



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 1743 del 2015, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Marsh Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Soncini e Claudio Sironi, con
domicilio eletto presso il loro studio in Milano, viale Elvezia, 12;

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. (già Ital Brokers Eco Srl), rappresentata e difesa dagli avv.ti
Alessandro Sesana, Giuseppe Michele Giacomini, Stefano C. Cavanna, Tomaso
Romanengo e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro
Sesana in Milano, via Bergamo, 7;
Inser S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Michele Giacomini,

Stefano Cavanna, Tomaso Romanengo, Roberto Damonte ed Alessandro Sesana, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via Bergamo, 7; Willis Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, corso Magenta, 45; Assigeco S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo di Busto Arsizio 10 giugno 2015, n. 470 di aggiudicazione definitiva del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo all'ATI Ital Brokers SpA/ Inser SpA (comunicata con pec del 15 giugno 2015, doc. 1 ed 1 bis); - di ogni altro atto o provvedimento alla stessa presupposto, conseguente o comunque connesso ivi espressamente inclusi il processo verbale della seduta pubblica del giorno 28 ottobre 2014; il verbale della seduta pubblica del 24 novembre 2014; il verbale del 24 novembre 2014, non in seduta pubblica; il verbale n. 1 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 5 dicembre 2014; il verbale n. 2 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 10 dicembre 2014; il verbale n. 3 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 16 dicembre 2014; il verbale n. 4 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 23 gennaio 2015; il verbale n. 5 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 4 febbraio 2015; il verbale n. 6 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 9 febbraio 2015; il verbale . n. 7 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 14 marzo 2015; il verbale n.8 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 24 marzo 2015; il verbale n.9 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 7 aprile 2015; il verbale n. 10 delle operazioni della Commissione giudicatrice del 20 aprile 2015; il verbale della seduta pubblica del 27 maggio 2015 ; il bando di gara della medesima procedura; il Disciplinare di gara della medesima procedura; il Capitolato speciale della medesima procedura; la delibera del

Direttore Generale di nomina della Commissione di gara n. 992 del 6 novembre 2014, nonché il diniego tacito o esplicito sul preavviso di ricorso e per la conseguente condanna dell'AO Ospedale di Circolo di Busto Arsizio, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente; in subordine al risarcimento del danno e al risarcimento del danno professionale e d'immagine; quanto ai motivi aggiunti depositati il 23.10.2015,

- della delibera del DG 10.9.2015 n. 743 di aggiudicazione definitiva del servizio alle società Ital Brokers Spa e Inser Spa, nonché di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, conseguenti e comunque connessi, ivi inclusi la verifica di anomalia dell'offerta dell'8.9.2015, il verbale della seduta pubblica del 9.9.2015, nonché il pregresso affidamento in sostituzione del responsabile della struttura complessa con decorrenza il 10.6.2014 al dott. Ugo Palaoro, della disposizione della DG 30.1.2015 di individuazione nella persona della dott.ssa Marazzi dell'incarico di sostituzione del RUP, della ratifica del 20.5.2015, nonché, occorrendo, delle comunicazioni inviate dall'AO di Busto in data 29.9.2015 e della comunicazione del 30.9.2015, nonché della delibera 810 del 30.9.2015 ivi richiamata;

quanto ai motivi aggiunti depositati il 16.3.2016,

- del provvedimento in data 8.2.2016 con il quale l'ASST Valle Olona ha accertato la documentazione presentata in data 1.2.2016 da Ital Brokers Spa rispettosa della legge di gara e dell'art. 51 del codice, ai sensi degli articoli 38 comma 1 bis e 46 comma 1 ter del D.Lgs. 163/2006, nonché di tutti gli atti e provvedimenti allo stesso presupposti, conseguenti e comunque connessi, ivi inclusi gli atti già impugnati e il silenzio serbato sulla richiesta in data 15.2.2016 di annullamento della gara in autotutela.

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., di Inser S.p.A. e di Willis Italia 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 di Marsh Spa, collocatasi al terzo posto nella graduatoria finale, dopo l'aggiudicataria e l'ATI fra Willis Italia Spa e Assigeco Spa, collocatasi invece al secondo posto.

Il ricorso contiene una pluralità di motivi molto articolati, volti anche – seppure in via subordinata – all'annullamento dell'intera gara.

L'Azienda intimata, a fronte della notifica del gravame principale, 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, Marsh Spa proponeva 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. 1424/2015.

Tale ordinanza era impugnata davanti al Consiglio di Stato che, con ordinanza della Sezione III n. 471/2016, pur non accogliendo l'appello cautelare per ragioni attinenti al *periculum in mora*, riteneva tuttavia non meritevole di accoglimento una delle censure – vale a dire 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, Marsh Spa proponeva 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.

In vista dell'udienza di discussione, si costituiva in giudizio anche Willis Italia Spa (di seguito, anche solo "Willis"), insistendo anch'essa per il rigetto del gravame.

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

DIRITTO

1. Il ricorso principale, rivolto contro la prima delibera di aggiudicazione n. 470/2015 (cfr. il doc. 1 della ricorrente), 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. 37 della ricorrente), 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 (contrassegnate con le lettere da "A" ad "I"), sono state riproposte nei due ricorsi per motivi aggiunti (salva la censura

contrassegnata con la lettera “B”, che deve quindi reputarsi rinunciata), sicché saranno in ogni modo esaminate in sede di scrutinio di questi ultimi.

2. Nell’esame dei primi motivi aggiunti, reputa il Collegio di procedere dapprima alla valutazione delle doglianze riguardanti l’aggiudicazione al primo classificato, cioè l’ATI di cui è mandataria Ital Brokers Spa.

2.1 Nella prima censura (motivo “A”), Marsh lamenta l’erronea valutazione dell’offerta tecnica di Ital Brokers da parte della Commissione, per violazione dei criteri di cui alle lettere A1, A2, A4, A5 e F2 del Disciplinare di gara (cfr. per il testo del Disciplinare, il doc. 17 della ricorrente).

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, caratterizzata da un oggettivo margine 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).

A diversa conclusione non induce la lettura della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella causa C-440/2013 dell’11.12.2014, giacché il giudice comunitario ha in ogni modo confermato che il controllo giurisdizionale è di sola legittimità, pur non potendo il giudice nazionale limitarsi a valutare la sola arbitrarietà delle decisioni dell’amministrazione aggiudicatrice; tuttavia il controllo giurisdizionale del magistrato amministrativo non si limita alla verifica della sola “arbitrarietà” della scelta dell’appaltante.

Ciò premesso e con riguardo, seppure sinteticamente, alla presunta inosservanza dei criteri del Disciplinare, si evidenzia quanto segue.

- Per il criterio A1 (modalità generali di svolgimento del servizio), Marsh ha ottenuto 3,2 punti contro i 4 di Ital Brokers, tuttavia quest'ultima nell'offerta tecnica (cfr. il doc. 19 della ricorrente, pagine da 1 a 5), indica chiaramente che la stessa è stata predisposta sulla base delle specifiche caratteristiche dell'Azienda resistente e di conseguenza l'offerta non può reputarsi di per sé non calibrata sui caratteri propri della stazione appaltante.

Il richiamo ai sinistri in SIR (Self Insurance Retention) attiene non al criterio A1 bensì a quello A5, come risulta dal Disciplinare e dalla stessa offerta tecnica di Ital Brokers.

Inoltre, anche Ital Brokers descrive il supporto da fornire in sede di gara (cfr. le pagine 4 e 5 dell'offerta tecnica), così come è sufficientemente dettagliata la descrizione degli interventi sul rischio Ramo property, mentre per quanto riguarda il supporto informatico, lo stesso è descritto da Ital Brokers nel criterio A2.

- Con riguardo al suddetto criterio A2 (attività di supporto) – per il quale l'esponente e l'aggiudicataria hanno ottenuto entrambe 6 punti, pur avendo Marsh garantito la presenza di una propria risorsa un giorno alla settimana – si rileva che la proposta dell'ATI vincitrice è stata valutata tenendo conto del peculiare modello di consulenza offerto e del supporto alle attività di risk management, che hanno indotto all'attribuzione del giudizio "ottimo", al pari di quello di Marsh (cfr. il doc. 7 della ricorrente, vale a dire la copia del verbale della Commissione del 16.12.2014).

- Il criterio A4 (liquidazione dei sinistri attivi) ha visto l'attribuzione a Marsh di 1,2 punti e all'aggiudicataria di 1,6.

L'offerta di Ital Brokers indica però le modalità di gestione dei "sinistri attivi" e di quelli "passivi" (cfr. il doc. 19 della ricorrente, pag. 9), mentre quella di Marsh si limita a quelli "attivi" (cfr. il doc. 20 della ricorrente, pag. 8).

- Quanto al criterio A5 (supporto al CVS dell'Azienda nella valutazione dei sinistri in SIR, relativamente alla copertura RCT, definiti a termini di polizza "border line"),

Marsh ha ottenuto 1,2 punti, contro i 2 dell'ATI vincitrice (cfr. il doc. 9 della ricorrente).

L'offerta tecnica di quest'ultima indica chiaramente le modalità di intervento per i sinistri "border line" o che ricadono in "S.I.R." (cfr. pag. 10 dell'offerta), sicché non può ragionevolmente sostenersi da parte della ricorrente che nell'offerta vincitrice "non compare alcuna assistenza" per i sinistri "border line".

- L'elemento F2 riguarda il punteggio da attribuire al "referente unico" iscritto all'albo dei broker.

Il referente Ital Brokers è il dr. Sanchioli, il cui curriculum ha ottenuto 4 punti, contro i 2,8 di quello del referente Marsh.

La scelta del punteggio non è illogica, se si tiene conto del curriculum riportato a pag. 25 dell'offerta dell'aggiudicataria, da cui risultano in capo al referente il titolo di avvocato, un'esperienza triennale di docente universitario, una serie di pubblicazioni e il ruolo di supporto agli enti pubblici su tutto il territorio nazionale.

In conclusione, non si ravvisa nella valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria operata dalla Commissione alcun errore di fatto o alcuna illogicità o irrazionalità, sicché il motivo "A" deve rigettarsi.

2.2 Nel motivo "C", si denuncia la violazione dell'art. 41 del D.Lgs. 163/2006 e della legge di gara, giacché le due 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, docc. 32 e 33 della ricorrente), 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 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, l'analisi della legge di gara (cfr. il doc. 17 della ricorrente, 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 procedura di aggiudicazione 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. i documenti 34 e 35 della ricorrente), 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 riferibili all'Istituto stesso, salva la prova della loro radicale falsità (prova non addotta però nel caso di specie).

Il motivo "C" 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, gravato coi secondi motivi aggiunti, che saranno oggetto di successivo esame.

2.3 Nel motivo "D" si sostiene che l'offerta di Ital Brokers doveva escludersi a causa dello stato di liquidazione e delle presunte difficoltà finanziarie di quest'ultima, risultanti da organi di stampa (cfr. il doc. 36 della ricorrente).

La doglianza, espressa peraltro in termini generici, deve rigettarsi, in quanto l'asserita liquidazione di Ital Brokers – circostanza peraltro decisamente negata da quest'ultima – non è provata; la società Ital Brokers è stata peraltro interessata da fenomeni di riorganizzazione societaria, in relazione ai quali la stazione appaltante

ha adottato un provvedimento ai sensi dell'art. 51 del D.Lgs. 163/2006, anch'esso gravato con i secondi motivi aggiunti.

2.4 Il motivo "E" è invece rivolto contro la seconda classificata Willis Italia Spa (in ATI con Assigeco), che - a detta della ricorrente - avrebbe dovuto essere esclusa per violazione delle regole (art. 120, comma 2, del DPR 207/2010 e legge di gara), sull'apertura delle offerte tecniche.

L'art. 120 succitato, ma anche l'art. 10 del Disciplinare (2^a fase, pag. 24 del doc. 17 della ricorrente), impongono che l'apertura delle offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, per l'accertamento della presenza dei documenti in essa contenuti.

L'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste delle offerte tecniche risponde non solo alla necessità di evitare manomissioni o modifiche del loro contenuto, ma si impone alla luce di più generali principi – di matrice non solo nazionale ma anche comunitaria – di trasparenza delle procedure di gara e di rispetto della "par condicio" dei partecipanti, realizzandosi in tale modo la tutela di interessi sia privati sia pubblici (così la nota decisione del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 13/2011).

Nel caso di specie, appare fuori discussione che l'apertura della busta con l'offerta di Willis non è avvenuta in seduta pubblica.

Infatti, nella seduta pubblica del 24.11.2014, presente il rappresentante di Marsh, era effettuata l'apertura di tutte le buste, fatta eccezione per quella di Willis, la quale non risultava leggibile sulla piattaforma telematica Sintel, a causa di problemi tecnici del formato PDF con cui l'offerta medesima era stata caricata sulla piattaforma (cfr. il doc. 3 della ricorrente).

In seguito ed al di fuori della seduta pubblica, però, il RUP, con l'assistenza di un tecnico informatico dell'Azienda Ospedaliera, procedeva a scaricare il file con la busta telematica, realizzandosi così – in evidente seduta segreta – l'apertura della busta (ancorché elettronica), contenente l'offerta tecnica (cfr. il doc. 4 della ricorrente).

La violazione del principio di pubblicità, come sopra riferito, è di tutta evidenza e in senso contrario non valgono le difese delle parti intime.

La circostanza che la presente gara sia stata condotta con modalità informatiche (trasmissione telematica delle offerte sulla piattaforma Sintel) è irrilevante, non sussistendo ostacoli, di ordine normativo o logico, per disattendere il succitato principio di pubblicità di matrice comunitaria.

A nulla vale poi il richiamo all'art. 85 del D.Lgs. 163/2006, che riguarda la differente fattispecie delle "aste elettroniche", così come non pare pertinente il riferimento alla giurisprudenza formatasi sul tema della conservazione e della segretezza delle offerte dopo la loro rituale apertura, giacché non viene in considerazione nella presente fattispecie tale ipotesi, bensì quella dell'apertura delle offerte in seduta segreta anziché pubblica.

Ancora, le parti intime sostengono che, per le particolari modalità di trasmissione sulla piattaforma Sintel dell'offerta, quest'ultima non sarebbe suscettibile di alcuna manomissione.

Tale tesi difensiva – peraltro da dimostrare quanto ai suoi presupposti in fatto – non convince però il Collegio, in quanto il principio di pubblicità dell'apertura delle offerte tecniche non può essere suscettibile di eccezioni fondate sull'asserzione – vera o falsa che sia – della presunta immodificabilità del contenuto della busta.

Ammettere tale deroga al principio di pubblicità significherebbe vanificare lo stesso, essendo di volta in volta attribuito alla stazione appaltante un potere di deroga, fondato appunto sulla circostanza fattuale dell'intangibilità dell'offerta tecnica.

Preme ancora - per completezza espositiva - rilevare che la stessa Willis – pur regolarmente costituita nel presente giudizio – non ha però svolto alcuna difesa della propria posizione sotto tale profilo.

Il motivo "E" deve quindi essere accolto, nel senso di ritenere che l'offerta di Willis doveva escludersi dalla gara.

Non può invece accogliersi il motivo subordinato espresso come “E.2”, secondo cui la violazione del principio di pubblicità sopra riportato determinerebbe l’annullamento dell’intera gara e quindi la caducazione di tutta la procedura svolta. Infatti, nel caso di specie non è stata data dimostrazione alcuna delle ragioni che impongano – per effetto della succitata violazione – di annullare in via giurisdizionale l’intera gara, non essendo stato portato all’attenzione ed alla valutazione del Collegio alcun elemento da cui desumere che l’ammissione dell’offerta di Willis (poi classificatasi al secondo posto, mentre Marsh è terza), abbia in qualche modo falsato l’intero iter di gara, rendendone così necessaria l’integrale caducazione.

2.5 Parimenti infondate sono le ulteriori censure – proposte in via subordinata con le lettere da “F” a “I” – volte ad ottenere l’annullamento di tutta la procedura di gara.

Nel motivo “F” si sostiene l’illegittimità del procedimento, in quanto la Commissione, dopo l’apertura delle buste con le offerte tecniche, non avrebbe verificato con puntualità l’effettiva presenza dei documenti, né avrebbe verificato il contenuto delle altre buste contenenti invece la documentazione amministrativa.

La doglianza, così come formulata appare però pretestuosa e quindi infondata, rilevato che:

- nella seduta pubblica del 28.10.2014, la Commissione ha aperto le buste contenenti la documentazione amministrativa, alla presenza dei rappresentanti delle imprese partecipanti (fra cui quello di Marsh), che nulla hanno obiettato (cfr. il doc. 2 della ricorrente); parimenti all’atto di apertura delle buste con le offerte tecniche (tranne quella di Willis, come sopra riportato), sempre alla presenza del rappresentante di Marsh, quest’ultimo non ha mosso alcuna osservazione (cfr. il doc. 3 della ricorrente);

- nel prosieguo della procedura di gara, nessuna eccezione è stata sollevata in ordine al contenuto delle suindicate buste, per cui il motivo “F” appare palesemente infondato, in assenza anche di qualsivoglia principio di prova sull’eventuale manomissione del contenuto delle buste regolarmente aperte.

2.6 Con il motivo “G”, si rileva che i membri della Commissione non avrebbero reso la dichiarazione sull’assenza delle causa di incompatibilità di cui all’art. 84, commi 4, 5 e 7 del D.Lgs. 163/2006.

La censura è smentita in fatto, giacché è provato che le suddette dichiarazioni sono state regolarmente rese in data 1.12.2014 (cfr. il doc. 10 dell’Azienda resistente) e non può assurgere a elemento invalidante dell’intera procedura la mera circostanza che le dichiarazioni siano intervenute dopo l’inizio delle operazioni della Commissione, in mancanza fra l’altro di ogni espressa previsione normativa in tal senso.

2.7 Nel motivo “H”, si denuncia la presunta illegittima composizione della Commissione di gara, in quanto la componente dr.ssa Marazzi ha fatto parte della Commissione di una precedente gara di analogo oggetto, la cui aggiudicazione era stata annullata dal TAR Lombardia, con sentenza confermata dal Consiglio di Stato (cfr. i docc. 23 e 24 della ricorrente).

La doglianza è infondata, in quanto l’incompatibilità dei componenti la Commissione di cui all’art. 84, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 – che richiama l’art. 51 c.p.c. – non si estende alle ipotesi in cui, annullata l’aggiudicazione, l’Amministrazione indica una nuova gara, con nuovo bando anche se con oggetto analogo (il che è avvenuto nel caso di specie, con il nuovo bando del 7.8.2014), senza contare che l’art. 84, comma 12, prevede che, in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione o dell’esclusione, sia <<...riconvocata la medesima commissione>> (si veda a tale proposito: TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 17.5.2016, n. 1211).

Il richiamo alla sentenza di questa Sezione IV n. 1424/2015 non pare pertinente, trattandosi di una differente fattispecie, nella quale il Collegio aveva reputato la condotta della Commissione di tale gravità da giustificarne il mutamento integrale, in evidente deroga al comma 12 succitato.

2.8 Nel motivo “I” si sostiene la violazione dell’art. 29 del D.Lgs. 163/2006, in quanto la legge di gara non indicherebbe il valore stimato dell’appalto di cui è causa. La doglianza è infondata, in quanto nel presente appalto non è previsto alcun onere di pagamento a favore dell’appaltatore e a carico della stazione appaltante, giacché il broker vincitore della gara sarà remunerato attraverso le commissioni che gli saranno riconosciute dalle imprese assicuratrici (cfr. l’art. 5 del capitolato speciale d’appalto, doc. 12 dell’Azienda resistente, pag. 4)

Rilevato quindi il carattere non oneroso dell’appalto per l’Amministrazione e non potendosi ovviamente stimare né il numero delle polizze né le provvigioni offerte dalle imprese assicuratrici, non si ravvisa nella presente fattispecie alcuna violazione dell’art. 29 succitato.

2.9 Con il motivo “L”, si ribadisce ancora l’illegittimità dell’aggiudicazione a favore dell’ATI Ital Brokers, in quanto la società Ital Brokers Spa con sede a Milano – attuale aggiudicataria – non potrebbe reputarsi subentrante alla società avente la stessa denominazione (Ital Brokers) ma con sede a Genova, che ha preso parte in origine alla gara.

Per ragioni di economia espositiva, tale doglianza sarà trattata unitamente a quella distinta con la lettera “R” e contenuta nel secondo atto di motivi aggiunti, trattandosi di censure omogenee.

2.10 Con i motivi “M” e “N”, la società esponente ha contestato la positiva valutazione della congruità dell’offerta di Willis – reputata in origine anomala – da parte della Commissione di gara e l’attribuzione del punteggio tecnico all’offerta

stessa, che l'ha collocata in seconda posizione nella graduatoria finale, prima di Marsh.

La ricorrente non ha però interesse allo scrutinio di tali censure, in quanto – come già sopra evidenziato in sede di esame del motivo “E” – l'offerta di Willis doveva in ogni modo essere esclusa per violazione del principio di pubblicità dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

Non appare quindi necessario esaminare le specifiche doglianze in ordine all'anomalia e al punteggio attribuito all'offerta di Willis.

2.11 Con il motivo “O”, si censurano la nomina del nuovo RUP, nonché la ratifica, disposta dall'Azienda Ospedaliera, delle attività svolte dal precedente RUP.

In particolare, le doglianze si indirizzano contro la delibera del Direttore Generale n. 71 del 30.1.2015, di attribuzione alla dr.ssa Marazzi, in ruolo quale dirigente amministrativo, dell'incarico di Responsabile della Struttura Complessa - Provveditorato (cfr. il doc. 6 della resistente) e contro il successivo atto di disposizione del 30.1.2015, di nomina della stessa dr.ssa Marazzi a RUP per tutte le procedure di gara in corso al 1.2.2015 (cfr. il doc. 7 della resistente).

Secondo la ricorrente, tali atti si porrebbero in contrasto con l'art. 18 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) del 2000, modificato nel 2005 (cfr. il doc. 55 della ricorrente e il doc. 23 della resistente), che imporrebbe invece, in caso di assenza di dirigente di struttura complessa, la sostituzione con altro dirigente della struttura medesima.

Il motivo non è suscettibile di favorevole delibazione, sotto vari profili.

In primo luogo lo stesso non appare ammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice adito, essendo contestati due atti di nomina di dirigenti, come tali sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo a favore di quello ordinario, ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. 165/2001.

Parimenti non si comprende l'interesse (ai sensi dell'art. 100 c.p.c.) a sollevare tale censura, in quanto non è provato come l'ipotetica inosservanza delle norme sulla nomina dei responsabili di struttura complessa possa avere inciso sull'andamento della procedura di gara.

Nel merito, la censura non è neppure fondata, in quanto l'art. 18 del CCNL succitato prevede, ai fini della nomina del sostituto di un direttore di struttura complessa, che il dirigente chiamato alla sostituzione sia almeno "titolare di un incarico di struttura semplice" (si veda il comma 2, lettera "a" dell'art. 18) e il precedente RUP avv. Palaoro era titolare di struttura semplice (cfr. i documenti 21 e 22 della resistente), mentre la dr.ssa Marazzi è titolare di struttura complessa, sicché legittimamente può essere chiamata a dirigere altra struttura complessa.

In definitiva, l'intero mezzo di gravame deve rigettarsi.

2.12 Con il motivo "P" si denuncia l'illegittimità della delibera dell'Azienda Ospedaliera n. 810 del 30.9.2015 (cfr. il doc. 20 della resistente e il doc. 57 della ricorrente), con la quale l'Amministrazione – a fronte delle proroghe del contratto di brokeraggio da tempo svolto da Marsh e vista l'aggiudicazione ad Ital Brokers di cui è causa – ha disposto il recesso dal contratto in corso con Marsh in regime di proroga dal 29.9.2015, dando atto altresì che i rapporti con le compagnie assicuratrici sarebbero stati gestiti dalla stazione appaltante, la quale avrebbe anche provveduto a richiedere alle compagnie il rimborso di quanto dovuto in relazione ai premi anticipati già versati per il servizio di brokeraggio non più svolto dal 30.9.2015.

L'impugnazione di tale delibera appare in primo luogo inammissibile per evidente difetto di giurisdizione del giudice adito, trattandosi di un atto di recesso da un contratto in corso – anche se in regime di proroga – sicché la controversia attiene alla fase di esecuzione del contratto medesimo, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

La doglianza, relativa peraltro al solo aspetto del rimborso dei premi anticipati, è in ogni modo anche infondata, visto che l'Azienda si limita soltanto, per il periodo successivo al recesso dal contratto in essere, a chiedere alle compagnie il rimborso della provvigione sul premio pagata in anticipo, attesa la già ricordata cessazione del servizio di brokeraggio (cfr. il doc. 24 della resistente).

In conclusione, il primo ricorso per motivi aggiunti deve reputarsi in parte improcedibile e da respingersi per la restante parte.

3.1 Il secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 16.3.2016, contiene tre nuove censure (lettere da "Q" a "S"), oltre a riproporre le doglianze del ricorso principale e dei primi motivi aggiunti, già esaminate ai numeri 1 e 2 della presente narrativa.

Con i suddetti motivi è impugnato il provvedimento dell'Azienda resistente prot. 3262 in data 8.2.2016 (cfr. il doc. 62 della ricorrente e il doc. 25 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. 26 della resistente e i documenti da 64 a 71 della ricorrente).

Con il motivo "Q" si denuncia la presunta illegittimità dell'applicazione del c.d. soccorso istruttorio alle referenze bancarie depositata ai fini della partecipazione alla gara.

Sul punto, occorre ricordare che lo scrivente Collegio, nell'esame del pregresso motivo "C", ha reputato – 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 la ricorrente priva 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.

La ricorrente dubita altresì della compatibilità della normativa di cui sopra con il diritto dell'Unione Europea e chiede 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 chiari 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*>>.

In conclusione, il motivo “Q” va respinta interamente.

3.2 Il motivo “R” è trattato unitamente al pregresso motivo “L”, giacché con gli stessi si denuncia la presunta violazione dell'art. 51 del D.Lgs. 163/2006, norma in forza della quale in caso di variazioni soggettive del partecipante alla gara, quest'ultimo è ammesso all'aggiudicazione e alla stipulazione previo accertamento dei requisiti da parte della stazione appaltante.

Nel caso di specie, la società partecipante Ital Brokers Spa con sede legale a Genova è stata oggetto di una serie di operazioni societarie descritte nei documenti già sopra citati (si veda sulla questione il doc. 26 della resistente).

In particolare, con delibera di assemblea straordinaria del 30.6.2015 (atto notarile con repertorio 67610), ha assunto la denominazione di IB – Società per azioni.

Nello stesso giorno, l'assemblea straordinaria di Ital Brokers Eco Srl – di cui IB Società per azioni è socio unico – ha deliberato l'aumento di capitale sociale mediante conferimento da parte della controllante/socio unico del ramo d'azienda avente ad oggetto l'attività di brokeraggio assicurativo; contestualmente Ital Brokers Eco ha mutato la denominazione in Ital Brokers Spa, con sede legale a Milano (atto notarile con repertorio 67611).

Di tali vicende societarie, l'Azienda è stata compiutamente informata con lettera di Ital Brokers Spa del 24.7.2015 (cfr. il doc. 14 della resistente), mentre con successiva missiva via pec del 6.8.2015, la “nuova” Ital Brokers Spa e Inser Spa hanno confermato e fatta propria l'offerta presentata dall'ATI in sede di gara (cfr. il doc. 25 della resistente depositato il 28.10.2015).

Ciò premesso, la società esponente reputa che l'Amministrazione abbia malamente esercitato il potere di controllo dei requisiti di cui al citato art. 51, in quanto non sarebbe stato verificato l'effettivo conferimento del ramo d'azienda riguardante l'attività di brokeraggio.

La doglianza non merita accoglimento, per le ragioni che seguono.

Quanto alla produzione documentale esplicativa delle vicende societarie di Ital Brokers Spa, la giurisprudenza ha chiarito che i documenti giustificativi possono essere prodotti anche dopo l'aggiudicazione, dovendosi distinguere il momento del subentro da quello della comunicazione dei documenti relativi (così Consiglio di Stato, sez. III, 14.1.2015, n. 55 e TAR Puglia, Bari, sez. I, 14.5.2015, n. 729).

Sulla verifica e sui poteri riservati alla stazione appaltante dall'art. 51 sopra citato, la giurisprudenza ha escluso che la stazione appaltante ed il giudice amministrativo - in sede di successivo controllo giurisdizionale - possano spingersi al punto di valutare la validità di negozi giuridici di diritto privato, essendo preclusa al giudice amministrativo la cognizione di questioni sullo stato e sulla capacità delle persone fisiche e giuridiche (salvo particolari casi), ai sensi dell'art. 8 del c.p.a. (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 28.2.2014, n. 5333).

La ricorrente non può quindi chiedere al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla validità di atti di diritto privato – quali sono quelli di modificazione societaria – sottratti in ogni modo alla propria giurisdizione, rilevato che l'atto notarile recante la delibera di assemblea societaria attesta l'aumento di capitale sociale mediante conferimento di ramo d'azienda e tale documentazione appare sufficiente a provare il subentro della nuova società nella posizione dell'originario offerente.

I motivi "L" ed "R" devono quindi entrambi respingersi.

3.3 Con il motivo "S" si denuncia dapprima l'illegittimità del diniego di autotutela ex art. 243 *bis* del D.Lgs. 163/2006; la doglianza può però rigettarsi, attesa l'infondatezza – oltre che la parziale improcedibilità - della pretesa della ricorrente,

nei sensi di cui sopra, con l'ulteriore specificazione che non sussiste nel caso di specie alcun silenzio inadempimento dell'Amministrazione di cui all'art. 117 del c.p.a., posto che, ai sensi del comma 4 dell'art. 243 *bis*: <<L'inerzia equivale a diniego>>, quindi ad un provvedimento negativo.

Nell'ultima censura la ricorrente evidenzia anche 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.

La pretesa della ricorrente 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.

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

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore di ASST Valle Olona, Ital Brokers Spa ed Inser Spa, mentre sussistono giusti motivi per compensarle con riguardo a Willis Italia Spa, tenuto conto che l'offerta di quest'ultima doveva in ogni modo essere esclusa, come sopra indicato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta),

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara in parte improcedibili e li respinge per la restante parte, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna Marsh Spa al pagamento delle spese di lite, che liquida in:

- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) e spese generali nella misura del 15% a favore di ASST Valle Olona;

- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) e spese generali nella misura del 15% a favore di Ital Brokers Spa e Inser Spa.

Compensa per il resto.

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.)