

APPALTI - SEDE OPERATIVA - DISPONIBILITA' A 80 KM DALLA SEDE DELL'AMMINISTRAZIONE - CLAUSOLA ILLEGITTIMA

È illegittima la clausola della *lex specialis* di gara che attribuisce un punteggio (peraltro rilevante) al solo concorrente che possiede già al momento dell'offerta un ufficio operativo nel raggio di 80 Km dalla sede dell'amministrazione perché discriminatoria sotto il profilo territoriale degli operatori economici che abitualmente operano in paesi stranieri o comunque al di fuori del territorio indicato nelle regole di gara, avvantaggiando in modo eccessivo e, a ben vedere, ingiustificato, quegli operatori che già si trovano ad operare in detto territorio.

TAR Valle D'Aosta, Sez. Unica, sentenza n. 44/2018

Publicato il 17/09/2018

N. 00044/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00021/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2018, proposto da Assicuratori dei Lloyd'S Syndicate 2003 XI-Catlin, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Cerretti, Eugenio Bruti Liberati, Alessandra Canuti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Matteo Cerretti in Milano, via dei Bossi n. 6;

contro

In.Va. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Fantini, Alessandra Favre, con domicilio eletto presso il loro studio in Pont Saint Martin (AO) alla Via della Resistenza n. 28;

nei confronti

Subet Ennio - Agenzia Vittoria Assicurazioni S.p.A., Comune di Courmayeur, S.M. S.n.c. di Suppo Mauro e Matroianni Brigida non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento della IN.VA. S.p.A. - Centrale Unica di Committenza della Regione Autonoma Valle d'Aosta prot. n. 3585/2018 del 19 aprile 2018, avente ad oggetto “Comune di Courmayeur – Procedura telematica aperta per l'affidamento dei servizi di coperture assicurative del Comune di Courmayeur per il periodo dal 30/06/2018 al 30/06/2022 – CIG 7299711813. Comunicazione variazione punteggio tecnico” (doc. 1);
- del Bando di gara pubblicato nel Supplemento alla Gazzetta Ufficiale UE S5 del 9 gennaio 2018 (doc. 2);
- del Disciplinare di gara avente ad oggetto “Procedura telematica aperta per l'affidamento dei servizi di coperture assicurative del Comune di Courmayeur per il periodo dal 30/06/2018 al 30/06/2022” (doc. 3);
- della nota della IN.VA S.p.A. prot. n. 2223/2018 del 12 marzo 2018 avente ad oggetto “Comune di Courmayeur – Procedura telematica aperta per l'affidamento dei servizi di coperture assicurative del Comune di Courmayeur per il periodo dal 30/06/2018 al 30/06/2022 – CIG 7299711813. Richiesta giustificazioni di prezzo” (doc. 4);
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di In.Va. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 settembre 2018 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 9 gennaio 2018 la società IN.VA. S.p.A. – Centrale Unica di Committenza della Regione Autonoma Valle d’Aosta (d’ora in poi Inva) ha pubblicato il bando recante indicazione della procedura di gara aperta per l’affidamento dei servizi di copertura assicurativa del Comune di Courmayeur, in relazione al periodo compreso fra il 30 giugno 2018 e il 30 giugno 2022.

La società Lloyd’s - Sindacato XL Catlin (d’ora in poi Catlin) ha partecipato alla gara, presentando un’offerta per il lotto A, dedicato all’assicurazione RCT/O – Responsabilità Civile verso Terzi e Operai.

Con nota prot. 2137/2018 del 8 marzo 2018, Inva ha comunicato l’avvio di una procedura di verifica di anomalia, chiedendo a Catlin giustificazioni relative ad alcune voci di prezzo, con riferimento – in particolare – ai costi del personale.

Con successiva nota prot. n. 2223/2018 del 12 marzo 2018, Inva “a parziale integrazione” della predetta nota, in relazione al criterio di valutazione punto n. 11 del disciplinare di gara recante “Presenza di un ufficio operativo nel raggio di 80 Km dalla sede dell’assicurato” ha chiesto a Catlin “di voler precisare con quali modalità codesto operatore economico intenda adempiere a questo elemento dell’offerta tecnica e di indicare l’indirizzo dell’ufficio operativo”.

In data 22 marzo 2018, Catlin ha risposto alle richieste di chiarimenti e, con riferimento alle modalità di adempimento al criterio citato, ha precisato che “in caso di aggiudicazione, i Lloyd’s, attraverso la stipula di accordi con idonee strutture indipendenti, si avvarranno per la gestione dei singoli sinistri del seguente ufficio: Sircus gruppo Lercari, Piazza Chanoux, 30/C – 11100 Aosta”.

Con successiva nota prot. n. 3585/2018 datata 19 aprile 2018, Inva ha ritenuto non accoglibile la giustificazione fornita in relazione al punto n. 11, in quanto “l’elemento oggetto del criterio di valutazione doveva essere posseduto al

momento della presentazione dell'offerta e non può, quindi, essere demandato a successivi accordi da stipularsi in caso di aggiudicazione”.

Contestualmente, la Stazione Appaltante ha comunicato di aver “provveduto a modificare il punteggio dell'offerta tecnica riducendolo di 6 punti” ed ha approvato una nuova classifica di gara, dichiarando vincitrice Subet Ennio per Vittoria Assicurazioni, attribuendo a Catlin la quarta posizione.

Con ricorso depositato in data 31.5.2018 Catlin ha impugnato i provvedimenti prot. n. 3585/2018 del 19 aprile 2018, e prot. n. 2223/2018 del 12 marzo 2018 sopra richiamati, nonché il bando e il disciplinare di gara, unitamente ad ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non conosciuto, chiedendone l'annullamento.

A fondamento del proprio ricorso la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1. Violazione e falsa applicazione del principio di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli art. 54, 55, 56, 57 TFUE. Violazione e falsa applicazione dei principi eguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione, proporzionalità, economicità, libera concorrenza e favor participationis di cui agli artt. 30 e 95 del D. Lgs. n. 50/2016 e all'art. 3 Cost.. Violazione e falsa applicazione dei principi imparzialità, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione della direttiva 92/49/CEE.

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 97 del D. Lgs. n. 50/2016 in relazione ai principi di imparzialità, parità di trattamento e segretezza delle offerte. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50/2016. Sviamento di potere.

Secondo Catlin, infatti, l'interpretazione del criterio di valutazione n. 11 offerta dalla Stazione Appaltante sarebbe del tutto irragionevole e illegittima, e, sotto altro profilo, sarebbero scorrette le modalità con cui Inva ha eseguito la verifica di

anomalia, con connessa richiesta di chiarimenti, in esito alla quale ha provveduto alla rideterminazione della graduatoria.

Si è costituita in giudizio Inva contestando la domanda di parte ricorrente e chiedendone il rigetto.

Entrambe le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive.

All'udienza del 12.9.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

1.1. Per quanto riguarda il primo motivo di impugnazione, Catlin, lamenta l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante in relazione alla errata interpretazione da essa fornita con riferimento al criterio di valutazione tecnica n. 11 previsto dal disciplinare di gara.

Quest'ultimo, prevede l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo (+ 6 punti), per il concorrente che garantisca la "presenza di un ufficio operativo nel raggio di 80 km dalla sede dell'assicurato".

Ad avviso della stazione appaltante, tale requisito potrebbe considerarsi soddisfatto solo laddove l'offerente abbia acquisito la piena disponibilità della sede operativa all'interno del raggio indicato già a partire dal momento della presentazione dell'offerta.

Catlin eccepisce la contrarietà del criterio così interpretato ai principi e alle disposizioni comunitarie ed interne sia con riferimento ai principi generali di eguaglianza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, economicità, libera concorrenza e favor participationis, la cui applicabilità in materia di appalti è espressamente sancita dagli artt. 30 e 95 del D.Lgs. n. 50/2016, sia con riguardo ai principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi previsti dalla disciplina comunitaria (artt. 54-57 TFUE), oltre che con i

canoni costituzionali di imparzialità, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

Al riguardo, occorre evidenziare che la disposizione contenuta nel disciplinare di gara e in questa sede contestata non prevede espressamente che il requisito in questione debba essere posseduto già al momento di apertura delle offerte e nemmeno al momento della valutazione delle offerte tecniche.

E' ben vero, infatti, che il disciplinare di gara prevede altresì che "il soddisfacimento di ogni requisito tecnico deve essere chiaramente desumibile dalla documentazione presentata", ma tale previsione essendo generica, nel senso che si rivolge in modo aspecifico a tutti i possibili elementi tecnici dell'offerta, può e deve essere interpretata in modo da essere compatibile con i principi e le norme comunitarie e nazionali vigenti in materia di appalti pubblici.

In particolare, vengono in rilievo, in questa sede, i principi europei e nazionali di libera concorrenza - che si sostanziano nell'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati - di non discriminazione e parità di trattamento degli operatori economici, e del relativo corollario del "favor participationis" - con conseguente valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione -, applicabili tanto agli appalti sopra soglia che a quelli sotto soglia (ai sensi del combinato disposto degli artt. 30 e 35 d.lgs 50/16).

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di rilevare il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole dei bandi di gara che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare o la disponibilità di strutture o uffici operativi prima dell'aggiudicazione della gara (in questo senso, ex plurimis, C.

Stato, Sez V, 12 luglio 2004, n. 5049 e T.A.R. Latina, (Lazio), Sez. I, 20/12/2017, n. 637).

Per altro verso, occorre rammentare che non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole del bando o del disciplinare di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi da parte di operatori stranieri o che comunque hanno sede in Paesi membri, ma al di fuori dei luoghi indicati nelle regole di gara.

Non solo, ma anche la Corte Costituzionale, in più occasioni, ha chiarito che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale la regione «non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni» e «non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro» (art. 120, secondo e terzo comma, della Costituzione) (in questo senso, si vedano C. Cost., 26 giugno 2001 n. 207 e 22/12/2006, n. 440).

Nel caso di specie è evidente che attribuire un punteggio (peraltro rilevante) al solo concorrente che possiede già al momento dell'offerta un ufficio operativo nel raggio di 80 Km dalla sede dell'assicurato, significa di fatto discriminare sotto il profilo territoriale quegli operatori economici che, come parte ricorrente, abitualmente operano in paesi stranieri o comunque al di fuori del territorio indicato nelle regole di gara, avvantaggiando in modo eccessivo e, a ben vedere, ingiustificato, quegli operatori che già si trovano ad operare in detto territorio.

Occorre tener conto, infatti, che l'interesse sotteso al requisito previsto dal disciplinare di gara può essere soddisfatto anche da quelle imprese concorrenti che, pur non operando di norma nell'ambito territoriale di riferimento, possono dotarsi, in caso di aggiudicazione, di uffici operativi attraverso una molteplicità di strumenti

negoziali di durata pari al contratto stipulato con la stazione appaltante, senza in tal modo doversi assumere un onere economico del tutto ingiustificato.

Tanto più che, da un lato, l'evoluzione tecnologica oggi consente di gestire a distanza i rapporti assicurativi (mediante strumenti informatici e telematici), e, dall'altro, il soggetto beneficiario del servizio assicurativo nel caso di specie non è una persona fisica, ma un Ente Pubblico.

Alla luce di quanto sopra detto, è evidente che la previsione oggetto di contestazione deve essere interpretata nel senso che il maggior punteggio va riconosciuto a chi al momento della partecipazione alla gara si offra di dotarsi, in caso di aggiudicazione, di un ufficio operativo conforme alla previsione del disciplinare, dovendo poi, il concorrente vincitore che abbia fatto valere tale requisito, effettivamente garantire l'esistenza dell'ufficio per tutta la durata del rapporto contrattuale.

A questo proposito, va sottolineato che, nel presentare l'offerta, Catlin ha dato la disponibilità alla presenza di un "ufficio operativo nel raggio di 80 Km dalla sede dell'assicurato" e a fronte della richiesta di chiarimenti da parte della Stazione appaltante (nota prot. n. 2223/18) ha precisato che <<in caso di aggiudicazione, i Lloyd's attraverso la stipula di accordi con idonee strutture indipendenti si avvarranno per la gestione dei singoli sinistri del seguente ufficio "Sircus gruppo Lercari, Piazza Chanoux, 30C – 11100 Aosta">>.

Catlin, nel presente giudizio, ha, altresì, dedotto e dimostrato l'intervenuta stipula di un contratto con "Sircus – Gruppo Lercari" in forza del quale può garantire la disponibilità della sede operativa di Piazza Chanoux 30/C.

Ne consegue, pertanto, l'illegittimità del provvedimento prot. n. 3585/2018, datato 19 aprile 2018, con il quale Inva ha ritenuto non accoglibile la giustificazione fornita dalla ricorrente in relazione al punto n. 11 dell'offerta tecnica e ha comunicato di aver "provveduto a modificare il punteggio dell'offerta tecnica

riducendolo di 6 punti”, aggiornando la classifica di gara e dichiarando vincitrice Subet Ennio per Vittoria Assicurazioni.

1.2. Anche il secondo motivo di impugnazione è fondato.

Infatti, l'iter di esame e valutazione delle offerte, previsto dal d.lgs 50/16 prevede che, dopo la preliminare fase di verifica dei contenuti dell'offerta, si passa alla seconda fase di valutazione delle offerte tecniche.

A tale seconda fase provvede l'apposita Commissione tecnica che, in una o più sedute riservate, verifica la conformità tecnica delle offerte e valuta le stesse, assegnando i relativi punteggi sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara.

Completato l'esame dell'offerta tecnica, l'amministrazione procede, nuovamente in seduta pubblica, ad informare i partecipanti delle valutazioni compiute, a dare notizia di eventuali esclusioni e a dare lettura dei punteggi assegnati dalla Commissione sulle offerte tecniche dei concorrenti non esclusi.

E' nell'ambito di questa fase che la Commissione deve, eventualmente, richiedere i chiarimenti necessari per valutare le offerte tecniche.

Quindi, verificata l'integrità dei plichi contenenti le buste con le offerte economiche (e l'integrità delle singole buste), l'amministrazione procede all'apertura delle stesse con la lettura delle singole offerte, con l'indicazione dei ribassi offerti e dei conseguenti prezzi netti e la determinazione (matematica) dei punteggi connessi ai prezzi.

Il seggio di gara formula, quindi, la graduatoria finale sulla base della somma dei punteggi assegnati per l'offerta tecnica e per l'offerta economica e, conclusivamente, procede all'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'offerta che ha raggiunto il maggiore punteggio complessivo.

La necessità che si addivenga ad una determinazione compiuta e finale con riferimento alle offerte tecniche prima che siano aperte e conosciute le offerte economiche discende dal fatto che è necessario <<prevenire il pericolo che gli

elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica>>>
(T.A.R. Lazio, sez. II, 23/02/2018, n. 2108).

Nel caso di specie, Inva, in violazione dell'iter procedurale sopra detto, dopo aver già esaminato e valutato sia le offerte tecniche che quelle economiche, ha, prima, con nota prot. n. 2223/18 del 12.3.2018, richiesto a parte ricorrente di precisare con quali modalità Catlin intendesse adempiere all'elemento di cui al punto 11 dell'offerta tecnica; successivamente, a seguito della risposta dell'odierna ricorrente, con nota prot. n. 3585/18 del 19.4.2018 ha modificato il punteggio dell'offerta tecnica di Catlin, riducendolo di 6 punti e, quindi, ha rideterminato la graduatoria, che vede Catlin non più prima, ma solamente quarta in classifica.

1.3. Alla luce di quanto sin qui detto, quindi, devono essere annullati in quanto illegittimi, sia il provvedimento prot. n. 2223/18 del 12.3.2018, sia quello prot. n. 3585/18 del 19.4.2018.

Per effetto del predetto annullamento, quindi, ed in considerazione del fatto che è la stessa Stazione appaltante ad aver ritenuto insussistenti elementi di anomalia con riferimento all'offerta economica di Catlin, tenuto conto che risultano esauriti i profili di discrezionalità tecnica in capo alla Stazione appaltante, deve ritenersi che aggiudicataria dell'appalto oggetto di causa sia la parte ricorrente.

Infatti, aggiungendo i 6 punti sottratti in conseguenza dei provvedimenti illegittimi, il punteggio complessivo dell'offerta di Catlin sale a 97,55, superando, quindi, i 95,58 dell'impresa Subet Ennio.

2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo secondo i parametri di cui al d.m. 70/14 ss.mm.ii.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

1) accoglie il ricorso Rg. n. 21/18 e, per l'effetto, annulla i seguenti provvedimenti emessi da In.Va. S.p.A:

- nota prot. n. 2223/18 del 12.3.2018;

- nota prot. n. 3585/18 del 19.4.2018;

2) Condanna parte resistente a rifondere a parte ricorrente le spese del presente giudizio che si liquidano complessivamente in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Nasini

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO