

## **Membro di commissione per la scelta del Broker assicurativo: si deve convenire con il primo giudice circa la carenza dei requisiti rivestiti dal componente esterno della Commissione ai sensi dell'art. 84**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Procedura per la scelta del contraente -scelta del broker assicurativo \_caratteristiche dei componenti della commissione \_ devono essere " periti peritorum" \_il membro esterno non può non essere iscritto all'albo broker \_ illegittima composizione della commissione in quanto solo collaboratore di intermediario assicurativo - annullamento dell'intera procedura

Membro di commissione per la scelta del Broker assicurativo: si deve convenire con il primo giudice circa la carenza dei requisiti rivestiti dal componente esterno della Commissione ai sensi dell'art. 84 (per non essere iscritto all'albo da almeno dieci anni , né essere professore universitario).

Peraltro, avuto riguardo alle finalità dell'art. 84, comma 8 del d. lgs. n. 163/2006, bisogna riconoscere come esso sia espressione del principio per cui i commissari devono essere " periti peritorum" della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio e che il possesso dei requisiti di cui si è discorso debba essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi devono formulare il loro giudizio" (Cons. St. 14.10.2009, n.6297).

Quindi, anche a voler prescindere dagli specifici requisiti indicati al comma 8 , la circostanza che il componente esterno non sia iscritto all'albo dei broker assicurativi essendo stato solo ammesso alla prova di idoneità per l'iscrizione nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi per la sessione 2007 dei relativi esami di Stato e rivesta il ruolo di collaboratore di un intermediario non iscritto nella sezione

dei broker confligge con l'interesse pubblico a che la funzione di esperto esterno sia svolta da soggetto in grado di esprimere una adeguata valutazione.

Si legga questo passaggio tratto dalla sentenza di primo grado \_t.a.r. Friuli-Venezia-Giulia - Trieste: Sezione I n. 00828/2009

<< Sgombrato il campo dalle eccezioni sollevate dalla dalla controinteressata società ALFA., si è visto che il nocciolo argomentativo della ricorrente ruota intorno alla affermazione che il Comune avrebbe violato l'art. 84, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli Appalti), avendo chiamato a far parte della Commissione, in qualità di esperto del settore, il \*\*\*\*\*, cioè un soggetto esterno all'Amministrazione, non ancora iscritto all'apposito albo professionale dei broker e non in possesso della specifica competenza tecnica e professionale richiesta dalla suddetta norma, essendo egli un semplice "collaboratore" di un intermediario - tale \*\*\*\*\* - iscritto nella sezione E (ove sono inseriti coloro che posseggono solo cognizione adeguate all'attività di vendita dei prodotti assicurativi che trattano) e non nella sezione B, propria dei broker: l'art. 84, comma 8 prevede la possibilità di nominare componenti esterni professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali oppure professori universitari di ruolo, in ogni caso da scegliersi nell'ambito di elenchi formati sulla base di rose di candidati fornite rispettivamente dagli ordini professionali o dalle facoltà di appartenenza.

La ricorrente si duole, inoltre, della violazione del comma 7 dell'art. 84 medesimo articolo, che prevede nei confronti dei commissari di gara l'obbligo di astenersi ex art. 51 c.p.c., sull'assunto che l'esperto nominato dal Comune - il M\_ - è collaboratore del Sig. P\_, legale rappresentante della società Several s.r.l., concorrente della società ricorrente nell'ambito della Regione Friuli Venezia Giulia.

Ragioni di economia processuale inducono il Collegio ad esaminare congiuntamente tutti i mezzi dedotti con il ricorso originario e con i motivi aggiunti.

Va premesso che con determinazione dirigenziale n. 2008/01908 del 27.10.2008 - da ritenersi impugnata in base alle suindicate osservazioni - è stata nominata la commissione di gara per l'appalto de quo, composta da quattro membri: tra questi figura, in veste di "membro esperto" la "BETA, nella persona del dott. \*\*\*\*\*.

L'art. 84 (Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), così recita:

"Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento.

2. La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

3. La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente.

4. I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

5. Coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno

prestato servizio.

6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. Si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'art. 51 cod. proc. civ.

8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

9. Gli elenchi di cui al comma 8 sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale.

10. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

11. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

12. In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione”.

Questo l'essenziale referto normativo intorno al quale ruota l'assunto attoreo.

Il Collegio osserva, innanzitutto, che, contrariamente a quanto opina la parte resistente sul presupposto che trattasi di appalto sottosoglia comunitaria, nel caso di specie trova pacifica applicazione il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - peraltro richiamato più volte nel bando di gara - alla luce dell'art. 121 del medesimo decreto, secondo cui:

“Contratti sotto soglia comunitaria

121. Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria.

1. Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo.

[.....]”

L'art. 84 - sopra riportato - è collocato all'interno delle disposizioni della parte II, eppertanto andava applicato - per quello che qui rileva - all'appalto che si sta scrutinando.

Ciò posto, come si è visto, il richiamato art. 84, comma 8 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 stabilisce che:

“ I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza”.

Ora, il \*\*\*\*\* è un soggetto esterno all'Amministrazione, non ancora iscritto all'apposito albo professionale dei broker - è stato solo ammesso alla prova orale di idoneità per l'iscrizione nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi per la sessione 2007 dei relativi esami di Stato - e non in possesso della specifica competenza tecnica e professionale richiesta dalla suddetta norma, essendo egli un semplice “collaboratore” di un intermediario - tale \*\*\*\*\* - iscritto nella sezione E (ove sono inseriti coloro che posseggono solo cognizione adeguate all'attività di vendita dei prodotti assicurativi che trattano) e non nella sezione B, propria dei broker: l'art. 84, comma 8 prevede la possibilità di nominare componenti esterni professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali oppure professori universitari di ruolo, in ogni caso da scegliersi nell'ambito di elenchi formati sulla base di rose di candidati fornite rispettivamente dagli ordini professionali o dalle facoltà di appartenenza.

Tanto basta - con l'assorbimento degli altri motivi - per ravvisare la illegittimità della impugnata determinazione dirigenziale n. 2008/01908 del 27.10.2008 con cui è stata nominata la commissione di gara per l'appalto de quo, nonché di tutti gli atti consequenziali, inficiati da invalidità derivata, indicati nel ricorso originario e nei motivi aggiunti.

Va soggiunto che, nel caso in cui trovasse applicazione - come sostiene la parte resistente - l'art. 5, comma 5 del Regolamento comunale per l'acquisizione in economia di beni e servizi, approvato con la deliberazione del Consiglio comunale 13.12.2004, n. 38 e successive modificazioni ed integrazioni, il risultato non cambierebbe, dato che il \*\*\*\*\* è un soggetto esterno all'Amministrazione, mentre la disposizione testè citata così dispone:

5. La Commissione di Gara, costituita da almeno tre membri, è nominata con provvedimento scritto del Dirigente della Struttura interessata ed è composta dal Dirigente medesimo in qualità di Presidente, dal responsabile del procedimento e da un impiegato della struttura interessata, anche con funzioni di verbalizzante. In particolari circostanze, qualora il Dirigente lo ritenga opportuno la Commissione può essere integrata con altri dipendenti in possesso di specifiche professionalità. In caso di necessità, il Dirigente può delegare le funzioni di Presidente al funzionario responsabile del procedimento; in tal caso la Commissione è integrata con un altro impiegato dell'ufficio interessato, o da altri dipendenti, in modo da garantire la presenza di almeno tre componenti".>>

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1082 del 22 febbraio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01082/2011REG.PROV.COLL.

N. 03236/2010 REG.RIC.

N. 03408/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro ALFAe 3236 del 2010, proposto da\*\*\*

contro\*\*\*

nei confronti di\*\*\*



sul ricorso numero di registro ALFAe 3408 del 2010, proposto da\*\*\*

contro\*\*\*

nei confronti di\*\*\*

per la riforma

quanto al ricorso n. 3236 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Friuli-Venezia-Giulia - Trieste: Sezione I n. 00828/2009, resa tra le parti,  
concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO

quanto al ricorso n. 3408 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Friuli-Venezia-Giulia - Trieste: Sezione I n. 00828/2009, resa tra le parti,  
concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI BROKERAGGIO ASSICURATIVO.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Afi Controinteressata S.r.l. , di ALFA - ALFA Broker Service S.p.A. e del Comune di Gorizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2010 il Cons. \*\*\*\*\* e uditi per le parti gli avvocati \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, su delega dell' avv. \*\*\*\*\*, e \*\*\*\*\* ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La società Afi Controinteressata s.r.l., quarta classificata, ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva del servizio di brokeraggio assicurativo alla società G.B.S. ALFA Broker Service S.p.a. da parte del Comune di Gorizia a seguito di gara indetta con procedura aperta ai sensi dell'art. 5 del Regolamento per l'acquisizione in economia di beni e servizi con il sistema dell'offerta economicamente vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La ricorrente ha sostenuto la violazione dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici, perché sarebbero state violate le modalità ivi previste di nomina dei componenti esterni della Commissione di valutazione, essendo stato nominato componente un soggetto non iscritto nell'albo professionale dei broker assicurativi e non in possesso della sufficiente competenza tecnica, ed il medesimo si troverebbe in condizione di incompatibilità, in quanto collaboratore del legale rappresentante di una società concorrente della ricorrente nell'ambito della Regione Friuli Venezia Giulia.

Il Tar, dichiarato ammissibile il ricorso dato l'interesse della ricorrente all'annullamento dell'intera gara ai fini della sua riedizione e data l'irrilevanza della mancata impugnazione dell'atto di nomina della commissione, peraltro censurato nella sostanza attraverso l'impugnazione dell'aggiudicazione, nonché inammissibili parte dei motivi aggiunti, ha accolto il ricorso ritenendo applicabile alla fattispecie l'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006 richiamato dalla legge di gara e, comunque, ritenendo la nomina del commissario esterno contrastante anche con il Regolamento comunale per l'acquisizione in economia di beni e servizi che non prevede l'integrazione della Commissione con membri esterni all'amministrazione.

Hanno proposto appello, con separati ricorsi, il Comune di Gorizia e la controinteressata G.B.S.

Il primo ricorso è affidato ai seguenti motivi:

- carenza di interesse sostanziale e processuale al ricorso in capo alla ricorrente;
  
- sopravvenuto difetto di interesse al ricorso per mancata impugnazione della determinazione dirigenziale di nomina della Commissione aggiudicatrice;
  
- inapplicabilità delle disposizioni di cui all'art. 121 d.lgs. n. 163/2006 ad una procedura disciplinata da un Regolamento per l'acquisizione in economia di forniture, servizi e lavori ai sensi dell'art. 125;
  
- erroneità della condanna al pagamento delle spese attesa la soccombenza reciproca.

La controinteressata ha impugnato la sentenza per i seguenti motivi:

- inammissibilità ed improcedibilità del ricorso;

- infondatezza dei motivi di ricorso , per non avere il Comune indetto una gara sottosoglia ai sensi dell'art. 121 codice dei contratti pubblici, bensì una procedura informale da svolgersi secondo le previsioni del regolamento, che non prevede le restrizioni contemplate dall'art. 84;

- erroneità della sentenza per aver disposto la condanna anche della controinteressata alle spese di lite nonostante l'oggetto del ricorso sia un atto del Comune non attinente l'attività della concorrente.

Si è costituita in resistenza la Afi Controinteressata replicando ai motivi avversari.

Le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

All'udienza del 9 novembre i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente, ritiene il Collegio di procedere alla riunione degli appelli proposti avverso la medesima sentenza ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Data la comunanza dei motivi di appello delle parti ricorrenti, il Collegio ritiene di poterli esaminare congiuntamente.

Non meritano accoglimento le censure con cui si ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e per mancata impugnazione della nomina della Commissione giudicatrice acquisita dalla ricorrente nel corso del giudizio di primo grado.

Sul punto, non può che riaffermarsi il principio secondo cui, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, costituisce interesse meritevole di tutela anche la sola chance di aggiudicazione derivante dalla partecipazione ad una gara pubblica ed è idoneo a radicare la legittimazione ad agire anche l'interesse strumentale alla riedizione integrale della procedura di gara , sempre che l'impresa abbia differenziato, con la domanda di partecipazione, la propria posizione rispetto al quisque de populo e che non sussistano preclusioni soggettive alla partecipazione alla nuova procedura ( ex multis, di recente, Cons. Stato Sez. V, 15-10-2010, n. 7515).

Né a diverse conseguenze può condurre l'argomento portato da parte appellante secondo cui l'annullamento della gara dal momento della nomina della Commissione comporterebbe la permanenza dei criteri utilizzati dai membri della Commissione diversi da quello esterno e dei risultati valutativi sfavorevoli all'impresa ricorrente. Invero l'argomento contiene un giudizio prognostico circa la conferma della valutazione da parte della Commissione in diversa composizione che non può essere preso in considerazione, data la sua incertezza ed irrilevanza sotto il profilo della sussistenza dell'interesse al ricorso.

Parimenti da respingere è il motivo con cui si sostiene che il ricorrente avrebbe dovuto specificamente impugnare, a pena di improcedibilità del ricorso, l'atto di nomina della Commissione depositato dall'amministrazione nel corso del giudizio.

L'atto di nomina della Commissione è , invero, atto endoprocedimentale, la cui lesività si manifesta nell'aggiudicazione. Ne discende che il soggetto interessato è onerato ad impugnare l'atto conclusivo, in quanto solo quest'ultimo è effettivamente lesivo della sua posizione soggettiva , anche per i motivi attinenti agli atti endoprocedimentali, come nella specie avvenuto.

Nel merito, gli appelli sono infondati .

La determinazione con cui il Comune ha deciso di affidare mediante gara il servizio di brokeraggio assicurativo per un periodo di cinque anni richiama l'art. 5 del Regolamento per l'acquisizione in economia di forniture, servizi e lavori in ordine allo svolgimento di una gara informale e considera applicabile il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006.

Il bando di gara , nell' enunciare l'oggetto ed il sistema di aggiudicazione, indica la procedura aperta ed il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 d. lgs. n. 163 del 2006.

Ne discende che sebbene, in astratto, data l'entità del servizio, effettivamente il Comune avrebbe potuto seguire le regole dell'affidamento dei servizi in economia di cui all'art. 125 del codice dei contratti pubblici, mediante procedura negoziata, tuttavia esso ha indetto una procedura aperta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa regolata dall'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006 alle cui regole la selezione si deve pertanto uniformare.

Né può ritenersi che l'applicabilità del regime dell'affidamento in economia possa privare l'amministrazione della facoltà , in ragione delle peculiarità delle prestazioni da richiedere, di ricorrere alle procedure aperte regolate dal codice dei contratti pubblici applicando quelle regole che , comunque, gli articoli 121 e, per gli appalti di servizi, 124 del codice impongono anche agli appalti sotto soglia comunitaria.

Ciò chiarito sotto il profilo della procedura seguita, si deve convenire con il primo giudice circa la carenza dei requisiti rivestiti dal componente esterno della Commissione ai sensi dell'art. 84 (per non essere iscritto all'albo da almeno dieci anni , né essere professore universitario).

Peraltro, avuto riguardo alle finalità dell'art. 84, comma 8 del d. lgs. n. 163/2006, bisogna riconoscere come esso sia espressione del principio per cui i commissari devono essere " periti peritorum" della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio e che il possesso dei requisiti di cui si è discorso debba essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi devono formulare il loro giudizio" (Cons. St. 14.10.2009, n.6297).

Quindi, anche a voler prescindere dagli specifici requisiti indicati al comma 8 , la circostanza che il componente esterno non sia iscritto all'albo dei broker assicurativi essendo stato solo ammesso alla prova di idoneità per l'iscrizione nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi per la sessione 2007 dei relativi esami di Stato e rivesta il ruolo di collaboratore di un intermediario non iscritto nella sezione dei broker confligge con l'interesse pubblico a che la funzione di esperto esterno sia svolta da soggetto in grado di esprimere una adeguata valutazione.

Sono altresì da respingere i motivi riguardanti la condanna alle spese ed alla rifusione del contributo unificato.

La dichiarazione di inammissibilità di alcuni dei motivi aggiunti non priva, infatti, il ricorrente della qualificazione di parte vittoriosa del giudizio quando il ricorso sia stato accolto per altri motivi, profilandosi come unico limite per il giudice il divieto di condanna della parte vittoriosa o l'indicazione di ragioni palesemente illogiche o erranee, nella specie non ravvisabili.

Inoltre la condanna alle spese è collegata alla soccombenza in giudizio, senza postulare la sussistenza di una qualsiasi responsabilità soggettiva in capo alla parte soccombente.

Conseguentemente la posizione del controinteressato, qualora si sia costituito in giudizio allo scopo di conservare il provvedimento impugnato, non è impeditiva della condanna alle spese in caso di soccombenza , ancorché l'illegittimità dell'atto impugnato sia imputabile all'amministrazione.

Conclusivamente, gli appelli vanno respinti .

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, riunisce gli appelli e li respinge confermando la sentenza di primo grado.

Condanna gli appellanti, in solido, al pagamento in favore della Afi Controinteressata s.r.l. delle spese di giudizio liquidate in complessivi euro 5.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

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



\*\*\*\*\*, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Francesca Quadri, \*\*\*\*\*, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/membro-di-commissione-per-la-scelta-del-broker-assicurativo-si-deve-convenire-con-il-primo-giudice-circa-la-carenza-dei-requisiti-rivestiti-dal-componente-esterno-della-commissione-ai-sensi-dell-art/>