

N. 06399/2014REG.PROV.COLL.

N. 01617/2014 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1617 del 2014, proposto dalla società Marsh s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Soncini e Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

Comune di Forte dei Marmi, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Turri, con domicilio eletto presso Paolo Panariti in Roma, Via Celimontana, 38;

nei confronti di

Studio Garulli Insurance Broker S.r.l., Grifo Insurance Brokers, In Più Brokers S.r.l., tutti non costituiti;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Aiba - Associazione Italiana Brokers di Assicurazioni e di Riassicurazioni, in

persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Moscarini e Lucio V. Moscarini, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Via Sesto Rufo, 23;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Toscana - Sezione I - n. 261 del 5 febbraio 2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di brokeraggio assicurativo.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Forte dei Marmi;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* proposto dall'Aiba - Associazione Italiana Brokers di Assicurazioni e di Riassicurazioni;

Viste le memorie difensive depositate dalla società Marsh (in data 28 marzo 2014, 14 e 21 novembre 2014) e dal comune di Forte dei Marmi (in data 28 marzo 2014);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Di Paolo, Turri e Taverniti su delega dell'avvocato Moscarini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito:

a) dagli atti della gara di appalto per il servizio di brokeraggio assicurativo indetta dal comune di Forte dei Marmi (determinazione dirigenziale n. 697 del 23 luglio 2013 recante l'indizione della gara, bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 7 agosto 2013, disciplinare di gara), nella parte in cui stabiliscono l'esclusione del concorrente che non accetta in modo completo ed incondizionato tutte le clausole del capitolato;

b) dagli ultimi due commi dell'art. 9 del capitolato secondo cui <<Qualora il premio di polizza debba essere corrisposto entro la data di decorrenza della copertura e l'Amministrazione si trovi nell'impossibilità di provvedere tempestivamente al pagamento, pur avendo già emesso il relativo mandato, il Broker si impegna ad anticipare i premi assicurativi in nome e per conto del Comune che rimborserà l'importo versato entro 30 giorni dalla scadenza, previo esito positivo dei controlli previsti per legge. Nel caso in cui il broker non provveda al pagamento del premio alla compagnia di assicurazioni entro i termini indicati dalle polizze assicurative, sarà direttamente responsabile di tutte le conseguenze derivanti dal ritardato pagamento e dall'eventuale sospensione della garanzia assicurativa.>>;

c) dal provvedimento di esclusione della società Marsh – in data 3 settembre 2013 comunicato con lettera prot. n. 22751 in pari data - per non aver recepito nella propria offerta le su menzionate clausole.

2. L'impugnata sentenza, resa in forma semplificata ex artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a., ha respinto la domanda di annullamento e quella di risarcimento del danno condannando la ricorrente alle spese di lite.

3. Con gravame ritualmente notificato e depositato la società Marsh, da un lato ha dedotto l'invalidità della sentenza per difetto di motivazione, dall'altro, ha riproposto criticamente tutti i sei motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado.

4. Si è costituito in giudizio il comune di Forte dei Marmi deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

5. E' intervenuta in giudizio, *ad adiuvandum* della società ricorrente, l'Aiba - Associazione Italiana Brokers di Assicurazioni e di Riassicurazioni.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 2 dicembre 2014.

7. L'appello è fondato e deve essere accolto.

8. Preliminarmente il collegio osserva che:

a) risulta impugnata davanti al T.a.r. per la Toscana l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della ditta Studio Garulli Insurance Broker S.r.l. debitamente evocata nel presente giudizio;

b) deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità, per violazione del divieto dei *nova* sancito l'art. 104 c.p.a., della produzione documentale effettuata dal comune in data 2 maggio 2014, perché il medesimo documento era già stato versato nel fascicolo d'ufficio afferente al giudizio di primo grado.

9. E' fondato, e dirimente di ogni ulteriore questione, l'originario terzo motivo del ricorso introduttivo (pagine 9 – 11) con cui si lamenta, sotto plurimi profili, la sproporzione delle clausole sancite dagli ultimi due commi dell'art. 9 del capitolato e la pedissequa invalidità del consequenziale provvedimento di esclusione.

Ritiene il Collegio che l'abnormità della clausola, sancita dal più volte menzionato art. 9 del capitolato, si coglie sia sul piano della alterazione della fisionomia del contratto di brokeraggio, sia sul piano dei diversi effetti discendenti dalla sua violazione da parte dei contraenti.

9.1. Sotto il primo profilo si osserva che le contestate disposizioni sono del tutto eccentriche rispetto alla causa pratica del contratto di brokeraggio assicurativo che risponde alle esigenze di assistenza e consulenza del cliente e non del suo finanziamento.

Infatti il particolare meccanismo contrattuale ideato dal comune – in realtà rispondente ad una diffusa prassi commerciale – produce il particolare effetto di creare in favore dell'ente una disponibilità di liquidi e di cassa pur in presenza della precedente emissione del mandato di pagamento da parte dell'ente che presuppone, in base alle stringenti regole della contabilità pubblica, il pregresso stanziamento della provvista finanziaria a copertura del relativo impegno di spesa.

Assodato che l'onere economico di tale disponibilità grava sul *broker*, è evidente che l'impegno finanziario che quest'ultimo deve assumere esorbita dai contenuti

delle prestazioni relative all'assistenza e consulenza che caratterizzano tale particolare servizio; né può ritenersi che la clausola contempri prestazioni meramente accessorie ovvero che sia espressiva di doveri solidaristici attesa la genericità del riferimento ai casi di <<...*impossibilità di provvedere tempestivamente al pagamento...*>> del premio da parte del comune e della subordinazione del rimborso da parte dell'ente ai <<... *controlli previsti dalla legge*>>.

9.2. L'intrinseca illogicità della clausola si coglie, come dianzi accennato, anche in relazione alle diverse conseguenze che si producono in caso di violazione degli obblighi ivi disciplinati.

Mentre il mancato pagamento del premio da parte del broker conduce all'assunzione diretta della responsabilità per il ritardo e la relativa sospensione della copertura assicurativa, nessun effetto produce, neppure sul piano del pagamento di eventuali interessi di mora, l'inosservanza, da parte del comune, del termine di trenta giorni previsto per il rimborso.

10. L'annullamento degli atti impugnati, nei limiti sopra indicati, comporta l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno in forma specifica consistente nella riammissione della società ricorrente alla gara dalla quale è stata esclusa: invero, dalla documentazione versata in atti e dalla discussione orale svolta all'udienza pubblica del 2 dicembre 2014, non è emerso che sia stato stipulato il contratto fra la ditta aggiudicataria e il comune di Forte dei Marmi.

Tanto esonera il collegio dall'esaminare la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario proposta dalla società ricorrente in via espressamente subordinata.

11. In conclusione l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma dell'impugnata sentenza e l'annullamento degli ultimi due commi dell'art. 9 del capitolato di appalto e del consequenziale provvedimento di esclusione.

12. Nella novità della questione risolta e nel peculiare andamento del processo in primo grado, il Collegio ravvisa le eccezionali ragioni, ai sensi del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., per compensare integralmente fra tutte le parti costituite le spese di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti impugnati ai sensi di cui in motivazione.

Dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carminé Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **29/12/2014**

IL SEGRETARIO

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