



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1732 del 2015, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Willis Italia S.p.A. e Assigeco S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Rocco Mangia
e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, corso
Magenta, 45;

contro

A.S.S.T. Valle Olona (già A. O. “Ospedale di Circolo” di Busto Arsizio),
rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto *ex lege* (art. 25
cod. proc. amm.) presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia in Milano, via Corridoni,
39;

nei confronti di

Ital Brokers S.p.A. e Inser S.p.A., rappresentate e difese dagli avv.ti Roberto
Damonte, Giuseppe Michele Giacomini, Stefano Cavanna, Tomaso Romanengo ed
Alessandro Sesana, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via Bergamo,
7;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,
della deliberazione n. 470 del 10 giugno 2015, comunicata in data 15 giugno 2015, con la quale è stato disposto l'affidamento alla ATI composta dalle società Ital Brokers S.p.A. e Inser S.p.a. del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo in favore dell' Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio", per il periodo 1.7.2015 - 30.6.2018; - di tutti i verbali della procedura di gara - di tutti gli atti comunque presupposti e connessi; nonché, per la condanna della Azienda Ospedaliera di Busto Arsizio, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30, 119 e seguenti CPA e 245, 245 bis, ter, quater e quinquies del D. Lgs. 163/2006, previa dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato tra la medesima e l'ATI affidataria, ad aggiudicare l'appalto alla odierna ricorrente, con pronuncia a valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito; ovvero, in via subordinata, per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente, nella misura che risulterà congrua nel corso del giudizio (e, comunque, non inferiore al 10% dell'importo dell' affidamento);

quanto ai motivi aggiunti depositati il 22.10.2015,
della deliberazione n. 743 del 10.9.2015; di tutti i verbali della procedura di gara e segnatamente del verbale in data 8.9.2015 e del 9.9.2015; di tutti gli atti comunque presupposti e connessi e per la condanna dell'Azienda Ospedaliera dei Busto Arsizio, previa dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato, ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente, con pronuncia a valere quale reintegrazione in forma specifica; ovvero in via subordinata per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente, nella misura che risulterà congrua e comunque non inferiore al 10% dell'importo dell'affidamento;

quanto ai motivi aggiunti depositati il 14.3.2016,

del provvedimento del RUP del 8.2.2016 di verifica della documentazione integrativa prodotta da Ital Brokers in data 1.2.2016, della deliberazione 743 del 10.9.2015 di aggiudicazione definitiva dell'appalto, di tutti gli atti comunque presupposti e connessi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.S.T. Valle Olona (già A. O. "Ospedale di Circolo" di Busto Arsizio), di Ital Brokers S.p.A. e di Inser S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2016 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con provvedimento n. 738 del 7.8.2014, l'Azienda Ospedaliera (AO) "Ospedale di Circolo" di Busto Arsizio (VA), indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo a favore dell'Azienda stessa, tramite piattaforma telematica Sintel e con criterio di aggiudicazione di cui all'art. 83 del D.Lgs. 163/2006 (offerta economicamente più vantaggiosa).

Al termine della procedura, il servizio era aggiudicato al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI oppure ATI), fra le società Ital Brokers Spa (mandataria) e Inser Spa (mandante).

Contro il provvedimento di aggiudicazione del Direttore Generale n. 470 del 10.6.2015 ed altri atti di gara, era proposto il ricorso principale in epigrafe, con domanda di sospensiva, da parte dell'ATI fra Willis Italia Spa e Assigeco Spa,

collocatasi al secondo posto nella graduatoria finale (di seguito, anche solo “ATI Willis” oppure “Willis”).

L’Azienda intimata, però, disponeva con provvedimento n. 635 del 27.7.2015 l’annullamento in autotutela della delibera di aggiudicazione definitiva n. 470/2015, dando contestualmente mandato al responsabile unico del procedimento (RUP), di avviare il sub procedimento di verifica dell’anomalia delle offerte; giacché l’Azienda stessa si era avveduta di avere proceduto all’aggiudicazione senza previa verifica della congruità delle offerte presentate, ponendosi quindi in contrasto sia con la legge di gara sia con la previsione dell’art. 86 comma 2, del D.Lgs. 163/2006.

A seguito del citato annullamento d’ufficio, la Commissione procedeva alla valutazione delle giustificazioni presentate dalle imprese partecipanti e, al termine della suddetta operazione, il Direttore Generale dell’Azienda, con provvedimento n. 743 del 10.9.2015, confermava l’aggiudicazione definitiva all’ATI fra Ital Brokers e Inser, oltre alla precedente graduatoria.

Contro il provvedimento di nuova aggiudicazione sopra indicato, era proposto il primo ricorso per motivi aggiunti, con istanza di sospensiva.

Si costituivano in giudizio l’Azienda Ospedaliera e l’ATI vincitrice, chiedendo il rigetto del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 29.10.2015, la domanda di sospensiva era accolta con ordinanza della Sezione IV n. 1414/2015.

Tale ordinanza era impugnata davanti al Consiglio di Stato che, con ordinanza della Sezione III n. 475/2016, pur non accogliendo l’appello cautelare per ragioni attinenti al *periculum in mora*, riteneva tuttavia non meritevole di accoglimento una censura – quella sulle referenze bancarie – valutata invece positivamente dal TAR.

A seguito della citata ordinanza cautelare di primo grado, Ital Brokers Spa depositava presso la stazione appaltante una serie di documenti costituenti sia integrazione delle

referenze bancarie depositate in sede di gara sia prova del subentro al concorrente originario ai sensi dell'art. 51 del D.Lgs. 163/2006.

Con provvedimento del Responsabile Unico del Procedimento (RUP) in data 8.2.2016, l'Azienda resistente reputava da una parte che la documentazione fosse idonea ai fini del citato art. 51; dall'altra e con riguardo alle referenze bancarie, disponeva l'applicazione delle norme sul c.d. "nuovo" soccorso istruttorio di cui agli articoli 38 comma 1 *bis* e 46 comma 1 *ter* del D.Lgs. 163/2006.

Contro la citata determinazione del RUP, le società esponenti proponevano un secondo ricorso per motivi aggiunti.

Nelle more del presente giudizio, per effetto della legge regionale della Lombardia n. 23/2015, di riorganizzazione del servizio sanitario regionale, l'Azienda Ospedaliera resistente era incorporata nell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) "Valle Olona", che succedeva in tutti i rapporti giuridici della prima.

Alla pubblica udienza del 19.5.2016, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale, rivolto contro la prima delibera di aggiudicazione n. 470/2015 (cfr. il doc. 1 delle ricorrenti), deve reputarsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, ai sensi dell'art. 35 del c.p.a., posto che l'Amministrazione resistente, con successiva delibera n. 635/2015 (cfr. il doc. 11 delle ricorrenti), ha annullato in autotutela la citata delibera 470/2015.

Nessuna utilità, pertanto, potrebbe derivare alla società esponente dall'accoglimento del ricorso principale.

Peraltro, le doglianze del gravame principale sono state riproposte nei primi motivi aggiunti (salva la seconda censura, che deve quindi reputarsi rinunciata), sicché saranno in ogni modo esaminate in sede di scrutinio di questi ultimi.

2.1 Nei primi motivi aggiunti, si denuncia dapprima la violazione dell'art. 41 del D.Lgs. 163/2006 e della legge di gara (art. 3.2 del Disciplinare), giacché le referenze

bancarie dell'ATI aggiudicataria sarebbero in contrasto con la normativa suddetta, sia perché la sottoscrizione non è leggibile (cfr. le referenze della mandante Inser Spa, doc. 10 delle ricorrenti), sia perché in ogni modo le referenze non esprimerebbero la capacità economica e finanziaria delle partecipanti con riguardo alla presente procedura di gara.

Tale doglianza, apprezzata favorevolmente dal TAR in sede cautelare in primo grado, è stata però valutata diversamente dal Consiglio di Stato, adito in sede di appello cautelare, che ha invece reputato la censura non meritevole di accoglimento. Ciò premesso lo scrivente Collegio, all'esito di un esame più approfondito della questione, reputa il mezzo privo di pregio.

In primo luogo, infatti, l'analisi della legge di gara (cfr. il doc. 3 delle ricorrenti, pag. 7 punto 3.2 e pag. 11, punto 5), esclude che le referenze bancarie richieste abbiano un contenuto specifico o peculiare, diverso dalle referenze normalmente richieste in sede di gara ai sensi del succitato art. 41.

La locuzione "attestanti la capacità economica e finanziaria del Concorrente ad assumere gli impegni connessi all'esecuzione del presente appalto" contenuta nel Disciplinare, non implica il rilascio di referenze per così dire specifiche e calibrate "ad hoc" sull'attuale gara.

In ogni modo, le referenze di Ital Brokers (cfr. ancora il doc. 10 delle ricorrenti), indicano espressamente nel loro oggetto la procedura di cui è causa; quanto poi alle sottoscrizioni delle referenze di Inser Spa ed allo loro illeggibilità, deve reputarsi che – trattandosi di dichiarazioni rese su carta intestata dell'Istituto di credito – le stesse sono da intendersi riferibili all'Istituto stesso, salva la prova della loro radicale falsità (prova non addotta però nel caso di specie).

Il motivo è quindi infondato, fermo restando che in relazione alle suddette referenze, è stato disposto soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1 *ter* del D.Lgs.

163/2006, attraverso il provvedimento dell'Azienda resistente dell'8.2.2016, oggetto dei secondi motivi aggiunti, che saranno oggetto di successivo esame.

2.2 Ancora nei primi motivi aggiunti, si denuncia l'erronea valutazione dell'offerta tecnica di Ital Brokers da parte della Commissione, per violazione dei criteri di cui all'art. 9 del Disciplinare di gara (cfr. per il testo il doc. 3 delle ricorrenti).

Sul punto, occorre premettere che la valutazione delle offerte tecniche, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, costituisce senza dubbio manifestazione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, connotata da oggettivi margini di opinabilità e censurabile soltanto per errori di fatto o per manifesta illogicità o irrazionalità del giudizio della Commissione.

In altri termini, il giudice amministrativo, pur potendo pienamente conoscere i fatti di causa, non può però sostituire la propria valutazione con quella riservata in via esclusiva alla stazione appaltante, pena l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del primo (cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 17.2.2012, nn. 2312 e 2313).

Ciò premesso, saranno esaminate – seppure sinteticamente – i singoli profili della doglianza.

Con riguardo al criterio A5 (supporto al Comitato Valutazione Sinistri – CVS dell'Azienda per i sinistri in SIR), l'offerta delle ricorrenti ha ottenuto 1,2 punti contri i 2 di Ital Brokers.

L'ATI Willis sostiene di avere però indicato nella propria offerta tecnica la disponibilità alla partecipazione delle riunioni periodiche del CVS (cfr. per l'offerta delle ricorrenti, il loro doc. 6).

In realtà, la proposta specifica dell'ATI Willis per il criterio A5 riguarda la sola apertura del sinistro (cfr. pag. 16 del citato doc. 6), mentre la partecipazione alle riunioni del CVS è menzionata soltanto con riguardo al diverso criterio A1; al contrario la proposta dell'ATI Ital Brokers è molto più dettagliata (cfr. l'offerta Ital Brokers, doc. 6 della resistente, pagg. 9 e 10).

Nel criterio AT6 (tempi di presa in carico dei sinistri), le due ATI hanno ottenuto lo stesso punteggio (3,2 su 4), ma le ricorrenti sostengono che la loro offerta sarebbe migliore, in quanto la presa in carico del sinistro da parte loro è di un solo giorno non lavorativo, mentre per l'ATI Ital Brokers sarebbe di un giorno lavorativo.

Tuttavia, mentre l'ATI Willis indica in ogni modo una tempistica di tre giorni per l'istruttoria completa (cfr. il doc. 6 delle ricorrenti, pag. 16), Ital Brokers, entro un giorno lavorativo, provvede anche ad una istruttoria preliminare (cfr. il doc. 6 della resistente, pag. 10).

Non è quindi illogica l'attribuzione del medesimo punteggio per il criterio A6.

Per il criterio C2 (periodicità aggiornamento giuridico), le ricorrenti lamentano l'attribuzione alla loro offerta della valutazione "sufficiente" rispetto alla valutazione "buono", riconosciuta invece ad altra concorrente classificatasi terza (Marsh Spa).

Tuttavia, ATI Willis ha proposto un aggiornamento settimanale (cfr. il doc. 6 delle ricorrenti, pag. 22), mentre quello proposto da Marsh è quotidiano (cfr. il doc. 7 della resistente, pag. 5).

La diversa valutazione non è quindi erranea o irrazionale.

Quanto ai criteri D1 (formazione risk management) e D2 (formazione assicurativa in loco), l'ATI ricorrente contesta l'affermazione della Commissione sulla mancata indicazione della sede di svolgimento dei corsi (cfr. la copia del verbale di gara, doc. 8 delle ricorrenti), oltre ad evidenziare la maggiore completezza della propria proposta rispetto a quella degli altri concorrenti.

Inoltre si sostiene che la Commissione avrebbe confuso i corsi per la formazione assicurativa con quelli di risk management.

In realtà, quanto alla sede dei corsi, l'offerta di ATI Willis (cfr. il doc. 6 delle ricorrenti, pag. 29), parla di "luogo" da concordarsi con la struttura ospedaliera.

Con riguardo, poi, alle offerte di formazione di cui al criterio D1, la proposta di Ital Brokers (cfr. il doc. 6 della resistente, pag. 12), appare in ogni modo ampia e varia,

sicché la valutazione espressa dalla Commissione (punti 3,2) non appare né illogica né erranea.

Quanto alla presunta confusione in cui sarebbe incorsa la Commissione, la resistente ammette (cfr. pag. 12 della memoria del 15.9.2015), che è stato commesso dalla Commissione un errore materiale, nel senso che i punteggi per i criteri D1 e D2 sono stati invertiti, ma questo non incide sul risultato finale, costituito dalla somma dei punti.

Da ultimo, per quanto riguarda il criterio D3 (formazione on line per i dipendenti), ATI Willis lamenta di avere ottenuto soltanto 3,2 punti su 4, pur avendo offerto un corso di sei ore.

Tuttavia, si tratta dello stesso punteggio attribuito all'ATI vincitrice (cfr. la copia del verbale della Commissione, doc. 9 della ricorrente), la quale ha fatto un'offerta analoga, fermo restando che il maggior punteggio rivendicato ($4 - 3,2 = 0,8$) non consentirebbe a Willis di superare la prova di resistenza e collocarsi prima di Ital Brokers.

In definitiva, la valutazione delle offerte operata dalla Commissione di gara non appare illogica o erranea, il che implica il rigetto anche di tale censura e quindi la complessiva reiezione del primo ricorso per motivi aggiunti.

3.1 Con i secondi motivi aggiunti è impugnato il provvedimento dell'Azienda resistente prot. 3262 in data 8.2.2016 (cfr. il doc. 13 delle ricorrenti e il doc. 10 del resistente), con il quale il RUP – in applicazione delle disposizioni dell'art. 38 comma 2 *bis* e dell'art. 46 comma 1 *ter* del D.Lgs. 163/2006 sul c.d. nuovo soccorso istruttorio – ha ritenuto esaustiva la documentazione trasmessa dall'ATI vincitrice con riguardo sia alla già citata questione delle referenze bancarie sia alle vicende soggettive dell'aggiudicatario di cui all'art. 51 del D.Lgs. 163/2006 (cfr. per il testo della documentazione integrativa, il doc. 11 della resistente e il documento 14 delle ricorrenti).

Con la prima censura si denuncia la presunta illegittimità dell'applicazione del c.d. soccorso istruttorio alle referenze bancarie depositate ai fini della partecipazione alla gara.

Sul punto, occorre ricordare che lo scrivente Collegio, nell'esame dei pregressi motivi aggiunti (si veda il punto 2.1 della presente narrativa), ha ritenuto – condividendo quanto statuito in sede cautelare dal Consiglio di Stato – infondata la censura sulla presunta invalidità delle referenze bancarie, reputandole invece conformi sia alla disciplina legislativa sia alla legge di gara, il che di per sé renderebbe le ricorrenti prive di interesse allo scrutinio della doglianza sul soccorso istruttorio nei riguardi delle referenze medesime, attesa la loro già ricordata validità.

La Sezione reputa però necessario, per completezza espositiva, rilevare come le disposizioni di cui ai succitati articoli 38 comma 2 *bis* e 46 comma 1 *ter* – per le quali in dottrina e giurisprudenza si è talora parlato di “nuovo soccorso istruttorio” – sono applicabili in un ampio ventaglio di ipotesi, compresa quella di eventuali referenze incomplete o irregolari, come del resto statuito dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Sulla questione si vedano: Consiglio di Stato, sez. V, 19.5.2016 n. 2106, secondo cui la novella legislativa può applicarsi anche a casi di mancanza di dichiarazioni previste dalla legge di gara; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 22.3.2016, n. 434, per cui le norme succitate consentono di sanare lacune nella produzione documentale, purché il concorrente sia in possesso dei requisiti e TAR Puglia, Lecce, sez. III, 18.5.2016, n. 829, che espressamente consente il soccorso istruttorio nei casi di omessa produzione di una delle due referenze bancarie richieste dalla disciplina di gara.

Si rimarca inoltre come sia irrilevante – nel caso di specie - la circostanza che il soccorso istruttorio non sia stato avviato dalla stazione appaltante d'ufficio, ma soltanto a seguito della trasmissione della documentazione da parte dell'aggiudicataria.

La legge non vieta, infatti, che la stessa aggiudicataria possa sollecitare l'Amministrazione all'esercizio dei propri poteri di soccorso istruttorio, anche attraverso la trasmissione di idonea documentazione.

Le ricorrenti dubitano altresì della compatibilità della normativa di cui sopra con il diritto dell'Unione Europea e chiedono al TAR di sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE con riguardo agli articoli 47 e 51 della direttiva 2004/18/CE.

La questione pregiudiziale non appare però – in primo luogo – rilevante, giacché le referenze bancarie già dovevano reputarsi idonee ab origine e l'intervento di soccorso istruttorio era effettuato alla luce del diverso orientamento assunto, seppure in sede cautelare, dallo scrivente TAR.

Nel caso di specie, inoltre, la stazione appaltante non ha consentito la produzione tardiva di documentazione mancante (le referenze erano infatti già state presentate unitamente all'offerta), ma ha semplicemente disposto un chiarimento a fronte di documenti che non apparivano pienamente comprensibili al momento della loro presentazione, in sostanziale applicazione dell'art. 51 della direttiva 2004/18/CE (“Documenti e informazioni complementari”), in forza del quale: *<<L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50>>*.

Ne consegue il rigetto della prima censura.

3.2 Nell'ultima doglianza le ricorrenti evidenziano che, per effetto della riforma del sistema sanitario regionale della Lombardia (legge regionale 23/2015), l'Azienda Ospedaliera di Busto Arsizio è confluita, unitamente ad altri presidi ospedalieri della zona, nel nuovo soggetto giuridico denominato Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) della Valle Olona, che è pertanto succeduta in tutti i rapporti giuridici dell'Azienda originaria.

Ciò dovrebbe indurre, secondo l'esponente, all'annullamento dell'intera procedura di gara, con conseguente indizione di una nuova procedura per la scelta del broker della nuova ASST.

A sostegno della propria tesi, le società esponenti richiamano la delibera di Giunta Regionale della Lombardia n. 4702/2015 e segnatamente gli allegati 4 e 5 alla delibera medesima (cfr. i documenti 15 e 16 delle ricorrenti).

La pretesa delle ricorrenti è manifestamente infondata, giacché l'eventuale decisione di annullamento (o meglio sarebbe di revoca) della gara, a fronte del mutato assetto organizzativo delle strutture sanitarie regionali, attiene esclusivamente al merito dell'azione amministrativa, come tale non sindacabile nella presente sede giurisdizionale.

Gli stessi allegati alla delibera regionale sopra richiamati sono – inoltre – assolutamente chiari nell'attribuire alle nuove ASST ogni più ampia valutazione di opportunità sulla prosecuzione delle procedure di gara in corso, prevedendo anzi che le procedure di scelta del contraente – salve nuove valutazioni di “inopportunità della aggiudicazione” – debbano essere “portate a conclusione” (cfr. il doc. 15 delle ricorrenti, pag. 2).

In definitiva, deve rigettarsi l'intero secondo ricorso per motivi aggiunti.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- dichiara improcedibile il ricorso principale;
- respinge i due ricorsi per motivi aggiunti in ogni loro domanda.

Condanna le ricorrenti, in solido fra loro, al pagamento delle spese di causa, che così liquida:

- euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) e spese generali nella misura del 15% a favore di ASST Valle dell'Olona;

- euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) e spese generali nella misura del 15% a favore di Ital Brokers Spa e Inser Spa.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2016

IL SEGRETARIO

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