

Sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580

N. 03580/2013

N. 01904/2013 REG.RIC.

N. 01749/2013 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 1904 del 2013, proposto da: Eurorisk S.r.l., in qualità di mandataria dell'ATI con Aon S.p.A. e Marsh S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore; Aon S.p.A., in qualità di mandante dell'ATI, in persona del legale rappresentante pro-tempore; Marsh S.p.A., in qualità di mandante dell'ATI, in persona del legale rappresentante pro-tempore, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Franco Larentis e Stefano Soncini, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi n. 35/B;

contro

Inser S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi e Andrea Lorenzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14/4a;

nei confronti di

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

sul ricorso numero di registro generale 1749 del 2013, proposto da:Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Manzi e Marco Pisoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Inser S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Lorenzi e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;Eurorisk S.r.l., Aon S.p.A., Marsh S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore;

per la riforma

della sentenza breve del T.R.G.A. della Provincia di Trento n. 22/2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Di Paolo, Pafundi e Reggio D'Aci su delega di Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - La società Inser S.p.A., avendo partecipato nel 2009 alla gara per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo indetta dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, gara aggiudicata all'ATI capeggiata da Eurorisk S.r.l., avvicinandosi la scadenza triennale del contratto ha manifestato il proprio interesse a partecipare a nuova gara. L'Amministrazione, invece di bandire la nuova gara, esercitava l'opzione, inizialmente prevista dal capitolato speciale, di rinnovare il contratto per un ulteriore triennio.

Avverso tale provvedimento, la società Inser S.p.A., seconda classificata, proponeva ricorso deducendo vari profili di illegittimità.

2. - La sentenza del TRGA di Trento accoglieva il ricorso, annullando la determinazione del Direttore della tecnostruttura area tecnica dell'Azienda n. 985 del 12.6.2012 di rinnovo del contratto, per un ulteriore triennio, in favore dell'ATI capeggiata da Eurorisk S.r.l..

3. - Propongono appello avverso la sentenza, con gli autonomi ricorsi in epigrafe, Eurorisk S.r.l., in qualità di capogruppo dell'ATI aggiudicataria, e l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, deducendo l'erroneità della sentenza e l'Azienda anche l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

4. - All'udienza del 24 maggio 2013, a seguito di scambio di memorie e repliche, i ricorsi sono stati trattenuti per la decisione.

DIRITTO

1. - Preliminarmente, va disposta la riunione degli appelli, proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, cod. proc. amm..

2. - Gli appelli, che muovono pressoché le medesime censure, sono fondati.

2.1. - Può prescindersi dal primo motivo proposto dall'Azienda Provinciale per i Servizi sanitari della provincia di Trento, con cui si deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado per tardività e/o carenza di interesse, essendo fondato il motivo di merito, proposto da entrambi gli appellanti, con cui si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata perché non avrebbe correttamente interpretato le norme di gara che legittimavano la proroga del contratto in favore della precedente aggiudicataria.

La sentenza ha ritenuto violato il generale divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, desumibile dall'art. 23, comma 2, l. 18.4.2005, n. 62, divieto sostanzialmente recepito dall'art. 57 del codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 163/2006).

2.2. - In punto di fatto, occorre rilevare che la proroga era stata prevista ab origine dall'art. 2 del Capitolato speciale, che così disponeva: "la durata del servizio è di tre anni dalla data fissata in sede di assegnazione, con facoltà per l'Amministrazione di rinnovarlo per un ulteriore triennio".

La clausola, conosciuta e accettata da tutti i partecipanti alla gara, ha formato oggetto dell'insieme di regole sulle quali si era svolto il confronto concorrenziale tra le imprese, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, sicché tutti i partecipanti hanno potuto formulare le proprie offerte tenendo conto della possibilità del prolungamento della durata del contratto.

Anche la ricorrente Inser S.p.A. era a conoscenza della clausola, che non ha impugnato, neppure in esito alla gara.

Dunque, con la delibera impugnata, l'Azienda ha esercitato la facoltà prevista dalla norma di gara, motivando la propria scelta sulla base della valutazione positiva dell'attività svolta dal broker, per volume e qualità, nel triennio 2009/2012, e dopo aver ponderato la convenienza di continuare il rapporto alle medesime condizioni contrattuali in essere.

Pertanto, la proroga è stata contenuta nella durata, così come previsto dal Capitolato speciale, nel termine di ulteriori tre anni.

2.3. - Sotto il profilo normativo, la questione che si pone all'attenzione del Collegio concerne la legittimità del rinnovo contrattuale senza gara, in favore del medesimo contraente.

Ad avviso di questo Collegio, né l'art. 23 della l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), né l'art. 57 D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, impediscono il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia ab origine prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione.

Difatti, l'art. 23 della l. 62/2005, che modifica l'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, il quale, nella prima parte, espressamente vieta il rinnovo tacito dei contratti scaduti per la fornitura di beni e servizi, prevede che il contratto scaduto può essere prorogato per il tempo necessario all'indizione di nuova gara, anche in assenza della previsione espressa di proroga contenuta negli atti di gara, purché nei detti limiti.

L'art. 57, comma 7, D.lgs 163/2006 dispone esclusivamente il divieto di rinnovo tacito di tutti i contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e lavori, e commina la nullità di quelli rinnovati tacitamente.

Inoltre, un argomento positivo a favore dell'ammissibilità del rinnovo contrattuale, se espressamente previsto dalla lex di gara, si trae dall'art. 29 del codice dei contratti, che a proposito del calcolo del valore stimato degli appalti e dei servizi pubblici prescrive che si tenga conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

E' evidente che i divieti di cui alle norme richiamate sono ispirati alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, che più di ogni altro garantisce la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, che della convenienza economica del contratto; tuttavia, allorché la possibilità della "proroga" contrattuale sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui l'azienda avesse operato, ab initio, una scelta "secca" per la più lunga durata del contratto (sei anni, anzichè tre più tre).

E' evidente che la soluzione di operare un frazionamento della durata del contratto (con riserva espressa di optare per il suo prolungamento eventuale, nei termini anzidetti) meglio risponde all'interesse pubblico, poiché consente di rivalutare la convenienza del rapporto dopo un primo periodo di attività, alla scadenza contrattuale, sulla base dei risultati ottenuti, senza un vincolo di lungo periodo, ed eventualmente, se ritenuta non conveniente la prosecuzione del rapporto, lascia libera l'Amministrazione di reperire sul mercato condizioni migliori; scelta quanto mai opportuna nel settore assicurativo, esposto a rapide evoluzioni in virtù dell'andamento dei rischi.

2.4 - Obietta Inser S.p.A. che l'offerta economica era parametrata esclusivamente su una percentuale del premio annuo delle polizze (art. 3 del capitolato speciale) e non sull'arco dei sei anni; e analogamente il deposito cauzionale calcolato espressamente nella misura dell'1% delle commissioni di intermediazione sui premi annui netti di polizza indicati nel capitolato speciale. Ne deriverebbe che il rinnovo ha determinato la sostanziale duplicazione del valore economico del servizio senza che ciò abbia trovato preventivo supporto né nelle modalità di affidamento dell'appalto, né sull'entità dei requisiti tecnici ed economici da richiedere ai concorrenti, né sulle quantificazioni delle cauzioni da chiedere in garanzia.

A tale obiezione si risponde con la constatazione che nessuna lesione all'interesse dell'Amministrazione alla scelta del miglior contraente è suscettibile di derivare dalla previsione di un possibile rinnovo del contratto, in quanto i requisiti di ordine speciale occorrenti per la qualificazione sono dimensionati correttamente sulla durata certa del contratto.

L'inserimento della clausola di rinnovo consente all'Amministrazione di rivalutare la convenienza del rapporto in essere alla sua scadenza e di confermare il medesimo contraente del quale è già comprovata l'idoneità tecnica e la capacità economica.

Neppure è derivata alcuna lesione alle regole di trasparenza, concorrenzialità, parità di trattamento (beni tutelati dalla normativa di evidenza pubblica a livello comunitario e di legislazione nazionale), essendo stata pubblicizzata la facoltà dell'Amministrazione di rinnovo del contratto insieme alle altre regole del capitolato speciale.

2.5 Anche la giurisprudenza più recente si è pronunciata nel senso della legittimità delle "proroghe dei contratti affidati con gara, se già previste ab origine, e comunque a determinate condizioni. Viceversa, una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara." (Consiglio di Stato, VI, 16 febbraio 2010, n. 850; sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459; VI 16.3.2009, n. 1555).

2.6 - Il contrario avviso espresso dalla sentenza citata dalla controinteressata (C.d.S., Sezione V, 7 aprile 2011 n. 2151) riguarda la diversa ipotesi del rinnovo tacito del contratto, vietato dall'art. 57, comma 7, del codice dei contratti pubblici, che rappresenta una forma di trattativa privata al di fuori dei casi ammessi dal diritto comunitario (la fattispecie riguardava il rinnovo tacito di una concessione mineraria ventennale).

Invero, dalla citata sentenza si ricava la massima che "è vietata la proroga tacita delle concessioni ventennali e che la proroga può essere concessa, esclusivamente con provvedimento espresso, al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica".

2.7 - Sembra, invece, condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la deroga alla regola del divieto di proroga del contratto scaduto, anche se prevista nella *lex specialis*, sia esercitabile solo per un periodo predeterminato e con adeguata motivazione, che dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale. (Consiglio di Stato sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194).

Il Collegio ritiene che, nella fattispecie, il provvedimento impugnato sia sufficientemente motivato con l'analisi concreta dei vantaggi derivanti dal mantenimento del contratto in corso, per la qualità del servizio reso, la conoscenza della struttura dell'APSS acquisita dal broker, le informazioni possedute per un adeguamento alle offerte di mercato.

2.8. - Priva di dimostrazione è invece la tesi di Inser S.p.A. dell'aggravio economico derivante per l'Azienda dal rinnovo del contratto, comportante il mantenimento della provvigione a favore del broker (8%) "non più attuale rispetto ai normali canoni di mercato".

Come la stessa Inser S.p.A. riconosce nella memoria difensiva del 19 marzo 2013, la commissione offerta dal broker non viene pagata dalla stazione appaltante ma, com'è prassi, direttamente dalla compagnia assicurativa con cui viene stipulata la polizza e, dunque, la provvigione a favore del broker viene decurtata direttamente dai premi pagati alle compagnie assicuratrici. La sostituzione del broker non necessariamente comporterebbe un diverso compenso a carico del premio da corrispondere alla compagnia assicuratrice; e' chiaro che ciò dipenderebbe dai rapporti tra broker e compagnie assicuratrici.

Peraltro, la valutazione della convenienza economica del contratto di brokeraggio per l'Azienda in minima parte è dipesa dall'ammontare dei compensi cui il broker ha diritto per la sua attività.

Va rilevato che l'appalto è stato aggiudicato al prezzo economicamente più vantaggioso, ex art. 83 codice appalti, e che ben 85 punti, in base al bando, erano attribuibili all'offerta tecnica, mentre solo 15 punti all'offerta economica, per le commissioni poste a carico delle compagnie assicurative, secondo il criterio inversamente proporzionale (punteggio massimo per commissione minore rapportata alla commissione offerta considerata).

2.9 - In conclusione, gli appelli vanno accolti, con conseguente annullamento della sentenza appellata.

3. - Le spese si compensano tra le parti, per il carattere controverso delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli in epigrafe, li accoglie, e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 05/07/2013 (Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO