ai veicoli dei dipendenti in missione (cd. kasko) per 15.000 € (senza franchigia), in luogo dei 2000 € (con franchigia del 10%) proposti dalla ricorrente;
- ha garantito fino a 500 € (contro 250 €) per i danni agli occhiali degli alunni anche senza infortuni;
- ha previsto (a differenza di LA RICORRENTE) un rimborso per gli effetti personali a seguito di danneggiamento e furto (500 €);
- ha coperto fino a 5.000 € i danni alle apparecchiature elettroniche (in luogo dei 4.000 € indicati dalla ricorrente).

In questo contesto l'apprezzamento tecnico della Commissione non può essere sottoposto a censura, dato che il percorso delineato non rivela contraddizioni ed anzi risulta congruente con le proposte formulate, senza che la ricorrente abbia messo in luce specifici e puntuali elementi di irragionevolezza.

3. Con ulteriore gruppo di doglianze la ricorrente lamenta la violazione della lex specialis per la difformità tra la previsione dell'invito ad offrire ed il contenuto della proposta.

3.1 Sotto un primo profilo LA RICORRENTE rileva che la cd. tolleranza massima fra i soggetti assicurati e quelli paganti - da indicare nell'offerta - non doveva essere soggetta ad alcuna limitazione o condizione (cfr. pag. 2 dell'avviso di gara), mentre la soglia indicata (10%) è stata accompagnata dalla precisazione che la deroga è limitata agli alunni non paganti "per motivi economici".

Detta prospettazione merita condivisione.

3.2 La citata clausola del bando di gara statuiva inequivocabilmente che la tolleranza non poteva essere subordinata ad eccezioni o restrizioni, mentre la controinteressata ha inserito una puntualizzazione che circoscrive oggettivamente l'ambito di operatività della garanzia.

Non soccorre in proposito l'osservazione dell'Avvocatura dello Stato, la quale afferma che la tolleranza è comunque totale e che le uniche ipotesi regolate dalla clausola riguardano gli studenti (e le rispettive famiglie) in condizione di difficoltà economica. Se può ragionevolmente ritenersi che la tolleranza copra il mancato pagamento del premio da parte di quest'ultima categoria di soggetti, non si può escludere la ricorrenza di casi meno consueti e tuttavia verosimili (si pensi ad una famiglia priva di problemi finanziari e che ciononostante decida di non pagare): l'Istituto si è in buona sostanza riservato un margine di tolleranza in grado di far fronte a qualunque fattispecie, mentre Controinteressata ha in questo modo costretto l'amministrazione a promuovere indagini (con una procedura più o meno semplificata) presso la famiglia sulla sussistenza di un reddito che non consenta di sostenere la spesa.

E' abbastanza evidente che l'inserimento della precisazione ha ridotto il raggio di applicazione della clausola, in contrasto con la legge di gara e in violazione della par condicio, poiché gli altri concorrenti (tra i quali la ricorrente) hanno viceversa accettato una forma più ampia di garanzia.

3.3 E' fondata anche la censura di inosservanza del bando per l'avvenuto inserimento di modifiche ampie e significative allo schema prestampato per la presentazione della domanda, non rilevate dalla stazione appaltante. L'impresa ha in particolare dichiarato che "le garanzie assicurative sono valide per ogni attività organizzata, gestita e autorizzata dall'istituzione scolastica" mentre la clausola del bando prevedeva una copertura contrattuale estesa a "ogni iniziativa e/o attività organizzata e/o gestita e/o effettuata e/o autorizzata e/o deliberata dagli organi dell'istituto, in relazione sia all'attività scolastica che extrascolastica, sia didattica che di altra natura, comprendente manifestazioni sportive, ricreative, culturali, gite scolastiche e di istruzione, etc. sia in sede che fuori sede nonché tutte le attività previste dal Piano dell'Offerta Formativa realizzate dall'Istituto Scolastico in collaborazione con soggetti esterni".

3.4 Ad avviso del Collegio non siamo di fronte a differenze puramente grafiche. In materia assicurativa sono all'evidenza importanti i profili di dettaglio esplicitati nelle clausole negoziali, ed anche in questo caso la vincitrice ha effettivamente ristretto l'ambito di operatività delle garanzie assicurative, utilizzando una formula sintetica e lacunosa in luogo di quella articolata ed omnicomprensiva introdotta dal bando. La mancata specificazione - nel testo contrattuale - dell'ampio ventaglio di attività ed iniziative e dei luoghi del loro possibile svolgimento, ha consentito all'impresa prima classificata di assumere un impegno meno gravoso e complessivamente più blando e generico: da un lato non è stata osservata la puntuale previsione della disciplina di gara e dall'altro l'opzione crea il rischio di contenziosi tra soggetto pubblico ed impresa di assicurazione. In ogni caso è stata insanabilmente violata la parità di condizioni dei partecipanti al confronto comparativo, e per questo motivo Controinteressata doveva essere esclusa dalla competizione.

3.5 Maggiori dubbi possono sorgere sulla dichiarazione di validità triennale delle coperture assicurative, quando il bando prevedeva - a pena di esclusione - la durata massima di 1 anno. La possibilità che si tratti di un refuso non può essere esclusa, anche se non affiorano aliunde - nella documentazione allegata all'offerta - elementi che possano sostenere tale asserzione. Ad ogni modo le riflessioni sviluppate ai punti 3.2, 3.3 e 3.4 sono autonomamente in grado di inficiare la decisione della stazione appaltante di ammettere la controinteressata alla gara e di aggiudicarle il servizio, mentre può essere assorbita la censura di cui al punto e) dell'esposizione in fatto.

4. Dall'accoglimento del gravame consegue la necessità di affrontare la domanda risarcitoria.

4.1 LA RICORRENTE doveva essere proclamata vincitrice della gara ed affidataria del servizio, ma quest'ultimo è stato ormai integralmente eseguito, trattandosi di selezione indetta per la copertura assicurativa nell'anno scolastico 2009/2010.

4.2 Ai sensi dell'art. 34 comma 3 del Codice del processo amministrativo, ove l'annullamento dell'atto sia privo di utilità per il ricorrente, il giudice ne accerta l'illegittimità se sussiste l'interesse ai fini risarcitori: in buona sostanza il Tribunale può adottare una pronuncia di accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato, che costituisce uno dei presupposti per il riconoscimento dell'invocata riparazione pecuniaria.

4.3 Se il profilo dell'accertamento della sussistenza della colpa ha perso consistenza alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III - 30/9/2010 (causa C-314/2009) - già richiamata dalla Sezione nella propria pronuncia 4/11/2010 n. 4552 - occorre in questa fase verificare se parte ricorrente ha rispettato il principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda: come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove - che devono avere ad oggetto circostanze di fatto precise - e si debbono disattendere le domande risarcitorie formulate in maniera del tutto generica, senza alcuna allegazione degli elementi presupposti.

Tale principio trova oggi conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) "subito e provato" (per un'applicazione si rinvia a T.A.R. Lombardia Milano, sez. I - 19/10/2010 n. 7001).

4.4 Con riguardo al lucro cessante collegato alla mancata esecuzione del contratto, il Collegio ritiene di sciogliere negativamente il quesito poiché - se è certo che con la corretta applicazione delle regole di gara la ricorrente avrebbe ottenuto il miglior piazzamento in graduatoria - gli elementi prodotti in giudizio non sono minimamente sufficienti a fornire una cognizione anche sommaria del pregiudizio pecuniario patito.

Si ribadisce che la giurisprudenza ha statuito che, in base all'art. 2697 c.c., ai fini del risarcimento dei danni provocati dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo l'interessato deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, e non è possibile accogliere le istanze di liquidazione che invocano il ricorso all'equità c.d. integrativa ex art. 1226 c.c., poichè tale norma presuppone l'impossibilità di dimostrare l'ammontare preciso del pregiudizio subito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V - 6/4/2009 n. 2143; T.A.R. Basilicata - 16/4/2010 n. 605; T.A.R. Sardegna, sez. I - 21/5/2010 n. 1237).

Nella fattispecie parte ricorrente non ha in alcun modo documentato quale sarebbe stato l'ammontare dell'utile d'impresa ritraibile dall'esecuzione del contratto, limitandosi a pretendere il pagamento di un importo pari ai premi non percepiti. In sede di udienza pubblica di discussione il legale della LA RICORRENTE ha precisato che il corretto metodo di determinazione del danno consiste nel moltiplicare l'importo del premio corrisposto da ogni studente (7,5 €) per il numero complessivo di soggetti assicurati (circa 800), ottenendo la cifra di circa 6.000 €. Detta prospettazione risulta fuorviante, poiché si fonda su una presunta equivalenza tra il premio (che ha natura di ricavo) e l'utile dell'impresa di assicurazione: quest'ultima non dà in alcun modo conto delle voci di costo - ossia delle spese generali di gestione ovvero del valore (presunto) dei sinistri secondo il calcolo probabilistico dei rischi - che determinerebbero l'effettivo guadagno dell'impresa nella commessa ottenuta dalla stazione appaltante.

Peraltro la ricorrente non ha formulato istanza per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato ed il subentro della parte vittoriosa, né ha presentato domanda cautelare in corso di causa, e tale circostanza già deve costituire oggetto di apprezzamento ai sensi dell'art. 1227 del codice civile (cfr. artt. 124 comma 2 e 30 comma 3 del Codice del processo). Ad ogni modo l'omessa allegazione di prove sufficienti preclude il riconoscimento della riparazione pecuniaria.

4.5 A diversa conclusione si deve pervenire con riguardo al dedotto mancato conseguimento di un'esperienza contrattuale con l'amministrazione pubblica, valutabile in sede di partecipazione ad altre selezioni. Si tratta del cosiddetto danno curriculare, che consiste nella "deminutio" di peso imprenditoriale della \*\*\*\*\*à per l'omessa acquisizione ed esecuzione dell'appalto, sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'amministrazione. La "deminutio" può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, dato che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal



lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), può essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e future commesse (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI - 21/5/2009 n. 3144).

Il valore della perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale può essere stimato tra l'1% e il 5%, da calcolarsi sull'importo globale del servizio da aggiudicare (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI - 27/4/2010 n. 2384): peraltro, tenuto conto del modesto ammontare complessivo dei ricavi ipotizzati dall'impresa (circa 6.000 € come si è già detto), può riconoscersi in via equitativa una somma a titolo risarcitorio di 500 €.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e devono essere poste a carico dell'Ente procedente, mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accerta l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Accoglie parzialmente la domanda di risarcimento del danno per equivalente, e per l'effetto condanna l'amministrazione aggiudicatrice a corrispondere la somma indicata in narrativa.

Condanna l'Istituto a liquidare alla ricorrente la somma di 4.500 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì l'amministrazione soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Spese di lite compensate nei confronti della controinteressata.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Primo Referendario, Estensore

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/appalto-per-il-servizio-assicurativo-va-esclusa-la-compagnia-di-assicurazione-la-cui-offerta-restringe-l-ambito-di-operativita-delle-garanzie-assicurative/>