



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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1275 del 2018, proposto da Marsh S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Soncini, Mario Pilade Chiti e Claudio Sironi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ESTAR – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Rondinelli 2; Willis Italia S.p.a. non costituita in giudizio;

nei confronti

AON S.p.a. Insurance & Reinsurance Brokers, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Morbidelli, Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Morbidelli in Firenze, via La Marmora 14;

Regione Toscana, Azienda U.s.l. Toscana Sud Est, Azienda U.s.l Toscana Centro, Aous - Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese, Azienda Ospedaliera Careggi, Ispro - Istituto per lo Studio, la Prevenzione e la Rete Oncologica, Azienda Ospedaliera Meyer, Azienda Ospedaliera Pisana, Societa' della Salute del Mugello, Societa' della Salute della Lunigiana, Azienda U.s.l. Toscana Nord Ovest, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione del Direttore d'Area del 1.8.2018, n. 1136, con la quale Estar ha disposto il rinnovo per ulteriori tre anni della convenzione del "Servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo" di cui alle Determinazioni dirigenziali dell'8.5.2015 nn. 745 e n.1015/2015, in favore dell'A.T.I. AON S.p.a./Willis Italia S.p.a., nonché della relazione del Responsabile del procedimento del 30.07.2018 ad essa allegata;

- della Determinazione del Direttore d'area del 7.8.2018, n. 1174, con la quale Estar ha rettificato la Determinazione n. 1136/2018 aggiungendo l'USL Toscana Nord Ovest tra le aziende destinatarie del rinnovo contrattuale, nonché della relazione del Responsabile del procedimento (non datata) ad essa allegata;

- di tutti gli atti o provvedimenti alle stesse presupposti, conseguenti o comunque connessi ivi inclusi la comunicazione del 3.8.2018, prot. n. 38228, con la quale è stato comunicato a Marsh S.p.a. il rinnovo per ulteriori tre anni della convenzione del "Servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo" di cui alle Determinazioni dirigenziali dell'8.5.2015 nn. 745 e 1015/2015, in favore dell'A.T.I. AON S.p.a./Willis Italia S.p.a.

e per la conseguente condanna di Estar, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30, 119 e seguenti c.p.a., previa dichiarazione di inefficacia e/o caducazione del

rinnovo contrattuale medio tempore eventualmente stipulato tra Estar e l'A.T.I. AON/Willis,;

a) a disporre la stipula del contratto con la ricorrente con pronuncia da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito anche mediante adesione alla convenzione stipulata con Regione Toscana da parte delle Amministrazioni intimate;

b) in subordine, in considerazione dell'eventuale impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno subito conseguente all'illegittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati e dell'iter seguito dall'Amministrazione nella procedura de qua, con conseguente condanna al predetto pagamento e/o declaratoria dei criteri in base ai quali l'Amministrazione intimata e/o la controinteressata, dovranno formulare una proposta di pagamento comprendente sia il lucro cessante che la ricorrente avrebbe ottenuto con l'aggiudicazione dell'appalto, da liquidarsi anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. sia il danno emergente patito e comunque la perdita di chance in una misura non inferiore al 10% del valore della procedura di cui è causa, maggiorata di rivalutazione monetaria e interessi legali sulla somma rivalutata da di del dovuto al saldo effettivo;

c) al risarcimento del danno professionale e d'immagine conseguente alla mancata futura possibilità per la ricorrente di indicare l'aggiudicazione della gara di cui è causa ed il conseguente svolgimento del relativo servizio tra i requisiti di prequalificazione delle future gare d'appalto, di analogo oggetto, alle quali intenderà partecipare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ESTAR – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e della controinteressata AON S.p.a. Insurance & Reinsurance Brokers;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2018 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Marsh S.p.a. si è aggiudicata la gara indetta dalla Regione Toscana, in veste di soggetto aggregatore, per l'affidamento del servizio di brokeraggio e consulenza assicurativa a favore di tutte le amministrazioni presenti sul territorio regionale, ivi comprese le aziende sanitarie e ospedaliere, le quali hanno la facoltà di aderirvi.

Precisato di aver sottoscritto la convenzione con la Regione il 12 aprile 2018, essa impugna la determinazione del 1 agosto 2018, con cui l'ESTAR – ente di supporto istituito dalla stessa Regione Toscana con funzioni, fra l'altro, di centrale di committenza per tutte le aziende del servizio sanitario regionale – ha disposto per sé e per gli altri enti sanitari elencati in epigrafe il rinnovo triennale del contratto di consulenza e brokeraggio già in essere con AON S.p.a. e Willis Italia S.p.a., che se ne erano rese aggiudicatarie in associazione fra loro, nel maggio del 2015, all'esito di gara indetta dall'Ente di Area Vasta Nord-Ovest, al quale è oggi subentrato l'ESTAR.

La società ricorrente espone di avere ripetutamente segnalato a ESTAR la possibilità per tutte le aziende sanitarie di aderire alla nuova convenzione regionale, usufruendo di condizioni vantaggiose e di un cospicuo risparmio rispetto al contratto con AON/Willis Italia, che sarebbe scaduto il 30 giugno 2018. Le sollecitazioni non avrebbero avuto alcun seguito, fino alla comunicazione del 3 agosto 2018, con la quale ESTAR avrebbe reso nota la decisione di addivenire al rinnovo del precedente contratto.

Ad avviso di Marsh, il rinnovo sarebbe illegittimo perché disposto solo all'esito di una radicale rinegoziazione delle condizioni contrattuali in modo da renderle di fatto sovrapponibili a quelle, assai convenienti per le amministrazioni interessate, previste dalla convenzione regionale. Si tratterebbe in definitiva di un affidamento diretto, scelta illegittima e non consentita ad ESTAR, che, secondo la prospettazione, avrebbe semmai potuto rinnovare alle stesse condizioni originariamente pattuite con AON/Willis Italia, ovvero aderire alla convenzione sottoscritta dalla Regione con Marsh, o, ancora, indire una nuova gara.

1.1. Sulla scorta di cinque motivi in diritto, la ricorrente conclude dunque per l'annullamento del provvedimento impugnato e di tutti gli atti allo stesso presupposti e consequenziali, nonché per il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

1.2. Costituitisi in giudizio l'ESTAR e la controinteressata AON, nella camera di consiglio del 16 ottobre 2018, il difensore di Marsh ha dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare contenuta nell'atto introduttivo del giudizio.

1.3. La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione di merito nella pubblica udienza del 27 novembre 2018, preceduta dallo scambio fra le parti di documenti, memorie difensive e repliche.

2. La convenzione per l'affidamento del servizio di brokeraggio e consulenza assicurativa stipulata fra l'odierna ricorrente e la Regione Toscana, alla quale hanno facoltà di aderire tutte le amministrazioni insediate in territorio toscano, fissa allo 0,25% (RC auto) e all'1,75% (altri rischi) la misura delle provvigioni annue spettanti al broker, con pagamento diretto da parte degli enti fruitori del servizio.

Le provvigioni stabilite dal contratto a suo tempo aggiudicato da ESTAV Nord-Ovest (ora ESTAR) e l'A.T.I. AON/Willis Italia – triennale, con scadenza al 30 giugno 2018 e rinnovabile per un ulteriore triennio – sono invece pari, rispettivamente, al 3% (RC auto) e al 6% (altri rischi). Il contratto contiene la c.d.

“clausola broker”, in virtù della quale il pagamento della provvigione spettante al broker compete alla compagnia assicuratrice e il relativo importo è ricompreso nell'imponibile del premio.

Marsh, come risulta dalla corrispondenza in atti, una volta sottoscritta la convenzione con la Regione Toscana ha contattato ESTAR per illustrare i vantaggi della propria proposta e sollecitare l'adesione dell'ente, impegnandosi anche a negoziare entro la fine del 2018 con tutte le compagnie assicuratrici aggiudicatrici delle polizze di ESTAR e delle aziende sanitarie e ospedaliere toscane *“ lo scorporo di un importo pari alle provvigioni dovute al Broker in virtù dell'aggiudicazione del servizio di brokeraggio assicurativo della Regione Toscana per il 2019, riducendo in tal modo l'importo dei premi di ciascuna polizza [...]”* (così la nota Marsh del 31 maggio 2018).

Nel provvedimento impugnato, ESTAR da un lato attesta di avere rinegoziato le originarie condizioni contrattuali e di aver ottenuto dalle controinteressate AON/Willis Italia l'impegno a richiedere sulle nuove polizze da stipulare provvigioni annue corrispondenti a quelle previste dalla convenzione regionale (0,25/1,75%), e a garantire sui premi annui delle polizze in corso e ai relativi rinnovi un risparmio complessivo pari a oltre 220 mila euro; dall'altro, mostra di ritenere la proposta di Marsh, della quale si è riferito, condizionata alla disponibilità delle compagnie assicuratrici a scorporare effettivamente l'importo delle provvigioni dovute al broker e comunque non migliore di quella formulata da AON/Willis Italia. E conclude nel senso di preferire la prosecuzione del rapporto contrattuale con queste ultime, alle nuove condizioni economiche, stante l'ottima qualità del servizio ricevuto.

Dal complesso della motivazione addotta a sostegno del rinnovo, alla determinazione di ESTAR appaiono avere altresì contribuito alcuni fattori concorrenti, quali l'assenza di oneri diretti a carico degli enti assicurati (la “clausola broker”), il già avvenuto versamento dei premi assicurativi per l'annualità 2018, il

rischio di una doppia remunerazione del broker, il carattere “generico”, e non mirato agli enti sanitari, della gara indetta dalla Regione Toscana per l’affidamento del servizio di brokeraggio.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione, la società ricorrente afferma che dietro al rinnovo contrattuale intercorso fra ESTAR e le controinteressate si nasconderebbe l’illegittimo affidamento diretto di un nuovo contratto all’esito di un’inammissibile trattativa privata fra l’amministrazione e un unico operatore. La facoltà di rinnovo – oltretutto esercitata tardivamente, dopo la scadenza del contratto – non implicherebbe, infatti, la possibilità di rinegoziare le originarie condizioni contrattuali, né tantomeno sussisterebbero i presupposti individuati dall’art. 57 del d.lgs. n. 50/2016 per derogare all’affidamento mediante procedura aperta. La sostanziale modifica apportata alle condizioni di contratto, in assenza di una nuova procedura di affidamento, contrasterebbe inoltre con i principi del diritto europeo, come interpretati dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, che non ammettono in corso di esecuzione del contratto modifiche sostanziali, tali che avrebbero potuto incidere sul risultato della iniziale procedura di affidamento ove ne avessero formato oggetto (il riferimento è in particolare al “considerando” 107 della Direttiva 2014/24).

Il secondo motivo investe le ragioni allegate da ESTAR a fondamento del rinnovo. La presenza, nel contratto, della “clausola broker” non avrebbe affatto impedito agli enti interessati di fruire delle più vantaggiose provvigioni stabilite dalla convenzione regionale e lo scorporo delle provvigioni proposto da Marsh sarebbe del tutto equivalente all’impegno, assunto da AON/Willis Italia, di mantenere i premi assicurativi all’interno degli importi indicati nella nuova offerta economica, esattamente parificata a quella di Marsh. Il meccanismo dello scorporo sarebbe perfettamente operativo anche nel caso di gestione delle polizze in essere di ESTAR e risponderebbe meglio alle esigenze delle amministrazioni pubbliche,

permettendo di superare le distorsioni insite nella metodologia di remunerazione del broker che pone il pagamento della provvigione a carico della compagnia assicuratrice. Di conseguenza, i riferimenti contenuti nel provvedimento impugnato a “scorporo” e ad “offerta condizionata” non potrebbero considerarsi pertinenti, come pure non vi sarebbe alcun rischio di doppia remunerazione a favore del broker, proprio grazie all’impegno di Marsh ad autoridursi la provvigione inclusa nei premi di cui alle polizze in essere.

Con il terzo motivo, viene contestato l’argomento di ESTAR secondo cui la scelta del rinnovo contrattuale si giustificherebbe anche in ragione dell’avvenuto pagamento dei premi assicurativi per l’intera annualità 2018. L’eventuale versamento del premio avrebbe al più comportato il differimento dell’operatività dell’adesione alla convenzione regionale, atteso che, secondo la prassi e le regole deontologiche degli operatori del settore, il broker subentrante è tenuto a rinunciare alle commissioni per l’anno in corso quando i tempi dell’affidamento abbiano fatto scattare il rinnovo delle polizze già in essere.

Con il quarto motivo, la ricorrente deduce che l’adeguatezza della gara indetta dalla Regione Toscana rispetto alle specifiche esigenze degli enti sanitari sarebbe attestata dalla clausola di adesione alla convenzione, estesa anche a tali enti. Le prestazioni richieste dalla Regione sarebbero, del resto, identiche a quelle previste dal contratto in essere tra ESTAR ed AON/Willis Italia, come pure la gara a suo tempo aggiudicatasi dalle controinteressate non avrebbe previsto alcuno specifico parametro valutativo, tale da rendere il progetto vincitore valido esclusivamente per gli enti sanitari. In ogni caso, se davvero ESTAR avesse ritenuto la gara regionale inidonea ai propri fini, avrebbe dovuto indire una nuova procedura a evidenza pubblica, dando la possibilità di parteciparvi a tutti gli operatori del settore.

Con il quinto motivo, infine, Marsh lamenta che, a fronte di una proposta di rinnovo a condizioni economiche drasticamente diverse e deteriori, ESTAR non abbia effettuato alcuna verifica di (persistente) congruità dell'offerta stessa.

2.2. Le repliche di ESTAR e della controinteressata AON – in estrema sintesi – muovono dall'argomento secondo cui la facoltà di rinnovo del contratto fra loro in essere sarebbe stata espressamente prevista sin dagli atti dell'affidamento e svincolata dal mantenimento delle medesime condizioni originarie. La struttura della gara aggiudicata ad AON/Willis Italia prevedeva che il confronto concorrenziale fosse limitato alle sole offerte tecniche, mentre l'elemento economico assumeva la forma del costo fisso uguale per tutti i concorrenti e inglobato nel premio assicurativo (segnatamente, nella quota riconosciuta dalle compagnie assicuratrici alla propria rete di vendita); la riduzione del corrispettivo operata in sede di rinnovo a vantaggio esclusivo della stazione appaltante riguarderebbe, pertanto, un elemento neutro ai fini dell'aggiudicazione del contratto e darebbe luogo a una modifica non sostanziale dello stesso, ammissibile ai sensi dell'art. 72 della Direttiva 24/2014/UE, atteso che il minor costo fisso delle provvigioni non avrebbe consentito la partecipazione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati, o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, né avrebbe attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione (le condizioni economiche più sfavorevoli per il broker proposte dall'A.T.I. AON in sede di rinnovo avrebbero, semmai, disincentivato la partecipazione alla gara da parte degli operatori del settore).

Aggiungono le parti resistenti che la scelta di ESTAR di addivenire al rinnovo del contratto di brokeraggio, anziché aderire alla convenzione regionale, implicherebbe valutazioni di merito insindacabili. La scelta del rinnovo sarebbe, nondimeno, giustificata proprio dal diverso meccanismo di remunerazione del broker stabilito dai due contratti e dal fatto che le polizze sottoscritte da ESTAR e dalle aziende e

istituti sanitari ad esso afferenti contengono la “clausola broker”, e che le compagnie assicuratrici non potrebbero venire obbligate a modificare i contratti in corso in senso conforme alla convenzione stipulata da Marsh con la Regione. Né potrebbe ipotizzarsi che ESTAR fosse tenuta a prendere in esame la possibilità, prospettata solo in giudizio dalla ricorrente, di ottenere da Marsh il rimborso delle provvigioni ricevute in eccesso rispetto all’ammontare stabilito dalla convenzione regionale.

2.3. Il ricorso è fondato.

2.3.1. Risulta dalla documentazione prodotta dalle parti, ed è pacifico, che la gara aggiudicata nel 2015 all’A.T.I. AON/Willis Italia era strutturata in modo da non comportare oneri diretti a carico della stazione appaltante e delle aziende sanitarie interessate, in quanto – come si legge negli atti di quella procedura – il servizio di brokeraggio sarebbe stato remunerato dalle compagnie assicuratrici sulla base di commissioni fisse, stabilite dalla stessa stazione appaltante. L’elemento economico dell’affidamento assumeva la forma del costo fisso e si escludeva che il compenso del broker potesse rappresentare un costo aggiuntivo per le amministrazioni assicurate.

È altrettanto pacifico che, al rinnovo contrattuale contestato dalla società ricorrente, l’ESTAR è giunto solo dopo aver rinegoziato con AON/Willis Italia le originarie condizioni economiche dell’affidamento, ottenendo il duplice impegno del broker a garantire una diminuzione dei premi assicurativi sulle polizze in corso e sui relativi rinnovi, per un risparmio di 220.281,00 euro, e, per il futuro, a praticare sulle nuove polizze provvigioni equivalenti a quelle previste dalla convenzione regionale (0,25%, in luogo del 3%, sui premi della RCAuto, e 0,75%, in luogo del 6%, sui restanti premi: si veda l’offerta economica di AON, allegata al provvedimento impugnato).

Il risparmio complessivamente garantito dalla rinegoziazione sulle polizze in corso è di poco superiore a quello prospettato da Marsh (euro 205.829,00) nelle note indirizzate ad ESTAR per sollecitarne l'adesione alla convenzione sottoscritta con la Regione Toscana. Sia nel caso di Marsh, sia nel caso di AON, il conseguimento del beneficio da parte di ESTAR appare peraltro subordinato al consenso delle compagnie assicuratrici a diminuire i premi in misura corrispondente al minore importo delle provvigioni richieste dal broker (per Marsh, gli importi previsti dalla convenzione regionale; per AON, non più gli importi previsti dall'affidamento del 2015, ma quelli di cui alla proposta di rinnovo del contratto, pari a quelli percepiti da Marsh). Sotto questo profilo, a differenza di quanto si afferma nel provvedimento impugnato, ambedue le proposte sono ugualmente condizionate alla disponibilità delle compagnie assicuratrici ad incassare premi in misura ridotta rispetto a quella già pattuita.

ESTAR afferma quindi, nel provvedimento, che *“la proposta del broker Marsh... non risulta migliore della proposta del broker Aon con Willis Italia”*. Al di là dell'inversione logica e temporale (è AON ad avere diminuito la provvigione richiesta per equipararla a quella, sopravvenuta, di Marsh), è infatti evidente il ruolo decisivo giocato dalla rinegoziazione delle condizioni del contratto in essere nella scelta di ESTAR di addivenire al rinnovo con AON, anziché aderire alle sollecitazioni di Marsh; e questo dimostra come l'ammontare delle provvigioni del broker, se nella gara aggiudicata da ESTAR era stato neutralizzato ai fini dell'attribuzione del punteggio, costituisca in realtà una voce di costo gravante in ultima analisi sugli enti assicurati, giacché la *“clausola broker”* non impedisce che le compagnie assicuratrici ne scarichino il peso economico sulle amministrazioni interessate mediante un corrispondente incremento dei premi: diversamente, non si spiegherebbe l'interesse di ESTAR a rinegoziare il contratto con AON per garantirsi quello che lo stesso provvedimento impugnato definisce un *“risparmio”*

corrispondente a quello garantito dalla nuova convenzione regionale sui premi relativi alle polizze in corso e a quelle future; così come non si spiegherebbero gli impegni assunti in tal senso sia da AON, sia da Marsh (se il risparmio per l'assicurato deriva dalla diminuzione delle provvigioni versate al broker dalle compagnie assicuratrici, significa che queste ultime se ne fanno carico solo apparentemente, salvo recuperare i relativi importi dagli assicurati. Ovvero che la provvigione costituisce sì una voce di costo "neutra", ma solo per le compagnie assicuratrici).

In questo senso depone altresì l'argomento difensivo adoperato dalle parti resistenti, le quali sostengono che il conseguimento da parte di ESTAR di provvigioni in misura ridotta in sede di rinnovo costituirebbe una modifica del contratto "a esclusivo vantaggio della stazione appaltante". L'esistenza di un vantaggio, infatti, non può che sottintendere la non neutralità del costo della provvigione per gli enti assicurati, benché in presenza della "clausola broker".

2.3.2. Tanto premesso, l'opzione di ESTAR per il rinnovo con AON/Willis Italia deve essere contestualizzata, per comprenderne le implicazioni.

Al momento della scadenza del contratto di brokeraggio affidato nel 2015, ESTAR disponeva in astratto delle seguenti alternative: rinnovare il contratto con AON/Willis Italia; aderire alla nuova convenzione tra Marsh e Regione Toscana; indire una nuova gara per l'affidamento del servizio. Pare evidente che l'opzione del rinnovo avrebbe comportato esborsi per provvigioni di gran lunga superiori a quelli previsti dalla nuova convenzione regionale, a meno che il broker non avesse acconsentito a rinegoziare le condizioni dell'affidamento, come poi avvenuto.

La scelta di prolungare il rapporto con AON/Willis Italia a condizioni economiche differenti, allineate alle condizioni stabilite dalla convenzione frattanto stipulata dalla Regione con Marsh, ha comportato che l'elemento del costo/ammontare delle provvigioni del broker, estraneo ai criteri dell'affidamento originario perché

assunto in sede di gara come dato fisso, sia invece divenuto determinante in sede di rinnovo del contratto. Il criterio qualitativo in virtù del quale l'A.T.I. AON si era aggiudicata il servizio non avrebbe infatti consentito ad ESTAR di addivenire al rinnovo ove l'ammontare delle provvigioni non fosse stato radicalmente rinegoziato; e soltanto in virtù della rinegoziazione, consistita nella drastica riduzione delle provvigioni dovute al broker, ESTAR si è indotto a non avvalersi della nuova ed assai più conveniente convenzione regionale e a mantenere il gestore uscente nella sua posizione di vantaggio.

Modificando il compenso del broker, la rinegoziazione ha dunque riguardato, allo stesso tempo, i criteri di aggiudicazione dell'appalto e un elemento essenziale del contratto, inizialmente predefinito dalla stazione appaltante. Non è pertanto discutibile che, tenuto anche conto dell'entità della riduzione apportata all'ammontare delle provvigioni, ci si trovi in presenza di una "considerevole alterazione" del contratto originario e di una modifica sostanziale del contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 lett. e) e 4 dell'art. 106 d.lgs. n. 50/2016, che riproduce la normativa sovranazionale (direttiva 24/2014/UE, "considerando" 107 e art. 72), a sua volta espressiva di principi di elaborazione giurisprudenziale (per tutte, cfr. Corte giustizia UE, grande sezione, 13 aprile 2010, n.91, in fattispecie secondo cui "*Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto*").

La giurisprudenza nazionale formatasi sin da epoca anteriore alla codificazione della disciplina dei contratti pubblici è contraria, in linea di principio, ad ammettere

la rinegoziabilità di contratti aggiudicati all'esito di procedure aperte, perché violativa del principio concorrenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6231); e, quando l'ha ammessa, si è sempre trattato di ipotesi nelle quali la stazione appaltante aveva concordato con l'aggiudicatario scostamenti contenuti rispetto al prezzo offerto in gara, tali da non dare luogo a un affidamento nuovo e diverso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 923, e i precedenti ivi richiamati).

Più di recente, nel vigore della citata direttiva n. 24/2014, si è precisato che la rinegoziazione del contratto, ove conduca a prefigurare condizioni significativamente diverse da quelle originarie, deve considerarsi alla stregua di una vera e propria trattativa privata in spregio dei principi di libera concorrenza imposti dalle regole dell'evidenza pubblica e fuori dai casi eccezionalmente e tassativamente previsti dalla legge (così Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1036).

Nella specie, lo si ripete, la rinegoziazione ricade su di un elemento essenziale del contratto aggiudicato ad AON/Willis Italia e introduce un criterio di valutazione nuovo, come tale capace di alterare gli esiti del confronto concorrenziale originario. Basti pensare che ESTAR non ha eseguito alcuna verifica della complessiva sostenibilità dell'offerta a fronte di una così ragguardevole diminuzione del compenso spettante al broker, non accompagnata da una proporzionale riduzione del perimetro dei servizi prestati.

L'amministrazione resistente ha inteso proseguire il rapporto con le controinteressate "stante l'ottima qualità del servizio" dalle stesse prestatore nel triennio di ordinaria vigenza del contratto. Il rinnovo soddisfa, al contempo, l'interesse di AON/Willis Italia a conservare l'affidamento pur a condizioni deteriori che, per concorde affermazione delle parti, riflettono del resto le attuali condizioni di mercato, ben differenti da quelle che erano alla base della gara a suo

tempo aggiudicatasi da AON/Willis Italia (l'accettazione di provvigioni inferiore da parte di AON/Willis Italia si spiega, evidentemente, con la volontà di indurre ESTAR a non aderire alla convenzione sottoscritta fra Regione Toscana e Marsh). La bontà del servizio offerto dalle controinteressate di per sé non dà luogo, tuttavia, a una situazione di *lock-in*, trattandosi oltretutto di evenienza fisiologica. Essa avrebbe potuto legittimare il rinnovo contrattuale alle medesime condizioni originarie, ma non la sottrazione al mercato di un affidamento che, per le ragioni esposte in precedenza, è da considerarsi nuovo. Si ricorda che l'offerta economica di AON ha potuto essere presa in considerazione da ESTAR solo per effetto della completa rimodulazione delle aliquote provvigionali, diminuite fino a coincidere con la proposta di Marsh cristallizzata nella convenzione regionale: ESTAR ha cioè consentito ad AON di rendere la propria offerta comparabile con quella di Marsh, e di conservare l'affidamento, in nome di una malintesa "ottima qualità" del servizio sino a quel momento prestato dal broker; con il risultato di far apparire – *a posteriori* – il rinnovo economicamente vantaggioso al pari della convenzione regionale e di interferire con gli esiti del confronto competitivo che aveva appunto visto Marsh prevalere nella gara indetta dalla Regione, cui aveva partecipato la stessa AON. Se è vero, infatti, che ESTAR non aveva – non ha – alcun obbligo di aderire alla convenzione regionale, neppure può negarsi che il rinnovo con AON/Willis Italia abbia privato Marsh della possibilità che questo accadesse, come pure della *chance*, alternativa, di partecipare alla nuova gara eventualmente indetta da ESTAR per l'affidamento del servizio.

2.3.3. Proprio la consapevolezza delle mutate condizioni di mercato, che ha spinto ESTAR a rinegoziare il contratto, osta dunque alla legittimità di un'operazione che ha garantito al broker uscente di proseguire nell'affidamento in assenza di obiettive ragioni che giustificassero il ricorso la sostanziale modifica del contratto originario a trattativa privata.

Si è visto come sia l'offerta delle controinteressate, sia quella di Marsh, prevedessero analoghi meccanismi di gestione delle polizze in corso di validità, tramite lo "scorporo" e il rimborso dei maggiori premi corrisposti al broker, dovendosi perciò escludere per questo aspetto l'esistenza di ragioni che avrebbero imposto a ESTAR il rinnovo del contratto. Né quest'ultimo si imponeva in virtù della "clausola broker" presente nel contratto, la quale non sposta dall'assicurato all'assicuratore il peso economico della provvigione spettante al broker.

Quanto, infine, all'ulteriore rilievo contenuto nel provvedimento impugnato, secondo cui la gara indetta dalla Regione Toscana sarebbe stata strutturata per progetti relativi a enti di natura non sanitaria, sia sufficiente osservare che lo staff dedicato da Marsh alla gestione del servizio nella gara aggiudicata dalla Regione è composto, fra l'altro, dallo stesso manager/responsabile indicato nel progetto già presentato nella gara indetta da ESTAR (ESTAV) e munito di specifiche competenze in ambito assicurativo-sanitario, come pure dalle stesse persone è composto il team di gestione dei contratti. Il progetto tecnico di Marsh venne giudicato "molto buono" nella gara poi vinta da AON/Willis Italia, e la presenza delle medesime professionalità nell'offerta vincitrice della gara regionale induce a escludere che il rinnovo del contratto con AON/Willis possa ritenersi in qualche modo necessitato dall'esigenza di ESTAR disporre di un'organizzazione del broker maggiormente specializzata (al di là del profilo della convenienza economica).

3. In forza delle considerazioni che precedono, l'impugnazione della determinazione ESTAR n. 1136/2018, e della connessa rettifica operata con la successiva determinazione n. 1174/2018, deve essere accolta.

All'annullamento dei provvedimenti impugnati consegue la declaratoria di inefficacia del rinnovo contrattuale intercorso fra ESTAR e le società controinteressate.

Nei termini esposti, l'accoglimento esaurisce in forma specifica le pretese della società ricorrente, non residuando allo stato margini per il riconoscimento di un ristoro per equivalente.

3.1. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza delle parti resistenti (le controinteressate da intendersi come parte unitaria, ancorché costituita sia la sola AON S.p.a.).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'ESTAR e le controinteressate AON S.p.a. e Willis Italia S.p.a. alla rifusione – in ragione di metà a carico del primo e della metà rimanente a carico delle seconde – delle spese processuali, che liquida in euro 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO

