

Il Tar della Toscana si pronuncia a favore del broker

Pubblichiamo il testo integrale della sentenza del 5 dicembre 2001

Repubblica Italiana
In nome del Popolo Italiano
Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana II Sezione ha pronunciato la seguente sentenza sui seguenti ricorsi riuniti:

1) n. 542 del 1999, proposto dalla Società La Fondiaria Assicurazioni Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pier Giacomo Guglielminetti e Neri Baldi, presso lo studio del secondo elettivamente domiciliato, in Firenze, alla via dei Servi n. 49,

contro

l'Ataf - Azienda Trasporti Area Fiorentina - Consorzio intercomunale, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Bruni, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Firenze, alla via Lamarmora n. 14,

e nei confronti

della Società Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Fidolino e Mario Ettore Verino, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata, in Firenze, alla via Nino Bixio n. 2, della Aon Italia Spa, già Minet Italia Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lucio V. Moscarini, Anna Moscarini ed Orsola Cortesini, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima, in Firenze, alla via Lamarmora n. 14,

- Società Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia Spa Agenzia Generale di Firenze, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitasi in giudizio,

Si tratta di una sentenza che ha pronunciato su due ricorsi, uno notificato avverso il bando relativo all'appalto dei servizi assicurativi e l'altro avverso la delibera di aggiudicazione. Ci si limita in questa sede al primo giudizio, nel quale vi sono profili interessanti per la categoria. In particolare è positivo il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato del 24/2/01, utilizzata in questo caso a nostro favore, e il riconoscimento della attività di brokeraggio non collegata alla individuazione del contraente e, dunque, indipendente dalla mediazione in senso stretto.

- Società Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia Spa, delegataria di Navale Assicurazioni Spa e Meic Assicurazioni Spa, con sede in Roma, Corso d'Italia n. 33, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitasi in giudizio,

per l'annullamento

della deliberazione del Consiglio di Amministrazione Ataf n. 1386/156 in data 21 dicembre 1998, con cui si è provveduto all'aggiudicazione a trattativa privata dell'appalto dei servizi assicurativi per il triennio 1999/2001, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

2) n. 875 del 1999, proposto dalla Società La Fondiaria Assicurazioni Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pier Giacomo Guglielminetti e Neri Baldi, presso lo studio del secondo elettivamente domiciliato, in Firenze, alla via dei Servi n. 49,

contro

l'Ataf - Azienda Trasporti Area Fiorentina - Consorzio intercomunale, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Bruni, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Firenze, alla Via Lamarmora n. 14,

e nei confronti

della Minet Italia Spa, già Minet Italia Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lucio V. Moscarini, Anna Moscarini ed Orsola Cortesini, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima, in Firenze, alla Via Lamarmora n. 14,

per l'annullamento

- del bando per la procedura ristretta, inerente l'appalto di servizi assicurativi, pubblicato sulla G.U.C.E. del 17 ottobre 1998, per la parte in cui prevede la consulenza, l'assistenza assicurativa e la successiva gestione delle polizze da parte della società di brokeraggio Minet Italia Srl;
- nonché, per quanto occorrer possa, delle presupposte deliberazioni nn. 1266/138 del 19 giugno 1998, di autorizzazione alla qualificazione di società di brokeraggio e n. 1291/142 del 4 agosto 1998 (di approvazione della graduatoria e di affidamento del servizio di brokeraggio, nonché del verbale di gara in data 25 novembre 1998, con cui la procedura ristretta è stata dichiarata deserta).

Visti i ricorsi con i relativi allegati,
visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ataf, Soc. Assitalia con sede in Roma, Società Minet Italia Srl,
visti gli atti tutti della causa,
nominato relatore per l'Udienza Pubblica del 27 Giugno 2001, il consigliere Silvio Ignazio Silvestri,
uditi gli avv.ti M. Paolini in sostituzione di N. Baldi, O. Landi per Bruni, O. Cortesini, J. Bonghi in sostituzione di V. Fidolini.

Fatto

Esponde preliminarmente la società ricorrente di aver preso parte alla procedura ristretta indetta dall'Ataf per l'appalto dei servizi assicurativi relativamente al triennio 1999/2001; nella circostanza, dichiarando espressamente di accettare le clausole e condizioni contenute nell'invito, fatta eccezione per la c.d. "clausola broker" (secondo la quale dal Consiglio di Amministrazione dell'Azienda veniva conferito mandato alla Srl Minet Italia quale broker per la predisposizione dei testi e delle condizioni allegate, l'assistenza, la consulenza e la gestione dei contratti relativi alle coperture di cui all'oggetto; ed in relazione alla quale la stessa Minet avrebbe percepito dalle compagnie partecipanti al rischio le provvigioni in forma ricorrente come da tabella allegata alla lettera di invito stessa).

Con nota del 5 gennaio 1999, l'Ataf comunica che la gara anzidetta era andata deserta "a causa della presentazione di offerte irrituali ed inammissibili", tuttavia procedendosi all'aggiudicazione dell'appalto di che trattasi a trattativa privata nei confronti della controinteressata Assitalia, in applicazione della disposizione di cui all'art. 13, 1 comma lett. a), del D.Lgs. 158/95.

Deduca la parte ricorrente avverso tale determinazione -

impugnata con ricorso n. 542 del 1999 - i seguenti profili di censura:

1/a) Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12 e 13 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158. Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo del travisamento dei fatti, del falso presupposto in fatto e in diritto e del difetto di motivazione.

Si assume in primo luogo l'errata applicazione della disposizione di cui all'art. 13 del D.Lgs. 158/95, la quale non prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata senza bando nell'ipotesi in cui la gara sia andata deserta, a differenza di quanto espressamente indicato nell'art. 7, II comma, lett. a), del D.Lgs. 157/95; dall'assenza di alcun riferimento in proposito argomentando parte ricorrente l'intento del legislatore di limitare la possibilità di ricorrere alla trattativa privata senza bando al solo caso in cui, nella precedente gara, siano state presentate offerte, ancorché inappropriate.

Nel ribadire il carattere eccezionale del ricorso allo strumento della trattativa privata, si assume dunque che la dichiarazione di gara deserta ne precludesse la legittima esperibilità.

2/a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, I comma, del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158. Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo dell'illogicità manifesta, della carenza dei presupposti e del difetto di motivazione.

Nell'osservare come l'Azienda procedente abbia ritenuto di procedere alla trattativa privata sul presupposto della "irritualità" ed "inammissibilità" delle offerte presentate nel contesto dell'indetta procedura di selezione, assume la parte ricorrente l'infondatezza di tale presupposto, sottolineando, in proposito, che la mancata accettazione della sola clausola broker - precedentemente illustrata - avesse rilevanza "esterna" rispetto all'essenza del rapporto contrattuale amministrazione/appaltatore.

3/a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del D.Lgs. 158/95.

Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo dell'illogicità manifesta e della violazione del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241 e dei principi generali in materia di buona amministrazione, di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa.

Si rivelerebbe poi illegittima, oltre che illogica, l'ammissione alla trattativa privata della controinteressata Assitalia,

giurisprudenza

la quale, nel corso della procedura ristretta, aveva presentato una "non offerta", dichiarando di non poter accettare le condizioni del capitolato nella loro totalità; la condizione essenziale posta dall'epigrafo art. 13 del D.Lgs. 158/95, risultando sostanziata dal presupposto che "le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente".

Carattere contraddittorio andrebbe conseguentemente annesso all'esclusione della ricorrente dall'anzidetta trattativa privata, quest'ultima a differenza di Assitalia - accettato le condizioni e clausole di gara con la sola eccezione della clausola broker.

4/a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241. Ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del D.Lgs. 158/95. Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo della disparità di trattamento, della violazione dei principi in materia di par condicio e della carenza di motivazione.

Il ricorso alla trattativa privata integrerebbe una violazione del principio di par condicio fra i concorrenti atteso che l'Azienda precedente, a parità di offerte ritenute "inadeguate" nell'ambito della precedente procedura ristretta, avrebbe dovuto necessariamente contrattare con tutti i partecipanti alla procedura anzidetta. La scelta operata dall'Azienda nel senso di trattare con la sola Assitalia non sarebbe poi assistita da alcun conforto motivazionale.

5/a) Ulteriore violazione dell'art. 13, 1 comma, del D.Lgs. 158/95. Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo del difetto di motivazione. Violazione degli artt. 24 e 97 della Costituzione e dei principi generali in materia di trasparenza dell'attività amministrativa.

Nonostante le ritenute sollecitazioni della ricorrente Fondiaria, l'Azienda non avrebbe fornito alcuna giustificazione in ordine all'esclusione di quest'ultima dalla procedura ristretta; ulteriormente omettendo di esplicitare le ragioni del mancato invito alla contrattazione.

Con motivi aggiunti notificati alle controparti il 15 maggio 2000, la parte ricorrente - con riferimento al deposito documentale da queste ultime effettuato in giudizio - ha rilevato la presenza di ulteriori profili inficianti, così sintetizzabili:

6/a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del D.Lgs. 158/95. Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo dello sviamento, del falso presupposto in fatto ed in diritto, della contraddittorietà, della violazione del giusto procedimento, della disparità di trattamento.

Condizione necessaria ai fini dell'affidamento di un appalto a trattativa privata è - secondo quanto disposto dall'art. 13 del D.Lgs. 158/95 - la sostanziale persistenza delle iniziali condizioni di contratto (come ab origine fissate nella bandita procedura di selezione); quanto alla fattispecie in esame, osservandosi tuttavia che il contratto concluso dall'Ataf con Assitalia presenterebbe numerose differenze rispetto alle originarie condizioni di gara.

La seconda delle impugnative in esame (ricorso n. 875 del 1999), consegue alla trasposizione in sede giurisdizionale di un ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto - ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. 1199/71 - dalla Spa Fondiaria Assicurazioni.

In data 15 marzo 1999 la controinteressata Minet Italia Srl notificava alla ricorrente atto di opposizione, chiedendo la decisione del gravame in sede giurisdizionale.

La Spa Fondiaria Assicurazione provvedeva quindi a costituirsi in giudizio dinanzi a questo Tribunale con atto depositato in data 8 aprile 1999.

Ciò premesso, le censure dedotte con la presente impugnativa - rivolte avverso il bando disciplinare la procedura di gara in precedenza indicata - possono così compendiarsi:

1/b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della L. 28 novembre 1984, n. 792. Violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio generale di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere, particolarmente sotto il profilo della irragionevolezza e della carenza di presupposti.

Assume la parte ricorrente l'illegittimità dell'inclusione nel bando di gara della "clausola broker", in virtù della quale la Srl Minet Italia ha ricevuto - ai sensi del punto 1.5 del capitolato generale - mandato dal Consiglio di Amministrazione dell'Ataf "quale broker dell'azienda per la predisposizione dei testi e delle condizioni allegate, l'assistenza, la consulenza e la gestione dei contratti relativi alla copertura di cui all'oggetto".

Le funzioni professionalmente rimesse al "broker" - secondo quanto previsto dall'art. 1 della L. 28 novembre 1984 n. 792 - sostanziano infatti in un'attività di intermediazione fra imprese assicurative ed eventuali clienti: per l'effetto assumendosi l'estraneità - ed anzi, addirittura l'incompatibilità - di siffatta figura con l'attività della Pubblica Amministrazione.

Si dimostrerebbe conseguentemente illegittimo il previsto obbligo per la compagnia aggiudicataria dell'appalto

de quo di intrattenere rapporti con il broker, ipotizzato quale "collaboratore" sia del mandante, che del mandatario; alla stregua di tale principio, affermandosi l'invalidità della previsione di cui all'art. 2 delle condizioni generali di assicurazione, alla stregua della quale "tutti i rapporti inerenti alla presente assicurazione saranno svolti per conto della contraente dalla Minet Italia Srl".

La prevista presenza del broker si rivelerebbe, secondo la prospettazione di parte ricorrente, ulteriormente illegittimata, in quanto con l'indizio da parte dell'Ataf, di una procedura ristretta in applicazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. 158/95 per l'affidamento dell'appalto in questione - non residuerebbe alcuno spazio di intermediazione in ragione della compiuta predeterminazione delle procedure di individuazione del privato contraente.

Anche per quanto concerne la fase dello svolgimento del rapporto contrattuale, osserva la parte ricorrente che la presenza del broker - estranea all'essenza del rapporto contrattuale intercorrente fra Amministrazione ed assicuratore - verrebbe ad integrare un'impropria figura di "collaborazione" non soltanto superflua, ma vieppiù idonea a determinare un incremento degli oneri a carico dell'assicuratore stesso in ragione dell'obbligo, a quest'ultimo facente capo, di corrispondere al broker una provvigione.

2/b) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della L. 7 agosto 1990 n. 241. Eccesso di potere, in particolare sotto il profilo della carenza di motivazione e della violazione del giusto procedimento. Rileva la parte ricorrente come l'Azienda procedente abbia ommesso di esplicitare motivazione alcuna a sostegno delle scelte operate, giusto quanto sopra esposto oggetto di censura; in particolare osservandosi come non siano stati posti in essere i necessari approfondimenti istruttori sia sulla legittimità della clausola in questione, che sull'effettiva essenzialità della stessa nel contesto dell'appalto.

Conclude la parte ricorrente insistendo per l'accoglimento dei proposti gravami, con conseguente annullamento degli atti oggetto di rispettiva censura.

L'Azienda resistente, nonché le controinteressate Assitalia Spa e Minet Italia Srl, costituitesi in giudizio, hanno eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.



Con sentenza n. 112 del 26 gennaio 2001 la sezione ha riunito i due ricorsi e ordinato l'integrazione del contraddittorio.

All'udienza pubblica del 27 giugno 2001 i due ricorsi sono stati portati in decisione.

Diritto

Il Collegio ritiene opportuno esaminare per primo il ricorso n. 875/99, perché riguarda una vicenda anteriore - il bando per la procedura ristretta interente l'appalto dei servizi assicurativi - cui è seguita la trattativa privata e l'aggiudicazione alla controinteressata, impugnati con il ricorso n. 542/99.

In particolare, con il ricorso n. 875/99 si impugna il bando di gara, per la parte in cui prevede la consulenza, l'assistenza assicurativa e la successiva gestione delle polizze da parte della società di brokeraggio Minet Italia Srl (poi divenuta Aon).

Sia la Ataf che la Aon hanno eccepito in via preliminare

l'inammissibilità del ricorso perché non sono stati impugnati le lettere di invito ed il capitolato, nonché gli atti della procedura di gara.

Osserva il Collegio che da testo dell'atto introduttivo si evince che l'impugnazione riguarda, in realtà, sia la lettera di invito (richiamata a pag. 2 del ricorso) sia il capitolato generale che, al punto 1.5, contiene la aversata clausola broker. Entrambi tali atti, pertanto, pur non indicati nell'epigrafe del ricorso devono considerarsi impugnati, conseguentemente l'eccezione va respinta (Con. St. sez. VI, 13 aprile 1994, n. 512; TAR Campania, Salerno, 97 marzo 2000, n. 170).

Con il primo motivo, dunque, si deduce l'illegittimità dell'inserimento della clausola broker nella gara pubblica; si tratterebbe di una figura incompatibile con l'attività del pubblico amministratore perciò sarebbe illegittimo l'obbligo per la compagnia assicuratrice di intrattenere rapporti col broker, incaricato della gestione del contratto e di tutti i rapporti ad esso conseguenti tra la società assicuratrice e l'Azienda assicurata (in tal senso, Tar Friuli Venezia Giulia, 24 novembre 1995, n. 447).

Il problema della compatibilità dell'attività di brokeraggio con la procedura di individuazione del contraente nei contratti della pubblica amministrazione è già stato affrontato dalla Sezione con una pronuncia che il Collegio condivide e, perciò, ritiene di non doversene discostare (Tar Toscana, Sez. II, 1 dicembre 1999, n. 918). La Sezione ha ritenuto che dalla definizione normativa della attività di brokeraggio (art. 1 della L. 28 novembre 1984, n. 792) non si evince alcuna incompatibilità della suddetta attività con le procedure di individuazione del contraente nei contratti di Pubblica Amministrazione.

Dalla norma richiamata, infatti, risulta che il contenuto essenziale dell'attività del broker consiste nella "sua collaborazione alla copertura dei rischi" svolta in favore dei soggetti che a tali rischi intendono, o devono, assicurare adeguata copertura.

Con l'ulteriore specificazione, contenuta nella stessa norma, che detta collaborazione si esplica "assistendoli (quei soggetti) nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione", cioè di assistenza, nessuno dei quali è direttamente collegato alle procedure di individuazione del contraente.

D'altronde la legittimità della clausola broker negli appalti pubblici è stata esplicitamente o implicitamente ammessa in numerose pronunce che si sono occupate dell'argomento (Cons. St. sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019; TAR Sardegna, 10 giugno 1999, n. 770).

Per tutte le esposte considerazioni la censura risulta infondata e deve essere rigettata.

Con il secondo motivo si deduce il difetto di motivazione, perché l'Ataf avrebbe imposto la presenza del broker senza volgere alcuna considerazione sulla necessità di inserire tale figura nel contesto complessivo dell'appalto. La scelta di utilizzazione del broker nelle gare pubbliche relative a contratti di assicurazione era conoscibile dalla ricorrente sin dalla pubblicazione alla GUCE del bando per l'affidamento di tale specifico servizio, come richiesto dalla Ataf in data 29 giugno 1998. In ogni caso, le ragioni di interesse pubblico alla scelta del consulente assicurativo, sono rinvenibili nella delibera n. 1266/38 del 19 giugno 1998, ove risulta - come rilevato dalla Aon e dalla stessa Ataf - l'esigenza di assicurare una efficiente gestione del contratto assicurativo. Conseguentemente risulta infondata la censura di difetto di motivazione.

In definitiva, il ricorso n. 875/99 è infondato e deve essere rigettato.

Con il ricorso n. 542/99 si impugna la deliberazione del Consiglio di amministrazione dell'Ataf n. 1386/156, del 21 dicembre 1998, che ha aggiudicato a trattativa privata l'appalto dei servizi assicurativi per il triennio 1995-2001 alla società Assitalia.

Sia la Ataf che la controinteressata Assitalia Spa hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancanza della posizione legittimante in capo alla ricorrente; ciò perché - rileva la Ataf, richiamando uno specifico precedente giurisprudenziale - la trattativa privata sarebbe un procedimento autonomo rispetto al quale non sussisterebbero posizioni qualificate nella società invitata alla gara precedente, pertanto la stazione appaltante non sarebbe tenuta "ad invitare alla seconda gara le imprese che avevano presentato offerte nella prima, non andata a buon fine (Con. St. Sez. VI, 5. 8. 1999, n. 1018)".

Oltre tutto la Fondiaria, pur contattata dal broker per partecipare alla trattativa privata, avrebbe tralasciato di presentare una propria offerta, con ciò confermando la mancanza di interesse a tale procedura.

L'eccezione è infondata, in quanto un soggetto non invitato ad una trattativa privata, che per le proprie caratteristiche imprenditoriali potrebbe aspirare all'aggiudicazione, è legittimato ad impugnare gli atti della procedura ristretta (Cons. St., Sez. V, 19 marzo 1999, n. 292; Tar Piemonte Sez. II, 18 febbraio 2000, n. 181). Vale la pena di sottolineare che la pronuncia del Consiglio di Stato invocata dalla Ataf è stata trascritta scorrettamente perché, in

realtà, anch'essa conferma implicitamente la necessità di invitare, quantomeno, le ditte che avevano partecipato alla gara precedente; infatti il testo esatto della sentenza è il seguente "il soggetto aggiudicatario non è tenuto ad invitare soltanto le imprese che hanno presentato offerta in una precedente gara non andata in buon fine". (Cons. St. Sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018).

Quanto all'invito da parte del broker a partecipare alla trattativa privata, la circostanza è decisamente negata dalla ricorrente e comunque è smentita dalla stessa relazione del broker Minet Italia Srl - allegata alla delibera di aggiudicazione - in cui sono indicate tutte le imprese contattate e tra queste non figura la società ricorrente.

Nè la prova dell'invito alla Fondiaria a partecipare alla trattativa privata può evincersi dalla nota del legale della ricorrente del 31.12.1998 - invocata dalla controinteressata - ove si fa riferimento a contatti con il broker riguardanti aspetti diversi rispetto alla trattativa privata.

Per tali considerazioni va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, che deve perciò essere esaminato nel merito.

Con il primo motivo si deduce la violazione dell'art. 13, primo comma, lettera a), del D.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, che consente l'affidamento dell'appalto mediante procedura negoziata, senza pubblicazione preventiva del bando, "quando in risposta ad una procedura con indizione di una gara non siano pervenute offerte appropriate, semprechè le condizioni iniziali dell'appalto non siano modificate sostanzialmente".

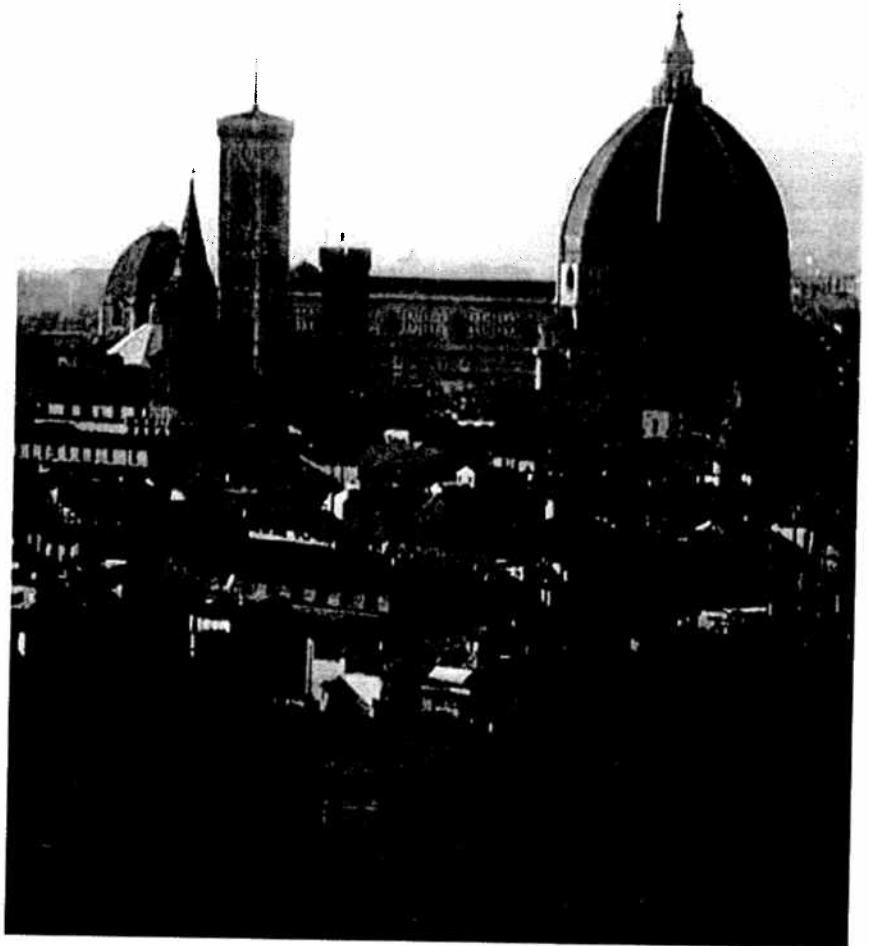
Secondo la ricorrente tale disposizione - richiamata espressamente dall'azienda - non sarebbe applicabile al caso in esame, in cui la gara sarebbe stata del tutto deserta; tale circostanza, diversa da quella della presentazione di offerta non appropriata, non consentirebbe una applicazione analoga, essendo la trattativa privata istituito eccezionale negli appalti pubblici e perciò, appunto, utilizzabile solo per i casi espressamente previsti.

La censura è infondata perché nella gara precedente (impugnata con il ricorso n. 875/99) almeno un'offerta, quella della ricorrente, era stata presentata, tanto che essa era stata ritenuta non ammissibile e perciò, appunto, non appropriata (Cons. St. Sez. VI, 3 novembre 1998, n. 1513).

Con il secondo motivo la ricorrente sostiene che, avendo presentato l'unica offerta nella gara precedente, sostanzialmente rispondente alla richiesta dell'amministrazione, questa avrebbe dovuto procedere alla trattativa privata esclusivamente con la Fondiaria.

La censura può essere esaminata congiuntamente alla successiva, con cui si sostiene che il broker non avrebbe dovuto invitare la Assitalia (risultante poi aggiudicataria) perché nella precedente gara aveva espressamente dichiarato di non voler presentare un'offerta e di non poter accettare le condizioni del capitolato.

Entrambe le censure sono infondate, in quanto la trattativa privata si caratterizza proprio per la libertà della forma e l'art. 13 del D.lgs. n. 158/1995 non limita l'ambito della scelta della ditta da invitare solo tra quelle che hanno partecipato alla fase precedente (si veda, ancora, Cons. St. Sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018), perciò l'amministrazione,



giurisprudenza



Nel caso di specie l'Ataf, tramite il broker incaricato con specifico mandato, ha stabilito di contattare prioritariamente le società che avevano, a suo tempo, fatto richiesta di partecipazione alla gara.

Tuttavia - come risulta dalla relazione in atti del broker, e come accertato precedentemente in occasione dell'esame dell'eccezione di inammissibilità del ricorso - la società ricorrente non è stata contattata dal broker e, perciò, non è stata posta in condizione di prospettare la propria offerta nella trattativa privata.

Tale esclusione risulta del tutto immotivata, perché l'amministrazione non ha in alcun modo indicato le ragioni per le quali ha ritenuto di non invitare una società che già aveva mostrato il proprio interesse, estendendo quanto più possibile l'ambito dei partecipanti alla trattativa.

L'esclusione della ricorrente risulta ancor più carente di motivazione in considerazione che l'Ataf - come si è visto - aveva deciso di contattare tutte le ditte precedentemente intervenute, perciò l'invito esteso a tutte meno la ricorrente si appalesa decisamente immotivato.

Per tali ragioni la censura in esame è fondata e deve essere accolta. Va dunque annullato il provvedimento impugnato restando assorbita l'ulteriore censura dedotta come motivo aggiunto. Le spese di giudizio per entrambi i ricorsi possono essere opportunamente compensate tra le parti.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, accoglie il Ric. 542/1999 e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato; respinge il Ric. 875/1999. Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze il 27/6/2001, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

Dott. Saverio Corasaniti - Presidente
Dott. Vincenzo Fiorentino - Consigliere
Dott. Silvio I. Silvestri - Consigliere est.

Depositata in segreteria il 5 dicembre 2001

Firenze, li 5.12.2001

quando si avvalga (legittimamente) di tale procedura, esercita un esteso potere discrezionale e non è tenuta a contattare solo le imprese che abbiano già presentato offerte, nè deve necessariamente escludere quelle che, nella prima gara, non abbiano mostrato interesse a partecipare.

Con il quarto ed il quinto motivo si sostiene che, avendo l'amministrazione ritenuto inadeguate tutte le offerte presentate, avrebbe dovuto contattare tutte le ditte invitate nella gara precedente; inoltre l'Ataf non avrebbe in alcun modo espresso una motivazione in ordine alla esclusione della ricorrente dalla trattativa privata.

Si è già sottolineato come nel procedere alla trattativa privata l'amministrazione espliciti un potere discrezionale che, per ciò stesso, è soggetto ai limiti propri dell'attività amministrativa e va esercitato con l'osservanza dei principi di imparzialità e ragionevolezza nella scelta dei contraenti, anche a tutela della par condicio fra essi (Tar Toscana Sez. I, 7 dicembre 1996, n. 701).