

La peculiare struttura di Lloyd'S: un'ipotesi di violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m quater, D.Lgs. 163/2006?

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 20-1-2017

1.La rappresentanza in capo ad un unico soggetto delle offerte dei diversi Syndacate partecipanti attiene ad una particolare formalità gestionale – peraltro imposta dalla specifica regolamentazione europea richiamata da parte ricorrente – e non lede di per sé alcun principio di necessaria concorrenzialità tra le imprese partecipanti ad una medesima gara o né dà luogo, in mancanza di ulteriori circostanze specifiche, al sospetto di condizionamenti reciproci tra i partecipanti.(1)

2.La natura di rito della pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, ex art. 35 co.1 lett. c) c.p.a., non è di per sé ostativa a costituire fonte di obblighi conformativi.(2)

(1) *Conformi: TAR Lombardia - Milano, III sez., 29 settembre 1998; Parere ANAC ex art. 6 co. 7 lett. n del D.lgs. 163/2006 n. 110 del 9 aprile 2008;*

(2) *Conforme: Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995 n. 40.*

Guida alla lettura

La pronuncia in esame riveste particolare interesse per la qualificazione che opera circa la peculiare struttura di **Lloyd'S**.

La vicenda è la seguente: Lloyd'S impugnava l'esclusione di due **syndacates** (Tokio Marine KLIN e ARCH), ad opera dell'Amministrazione resistente, dalla procedura aperta, dalla stessa indetta, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di copertura assicurativa. Più in particolare, l'esclusione veniva disposta per asserita violazione dell'art. **38, comma 1, lett. m quater**, D.Lgs. 163/2006, a mente del quale sono **esclusi** dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che si trovino,

rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

La p.a. appaltante aveva, dunque, ritenuto che, nel caso di specie, la circostanza che entrambe le compagnie assicurative che avevano partecipato alla gara fossero “**membre**” dei Lloyd’S, fosse idonea a determinarne l’esclusione, a causa della **referibilità** delle offerte presentate ad un unico centro decisionale, costituito dalla Compagnia Lloyd’S.

Il T.A.R. calabrese accoglie il ricorso sotto un diverso profilo, ossia ritenendo nulli i provvedimenti adottati dall’amministrazione per violazione di un precedente giudicato, ex art. 21 *septies* L. 241/1990. La ricorrente, infatti, aveva già instaurato un precedente giudizio, insorgendo avverso un pregresso provvedimento di esclusione, sempre nell’ambito della stessa procedura. Tale controversia si era, poi, conclusa con sentenza del medesimo T.A.R. Catanzaro, il quale aveva dichiarato l’improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse, ma aveva, altresì affermato, ai fini conformativi, l’obbligo vincolante della stazione appaltante di ripronunciarsi in forma espressa e motivata sulle ragioni dell’esclusione e ciò a seguito del ricevimento del parere da parte dell’ANAC ovvero al più tardi con la dichiarazione di gara deserta o l’aggiudicazione definitiva. Con la pronuncia in commento, pertanto, il Collegio ha ritenuto che la p.a. non avesse conformato il proprio agire alla predetta statuizione giurisdizionale, con conseguente nullità degli atti adottati.

Ma, come cennato in premessa, il profilo che riveste particolare interesse è quello relativo alla presunta violazione dell’art. 38, comma 1, lett. m *quater*, D.Lgs. 163/2006, che il Tribunale dichiara, sia pur attraverso un *obiter dictum*, **infondata**. I Lloyd’S, infatti, contrariamente a quanto si potrebbe comunemente ritenere, non costituiscono una compagnia assicurativa a sé stante, quanto, piuttosto, una **corporazione**, con funzione di regolazione del mercato, cui accedono le singole compagnie assicurative che intendono farne parte, le quali ultime sono le sole a contrarre con i clienti finali.

Ciò posto, i Giudici del capoluogo calabrese accedono alla ricostruzione dei Lloyd’S nei termini di una persona giuridica collettiva a struttura plurima, un’associazione riconosciuta di persone fisiche e giuridiche (cd. *members*) che agiscono autonomamente in raggruppamenti denominati *Syndacate*, i quali operano autonomamente e in **concorrenza** tra loro, pur essendo **riconducibili** alla medesima organizzazione. Sicché, è ben possibile “*qualificare come enti autonomi ed indipendenti i singoli Syndacates, anche se agiscono sul territorio nazionale a mezzo di un unico rappresentante in Italia, legittimato a sottoscrivere i contratti*”

*assicurativi e a formulare offerte". Con l'ulteriore e conclusiva conseguenza che, anche sulla scorta di quanto affermato dalla pregressa **giurisprudenza** amministrativa, "la rappresentanza in capo ad un unico soggetto delle offerte dei diversi Syndacate partecipanti attiene ad una particolare formalità gestionale – peraltro imposta dalla specifica regolamentazione europea richiamata da parte ricorrente – e non lede di per sé alcun principio di necessaria concorrenzialità tra le imprese partecipanti ad una medesima gara o né dà luogo, in mancanza di ulteriori circostanze specifiche, al sospetto di condizionamenti reciproci tra i partecipanti"*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1250 del 2016, proposto da:

Lloyd'S, in persona del rappresentante generale per l'Italia, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Villata C.F. VLLRCR41M17G337N, Andreina Degli Esposti C.F. DGLNRN60H57A944J, Giovanni Grotteria C.F. GRTGNN66T10C352L, con domicilio eletto presso Giovanni Grotteria in Catanzaro, via Domenico Milelli N. 6;

contro

Arpacal - Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria non costituito in giudizio;

per l'annullamento dell'esclusione disposta con note n 38913 e n. 38915

dell'11 ottobre 2016 dei syndacates TOKIO MARINE KILN e ARCH

nella procedura aperta indetta da ARPACAL per l'affidamento del

servizio di copertura assicurativa RCT/O, lotto 1.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2016 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il ricorso in esame, vengono impugnati i provvedimenti di esclusione del Syndacate Tokio Marine KLIN prot. 38913 dell'11 ottobre 2016 e del Syndacate ARCH prot. 38915 dell'11 ottobre 2016 adottati in sede di procedura per l'aggiudicazione della copertura assicurativa RCT//O, sul presupposto della riferibilità delle offerte presentate dalle predette strutture associative ad un unico centro decisionale, costituito dalla Compagnia LLOYD'S e quindi della violazione dell'art. 38 co. 1 lett. m quater del D.Lgs.163/2006.

Parte ricorrente riferisce che nella seduta della commissione di gara del 29 settembre 2015 vi era già stato un provvedimento di esclusione delle due offerte sulla base della medesima presunta violazione; che – previa interlocuzione procedimentale con la ricorrente, che aveva indicato sia i precedenti giurisprudenziali favorevoli che un parere ANAC– la commissione riteneva opportuno chiedere all'ANAC un nuovo parere, e aveva sospeso la procedura; che, in via prudenziale, la ricorrente aveva comunque impugnato il predetto provvedimento di esclusione; che con sentenza TAR Catanzaro, II sez., 19 gennaio 2014, il ricorso veniva dichiarato improcedibile per carenza di interesse; che, a distanza di un anno e senza alcuna motivazione né tenendo conto delle statuizioni contenute nella predetta sentenza, la stazione appaltante adottava i provvedimenti oggetto di odierna impugnazione.

La domanda di annullamento degli atti impugnati è posta sulle doglianze di seguito indicate:

- Violazione art. 38 co. 1 lett. m quater del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere per mancanza di istruttoria, irragionevolezza, violazione della direttiva 73/239 EEC e dell'art. 32 della direttiva 92/49 CEE: i LLOYD'S costituiscono una persona giuridica collettiva a struttura plurima, un'associazione riconosciuta di persone fisiche e giuridiche (cd. members) che agiscono autonomamente in raggruppamenti denominati Syndacate, i quali operano autonomamente e in concorrenza tra loro, pur essendo riconducibili alla medesima organizzazione; ciascuna articolazione interna è però priva di autonoma soggettività e agisce mediante il rappresentante generale che è unico per ogni nazione per tutti Syndacate operanti in tale territorio, come imposto dalla direttive europee sopra richiamate;

- Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazione: l'esclusione non è fondata su alcuna motivazione, pur essendo stata la questione oggetto di interlocuzione procedimentale e avendo la sentenza del di questo Tribunale n.104/2016 espressamente statuito in merito all'obbligo di ripronunciarsi in forma espressa e motivata all'esito dell'ottenimento del parere ANAC.

Alla camera di consiglio del 16 novembre, il ricorso è stato trattenuto in decisione, previo rilievo

d'ufficio ex art. 73 co. 3 di un possibile profilo di nullità ex art. 21 septies della L. 241/90 per violazione del giudicato degli atti oggetto di impugnazione e avviso alle parti ex art. 60 c.p.a..

Va in primo luogo condivisa la ricostruzione della struttura giuridico - organizzativa delle articolazioni interne della Compagnia Lloyd's di Londra, che la giurisprudenza anche recente ha più volte rappresentato proprio al fine di qualificare come enti autonomi ed indipendenti i singoli Syndacates, anche se agiscono sul territorio nazionale a mezzo di un unico rappresentante in Italia, legittimato a sottoscrivere i contratti assicurativi e a formulare offerte.

Sul punto, ex art. 74 c.p.a.. si richiama la sentenza TAR Milano, III sez., 29 settembre 1998 il cui principio di diritto, secondo cui la rappresentanza in capo ad un unico soggetto delle offerte dei diversi Syndacate partecipanti attiene ad una particolare formalità gestionale – peraltro imposta dalla specifica regolamentazione europea richiamata da parte ricorrente – e non lede di per sé alcun principio di necessaria concorrenzialità tra le imprese partecipanti ad una medesima gara o né dà luogo, in mancanza di ulteriori circostanze specifiche, al sospetto di condizionamenti reciproci tra i partecipanti (cfr. in tal senso anche il Parere ANAC ex art. 6 co. 7 lett. n del D.lgs. 163/2006 n. 110 del 9 aprile 2008).

Alla luce di quanto appena detto sono pertanto fondate le censure sollevate da parte ricorrente, in relazione alla non corretta applicazione nel caso di specie dell'art. 38 co. 1 lett. m quater del D.lgs. 163/2006 e tanto sarebbe sufficiente ad accogliere la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati.

Il Collegio deve però preliminarmente rilevare che emerge nel caso in esame la più grave patologia costituita dalla nullità per violazione del giudicato ex art. 21 septies L. 241/90, vizio che assorbe anche logicamente quello dedotto in ricorso, presupponendo la annullabilità la non-nullità dell'atto.

Con la sentenza TAR Catanzaro, II sez., 19 gennaio 2014, n. 104 citata in premessa ed intercorrente tra le stesse parti, in relazione alla stessa vicenda procedimentale, è stato sì dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso avente ad oggetto la domanda di annullamento dei precedenti atti di esclusione, ma nel contempo è stato anche dichiarato, ai fini conformativi, "l'obbligo vincolante della stazione appaltante di ripronunciarsi in forma espressa e motivata sulle ragioni dell'esclusione e ciò a seguito del ricevimento del parere da parte dell'ANAC ovvero al più tardi con la dichiarazione di gara deserta o l'aggiudicazione definitiva".

Ritiene il Collegio che la natura di rito della predetta pronuncia ex art. 35 co.1 lett. c) c.p.a. non è di per sé ostativa a costituire fonte di obblighi conformativi (cfr. Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995 n. 40) avendo la stessa, nel caso specifico, affrontato un profilo sostanziale del rapporto ed avendo imposto uno specifico obbligo, in sede di riesercizio del potere, ovvero l'adozione di una ripronuncia espressa e motivata sulle ragioni dell'esclusione all'esito del ricevimento del parere da parte dell'ANAC (parere che, invero, non risulta allo stato neanche richiesto).

Deve concordarsi con parte ricorrente che dalle determinazioni impugnate non emerge alcun profilo motivazionale né risulta che siano state rispettate le condizioni procedurali imposte

in sede conformativa; circostanza che rende doveroso il rilievo d'ufficio della nullità degli atti oggetto di esame, ex art. 21 septies L. 241/90; né – come è noto – assume rilievo la forma del rito ordinario, atteso che esso fornisce maggiori garanzie rispetto a quello camerale ex art. 114 co. 4 lett. b) c.p.a. in ordine alla pienezza ed effettività del contraddittorio.

La regolamentazione delle spese segue il principio della soccombenza, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara la nullità dei provvedimenti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente che liquida in complessivi euro 1.500,00 oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore