Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

29 ottobre 2015 *

«Appalti pubblici di servizi — Gara d'appalto — Fornitura di servizi di assicurazione di beni e di persone — Rigetto dell'offerta di un offerente — Aggiudicazione dell'appalto a un altro offerente — Parità di trattamento — Violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica che conferisce diritti ai singoli — Responsabilità extracontrattuale — Perdita di un'opportunità — Sentenza interlocutoria»

Nella causa T-199/14,

Vanbreda Risk & Benefits, con sede in Anversa (Belgio), rappresentata inizialmente da P. Teerlinck e P. de Bandt, successivamente da P. Teerlinck, P. de Bandt e M. Gherghinaru, avvocati,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata da S. Delaude e L. Cappelletti, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto, da un lato, una domanda di annullamento della decisione del 30 gennaio 2014 con la quale la Commissione ha respinto l'offerta presentata dalla ricorrente per il lotto n. 1 nella gara d'appalto OIB.DR.2/PO/2013/062/591, relativa all'assicurazione di beni e di persone (GU 2013/S 155-269617), e ha aggiudicato tale lotto ad un'altra società e, dall'altro, una domanda di risarcimento danni,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione),

composto da S. Frimodt Nielsen, presidente, F. Dehousse (relatore) e A.M. Collins, giudici,

cancelliere: S. Bukšek-Tomac, amministratore

in seguito all'udienza del 3 giugno 2015,

ha pronunciato la seguente

* Lingua processuale: il francese.

Sentenza

Fatti

1 Il 10 agosto 2013 la Commissione europea ha pubblicato, nel Supplemento della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (GU 2013, S 155-269617), un bando di gara con riferimento OIB.DR.2/PO/2013/062/591, concernente un appalto pubblico di assicurazione di beni e di persone, suddiviso in quattro lotti.

2 Il lotto n. 1, l'unico in discussione nel presente ricorso, riguardava la copertura assicurativa – a decorrere dal 1º marzo 2014 – di immobili e del loro contenuto, in nome della Commissione e di diversi altri istituzioni e organi dell'Unione europea.

3 I documenti di gara contenevano, per quanto riguarda il lotto n. 1, oltre all'avviso di gara, un capitolato d'oneri composto dall'invito a presentare offerte al quale erano allegati le specifiche tecniche (allegato I), l'elenco degli edifici (allegato I.1), le statistiche di sinistrosità (allegato I.2), il modulo di offerta finanziaria (allegato II), il contratto preliminare di servizi (allegato III) e il «Questionario "Identificazione – Esclusione – Selezione"» (allegato IV) (in prosieguo: il «questionario IES»).

4 Il bando di gara precisava che si trattava di una procedura aperta con attribuzione dell'appalto mediante aggiudicazione all'offerta che presentava il prezzo più basso tra le offerte ricevibili e conformi (articolo 3.4.3 dell'invito a presentare offerte; punto 12 delle specifiche tecniche).

5 La questione della responsabilità in solido, in caso di partecipazione di più assicuratori all'esecuzione dell'appalto, era esaminata nei seguenti termini.

6 L'avviso di gara prevedeva, in caso di aggiudicazione di un appalto a un raggruppamento di operatori economici, che tutti i membri di tale raggruppamento dovessero assumere una «responsabilità (…) solidale nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto» (punto III.1.3 dell'avviso di gara).

7 L'articolo 5.1 delle specifiche tecniche così disponeva:

«Nei casi di presentazione di offerte da parte di più assicuratori in solido, che agiscono in consorzio, o da parte di più assicuratori che agiscono in consorzio e sono rappresentati da un coassicuratore delegatario in solido, in caso di aggiudicazione, il contratto sarà firmato da ciascun assicuratore. In tale ipotesi, l'offerente garantisce che l'amministrazione aggiudicatrice sia pienamente garantita (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del contratto (…).

Nei casi di presentazione di offerte da parte di più assicuratori in solido, che agiscono in consorzio, rappresentati da un intermediario, in caso di aggiudicazione, il contratto sarà firmato congiuntamente da ciascun assicuratore e dall'intermediario. In tale ipotesi, l'assicuratore o gli assicuratori si impegnano altresì a garantire che l'amministrazione aggiudicatrice sia pienamente garantita (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del contratto (…)».

8 Nel contratto preliminare di servizi, la parte dedicata all'identificazione dei firmatari del contratto era seguita dalla dicitura: «Le parti summenzionate e di seguito collettivamente denominate "il contraente" sono (...) responsabili in solido dell'esecuzione del presente contratto nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice».

9 L'invito a presentare offerte disponeva che qualsiasi offerta dovesse essere accompagnata dal questionario IES debitamente compilato dall'offerente (punto 2.1.2, ottavo trattino, dell'invito a presentare offerte). Tale questionario IES distingueva, nella sezione 1 (Modulo di identificazione dell'offerente), a seconda che l'offerente agisse «quale membro [di un] raggruppamento» o quale «offerente unico».

10 Il questionario IES conteneva, nella sezione 3, un «questionario concernente le offerte congiunte», a cui [si doveva] rispondere solo se l'offerta [era] un'offerta congiunta».

11 Il quesito 5 e il punto 5.1 di quest'ultimo questionario disponevano che «in caso di offerta congiunta, [dovesse essere presentato] un accordo/procura redatto conformemente [a un] modello riportato di seguito, firmato dai rappresentanti legali di tutti i partecipanti all'offerta congiunta [e] che, in particolare[, r]iconoscesse la responsabilità in solido di tutti i partecipanti all'offerta congiunta per l'esecuzione dell'appalto».

12 Tale accordo/procura disponeva che, «quali cofirmatari del Contratto, tutti i membri del raggruppamento [sarebbero stati] responsabili in solido nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice dell'esecuzione del Contratto». Esso aggiungeva che tutti i membri suddetti «[avrebbero rispettato] le condizioni del Contratto e [avrebbero garantito] la corretta esecuzione della rispettiva parte di servizi come previsti nel capitolato d'oneri e nell'offerta del contraente».

13 Il 31 ottobre 2013, al momento dell'apertura delle offerte, la commissione incaricata dell'apertura ha preso atto della ricezione di due offerte per il lotto n. 1. Una proveniva dalla ricorrente, la Vanbreda Risk & Benefits, e l'altra proveniva dalla società Marsh.

14 Con lettera dell'8 novembre 2013, la ricorrente ha richiamato l'attenzione della Commissione sull'importanza, ai fini della valutazione della conformità di un'offerta, «dei documenti firmati da cui emerga che, in caso di offerta con più assicuratori, i medesimi si impegnano ad assumere una responsabilità in solido illimitata». Infatti, secondo l'esperienza della ricorrente, l'AIG Europe Limited (in prosieguo: l'«AIG»), che partecipava al consorzio della Marsh, rifiutava per principio di impegnarsi in solido ed era quindi quasi certo che l'offerta di quest'ultima non poteva rispettare i requisiti sostanziali e formali del capitolato d'oneri.

15 Con lettera del 4 dicembre 2013, la Commissione ha risposto, su tale punto, di non poter fornire informazioni, in quanto la valutazione delle offerte era ancora in corso.

16 Nel verbale di valutazione delle offerte del 13 gennaio 2014 il comitato di valutazione delle offerte ha deciso che le offerte della ricorrente e della Marsh si qualificavano per la valutazione finanziaria e ha constatato che l'offerta della Marsh si classificava al primo posto, con un prezzo annuo di EUR 771 076,03, e l'offerta della ricorrente al secondo posto, con un prezzo annuo di EUR 935 573,58. Il comitato di valutazione ha quindi deciso di proporre l'attribuzione del lotto n. 1 alla Marsh.

17 Con decisione del 28 gennaio 2014, la Commissione ha deciso di aggiudicare l'appalto alla Marsh.

18 Con lettera del 30 gennaio 2014 (in prosieguo: la «decisione impugnata»), la Commissione ha informato la ricorrente che la sua offerta per il lotto n. 1 non veniva accolta, in quanto non proponeva il prezzo più basso.

19 Con messaggio di posta elettronica del 31 gennaio 2014 e con lettera del 3 febbraio 2014, la ricorrente ha chiesto alla Commissione l'accesso alla relazione integrale di aggiudicazione e la trasmissione delle copie dei documenti firmati da cui emergeva che, in caso di offerta con più assicuratori, i medesimi si erano impegnati ad assumere una responsabilità in solido illimitata, conformemente al capitolato d'oneri. La ricorrente menzionava il fatto che tale requisito era ripreso alla pagina 8 dell'allegato IV dell'invito a presentare offerte.

20 Con lettera del 7 febbraio 2014, la ricorrente ha presentato nuovamente le sue richieste, manifestando il timore che l'offerta della Marsh non fosse conforme al capitolato d'oneri, per il motivo che almeno un partecipante a tale offerta non avrebbe firmato il modello di accordo/procura richiesto. La ricorrente rilevava che si trattava, tuttavia, di un elemento essenziale del contratto e che essa stessa avrebbe presentato un'offerta che ricorreva a una struttura assicurativa del tutto conforme al capitolato d'oneri, ivi compreso tale aspetto essenziale della solidarietà. Potrebbero essere ritenute conformi soltanto le offerte in cui figuri un unico assicuratore (che copre il rischio al 100%) e quelle in cui figurino più assicuratori che si sono tutti dichiarati reciprocamente solidali al momento della presentazione dell'offerta. La ricorrente ha invitato la Commissione a rivedere la sua decisione di aggiudicazione dell'appalto alla Marsh in funzione di tale elemento e a sospendere la firma del contratto.

21 Con lettera del 7 febbraio 2014, la Commissione ha risposto al messaggio di posta elettronica del 31 gennaio 2014 precisando di non poter fornire alla ricorrente, in forza della normativa, informazioni diverse «dalle caratteristiche e dai vantaggi relativi dell'offerta accettata nonché dal nome dell'aggiudicatario dell'appalto». In tale contesto, la Commissione ha rilevato che l'attribuzione del lotto n. 1 era stata effettuata a favore dell'offerta conforme che presentava il prezzo più basso, ossia dell'offerta presentata dalla Marsh.

22 Con lettera dell'11 febbraio 2014, la ricorrente ha contestato tale risposta che non avrebbe risposto ai quesiti formulati e ha presentato nuovamente la sua domanda di accesso alle informazioni già richieste nelle lettere precedenti.

23 Con lettera e con messaggio di posta elettronica del 21 febbraio 2014, la ricorrente ha dichiarato di essere certa che, dalla data di presentazione delle offerte, la Commissione non disponeva dell'accordo/procura per ciascun assicuratore che partecipava all'offerta della Marsh, con la conseguenza che tale offerta non era conforme e doveva essere respinta. La ricorrente ha invitato la Commissione a rivedere la sua decisione di aggiudicazione e a sospendere la firma del contratto con la Marsh.

24 Con lettera dello stesso giorno, la Commissione ha risposto che i punti all'origine dei timori della ricorrente sono stati debitamente analizzati durante tutta la fase di valutazione delle offerte, che tali offerte sono risultate conformi e che, pertanto, l'appalto è stato aggiudicato all'offerta che presentava il prezzo più basso. La Commissione non ha trasmesso alla ricorrente alcun documento richiesto.

25 Dopo due nuovi messaggi di posta elettronica del 25 e del 28 febbraio 2014, la ricorrente ha presentato alla Commissione, il 14 marzo 2014, una domanda di accesso ai documenti fondata sul regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU L 145, pag. 331).

Procedimento e nuovi sviluppi in corso di causa

26 Con atti depositati presso la cancelleria del Tribunale il 28 marzo 2014, la ricorrente ha proposto il presente ricorso di annullamento della decisione impugnata e di risarcimento danni nonché una domanda di provvedimenti provvisori diretta a ottenere la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata e la produzione di documenti da parte della Commissione.

27 Con ordinanza del 3 aprile 2014, adottata nell'ambito del ricorso per provvedimenti provvisori, il presidente del Tribunale ha ordinato la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata e del contratto concluso con la Marsh e con gli assicuratori, e ha ordinato la produzione di documenti nel procedimento sommario.

28 Con ordinanza del 10 aprile 2014, adottata in seguito ad osservazioni formulate dalla Commissione nell'ambito del ricorso per provvedimenti provvisori, il presidente del Tribunale ha annullato, con effetto retroattivo al 3 aprile 2014, il punto del dispositivo dell'ordinanza del 3 aprile 2014 relativo alla sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata e del contratto concluso con la Marsh e con gli assicuratori.

29 Con ordinanza del 30 luglio 2014, Vanbreda/Commissione (T-199/14), pronunciata nel presente ricorso, il Tribunale ha ordinato alla Commissione di produrre taluni documenti contenenti, secondo quest'ultima, elementi riservati, e ha precisato che, in applicazione dell'articolo 67, paragrafo 3, del regolamento di procedura del Tribunale del 2 maggio 1991, tali documenti non sarebbero stati comunicati, in questa fase, alla ricorrente.

30 Dopo che la Commissione, con lettera dell'8 agosto 2014, ha prodotto i documenti richiesti, il Tribunale, con una misura di organizzazione del procedimento, inviata l'11 settembre 2014 alla Commissione, le ha chiesto di depositare versioni di alcuni dei suddetti documenti indicando con precisione, oscurandole, le parti che, a suo avviso, erano riservate.

31 La Commissione ha ottemperato a tale richiesta con lettera del 29 settembre 2014.

32 Dato che la ricorrente ha dichiarato di non avere obiezioni da opporre alla richiesta di riservatezza della Commissione, il Tribunale ha ritirato dal fascicolo i documenti riservati prodotti in allegato alla lettera dell'8 agosto 2014.

33 Con ordinanza emessa in sede di procedimento sommario, del 4 dicembre 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Commissione [T-199/14 R, Racc. (Estratti), EU:T:2014:1024], il presidente del Tribunale ha ordinato la sospensione della decisione impugnata relativamente all'attribuzione del lotto n. 1 (punto 1 del dispositivo), ha rilevato che gli effetti di tale decisione erano mantenuti in vigore sino alla scadenza del termine per proporre impugnazione avverso la medesima ordinanza (punto 2 del dispositivo) – ossia sino al 16 febbraio 2015 a mezzanotte – e ha riservato le spese.

34 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata con la quale la Commissione ha deciso di non accogliere l'offerta della ricorrente per il lotto n. 1 e di attribuire tale lotto alla Marsh;

— accertare la responsabilità extracontrattuale dell'Unione e condannare la stessa a pagare alla ricorrente l'importo di EUR 1 000 000 a titolo di risarcimento per la perdita della possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, per la perdita di referenze e per il danno morale subito;

— in ogni caso, condannare la Commissione alle spese, ivi comprese le spese legali provvisoriamente fissate in EUR 50 000.

35 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:

— respingere la domanda di annullamento;

— respingere la domanda di risarcimento danni;

— condannare la ricorrente alle spese del presente giudizio e del procedimento sommario.

36 In seguito all'ordinanza Vanbreda Risk & Benefits/Commissione, citata supra al punto 33 (EU:T:2014:1024), la Commissione, da un lato, ha avviato una procedura d'appalto negoziata, in base all'articolo 134, paragrafo 1, lettera c), del regolamento delegato (UE) n. 1268/2012 della Commissione, del 29 ottobre 2012, recante le modalità di applicazione del regolamento (UE, Euratom)

n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione (GU L 362, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento di esecuzione»), al fine di concludere un contratto di assicurazione che potesse entrare in vigore sin dal 17 febbraio 2015 alle 24:00. Essa, d'altro lato, ha proposto un'impugnazione (C-35/15 P) avverso tale ordinanza.

37 Con lettera del 13 febbraio 2015, la Commissione ha informato la Marsh della sospensione del contratto in corso a decorrere dal 16 febbraio 2015 a mezzanotte.

38 La Commissione ha ricevuto una sola offerta nell'ambito della procedura negoziata, presentata dalla ricorrente costituente un raggruppamento con l'assicuratore AIG. La Commissione ha accolto tale offerta e ha firmato il contratto di assicurazione risultante da tale procedura, il quale è entrato in vigore il 17 febbraio 2015 alle 24:00.

39 Con ordinanza del 23 aprile 2015, Commissione/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), Racc., EU:C:2015:275], il vicepresidente della Corte ha annullato i punti 1 e 2 del dispositivo dell'ordinanza Vanbreda Risk & Benefits/Commissione, cit. supra al punto 33 (EU:T:2014:1024), per il motivo che il presidente del Tribunale era incorso in un errore di diritto nel dichiarare che si applicava senza limitazioni temporali l'attenuazione, giustificata in materia di appalti pubblici, della condizione giurisprudenziale di concessione di provvedimenti provvisori relativa all'urgenza (ordinanza Commissione/Vanbreda Risk & Benefits, cit., EU:C:2015:275, punto 57). Statuendo sulla domanda di provvedimenti provvisori presentata dalla ricorrente, il vicepresidente della Corte ha respinto tale domanda per i medesimi motivi (ordinanza Commissione/Vanbreda Risk & Benefits, cit., EU:C:2015:275, punto 61).

In diritto

Sulla domanda di annullamento

40 La ricorrente fa valere un motivo di annullamento unico suddiviso in tre parti, vertenti, in primo luogo, sulla violazione del principio della parità di trattamento tra gli offerenti, degli articoli 111 e 113 del regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio (GU L 298, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento finanziario»), degli articoli 146, 149 e 158 del regolamento di esecuzione nonché del capitolato d'oneri, in secondo luogo, sulla violazione del principio della parità di trattamento e, in terzo luogo, sulla violazione del principio di trasparenza.

Sulla prima parte del motivo, vertente sulla violazione del principio della parità di trattamento tra gli offerenti, dell'articolo 111, paragrafo 5, e dell'articolo 113, paragrafo 1, del regolamento finanziario, dell'articolo 146, paragrafi 1 e 2, dell'articolo 149, paragrafo 1, e dell'articolo 158, paragrafi 1 e 3, del regolamento di esecuzione nonché del capitolato d'oneri

41 La ricorrente fa valere che l'offerta della Marsh non è conforme ai requisiti previsti dal capitolato d'oneri. Infatti, gli assicuratori che partecipano a tale offerta non si sarebbero impegnati in solido all'esecuzione dell'appalto e non avrebbero, quindi, firmato l'accordo/procura richiesto dal capitolato d'oneri.

42 Tuttavia, la solidarietà sarebbe, nella fattispecie, una condizione essenziale dell'appalto pubblico e tale condizione inciderebbe sul prezzo dell'offerta. Infatti, se più assicuratori potessero scegliere di raggrupparsi per coprire, ciascuno per il rispettivo impegno, un rischio di portata pari a quella dell'appalto in questione, tale soluzione non garantirebbe che un intero sinistro sia pagato nella sua

integralità. È per questo motivo che la Commissione avrebbe imposto, nella fattispecie, la solidarietà nel capitolato d'oneri, il che costituirebbe una soluzione possibile, ma comporterebbe un costo supplementare notevole.

43 Consentendo alla Marsh di proporre un'offerta congiunta con un consorzio di assicuratori non tenuti in solido all'esecuzione dell'appalto, la Commissione avrebbe permesso a tale operatore di offrire un prezzo assai inferiore.

44 Così facendo, la Commissione avrebbe violato il principio della parità di trattamento, l'articolo 111, paragrafo 5, e l'articolo 113, paragrafo 1, del regolamento finanziario, l'articolo 146, paragrafi 1 e 2, e l'articolo 158, paragrafi 1 e 3, del regolamento di esecuzione nonché il capitolato d'oneri. Infine, aggiudicando l'appalto alla Marsh, la Commissione avrebbe altresì violato l'articolo 149, paragrafo 1, del regolamento di esecuzione.

45 Nella replica la ricorrente osserva di essere venuta a conoscenza, alla lettura del controricorso e dei documenti non riservati prodotti dalla Commissione, di elementi nuovi. Ne risulterebbe che, in realtà, la Marsh avrebbe depositato la sua offerta quale intermediario offerente unico e che tra la Commissione e la Marsh sarebbe intercorsa una fitta corrispondenza, dopo l'apertura delle offerte, riguardo alla condizione della solidarietà. La Commissione non avrebbe mai riferito tali fatti alla ricorrente, nonostante le ripetute richieste di quest'ultima. La ricorrente potrebbe quindi fondarsi su tali nuovi elementi.

46 In tale contesto, la ricorrente fa valere che la partecipazione della Marsh quale offerente unico è manifestamente illegittima e contraria al capitolato d'oneri. Inoltre, la Commissione, contrariamente alle sue affermazioni, avrebbe trattato l'offerta della Marsh come un'offerta congiunta. Infine, dato che l'offerta della Marsh poteva essere soltanto un'offerta congiunta, quest'ultima avrebbe dovuto contenere l'accordo/procura richiesto nell'allegato IV dell'invito a presentare offerte.

47 La Commissione contesta la posizione della ricorrente, che si fonderebbe su tre postulati inappropriati: in primo luogo, il postulato che l'offerta della Marsh sarebbe stata depositata in nome di un raggruppamento o di un consorzio; in secondo luogo, il postulato che tale offerta non avrebbe incluso il modello di accordo/procura in violazione del capitolato d'oneri; in terzo luogo, il postulato che gli assicuratori proposti dalla Marsh non si sarebbero impegnati in solido all'esecuzione dell'appalto, postulato che deriverebbe da un'errata interpretazione del capitolato d'oneri e da una scarsa conoscenza dell'offerta reale della Marsh nonché dello svolgimento della procedura d'appalto.

48 Per quanto attiene al primo postulato, la Commissione rileva che la Marsh ha presentato la sua offerta quale intermediario offerente unico e non come membro o capofila di un raggruppamento e che, coerentemente, è alla Marsh che è stato aggiudicato l'appalto in quanto offerente unico. Nessuna disposizione del capitolato d'oneri avrebbe impedito a un intermediario di presentare, quale offerente unico, un'offerta per il lotto n. 1 dell'appalto.

49 Per quanto riguarda il secondo postulato, la Commissione rileva che le disposizioni del capitolato d'oneri relative alle offerte congiunte, ivi compreso il modello di accordo/procura previsto dal questionario IES, non sarebbero applicabili in caso di offerta presentata da un offerente unico. La Marsh non sarebbe stata quindi tenuta a includere nella sua offerta l'accordo/procura firmato, come previsto per le offerte congiunte. La connessione tra la Marsh e la sua offerta sarebbe determinata dagli incarichi ricevuti da più assicuratori per l'esecuzione dell'appalto.

50 Quanto al terzo postulato, la Commissione sostiene di aver debitamente verificato, come emergerebbe dalla corrispondenza scambiata con la Marsh tra l'apertura delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto, che l'offerta della Marsh rispettava pienamente tutti gli obblighi derivanti dal capitolato d'oneri, tra i quali quello di cui al punto 5.1 delle specifiche tecniche di garantire che l'amministrazione aggiudicatrice sia totalmente assicurata (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del

contratto e quello derivante dal contratto preliminare relativo a un impegno in solido dei cofirmatari. Infatti, poiché l'oggetto del lotto n. 1 dell'appalto era un contratto diretto di assicurazione per gli immobili dell'amministrazione aggiudicatrice, le specifiche tecniche avrebbero previsto, in particolare, che, indipendentemente dalle modalità di presentazione delle offerte, ogni assicuratore coinvolto nell'esecuzione del contratto doveva necessariamente firmarlo in solido con gli altri eventuali assicuratori o con l'intermediario, al fine di garantire una copertura continua al 100% dell'amministrazione aggiudicatrice.

51 Gli argomenti della ricorrente relativi alle differenze di prezzo, a seconda che la solidarietà sia o non sia proposta, sarebbero quindi irrilevanti. Infatti, il contratto firmato conterrebbe effettivamente la clausola di solidarietà dei firmatari, la clausola sarebbe stata prevista sin dall'inizio, l'offerta della Marsh avrebbe dovuto, quindi, prendere necessariamente in considerazione i costi e i rischi inerenti a tale clausola e il prezzo dell'offerta non sarebbe stato mai modificato o rimesso in discussione dalla Marsh.

52 La Commissione fa valere che la Marsh ha depositato la sua offerta quale offerente unico e che non si trattava, pertanto, di un'offerta congiunta. L'offerta della Marsh sarebbe stata quindi trattata come proveniente da un offerente unico. Al momento dell'apertura delle offerte, la Commissione non avrebbe comunicato il nome degli assicuratori che figurava nell'offerta della Marsh. Le offerte sarebbero state analizzate in base ai criteri di esclusione e di selezione previsti nell'avviso di gara e conformemente alla procedura prevista. Poiché l'offerta della Marsh proveniva da un offerente unico, la Commissione avrebbe debitamente verificato che la Marsh rispondesse, di per sé, ai criteri di selezione.

53 Nella controreplica, la Commissione, riguardo all'argomento dedotto nella replica secondo il quale la partecipazione della Marsh quale offerente unico sarebbe stata manifestamente illegittima, fa valere che detto argomento si basa su un'interpretazione restrittiva ed errata del capitolato d'oneri e su un'interpretazione errata del diritto belga.

54 Mentre un'interpretazione restrittiva del capitolato d'oneri avrebbe dovuto sfociare nel rigetto delle due offerte, la Commissione avrebbe preferito un'interpretazione non restrittiva, che non si limitava alla forma giuridica in cui sarebbero stati strutturati i rapporti intermediario/assicuratore(i), purché le offerte garantissero il rispetto dell'appalto. La Commissione avrebbe quindi ritenuto che sia gli assicuratori che gli intermediari potessero partecipare alla gara d'appalto e niente impediva a un intermediario di concorrere quale offerente unico. In ogni caso, l'oggetto del contratto sarebbe stato la conclusione di un contratto diretto di assicurazione che avrebbe dovuto essere firmato da ciascun assicuratore, ciò che sarebbe stato fatto, del resto, nel contratto da ultimo firmato.

55 Per quanto riguarda l'interpretazione del diritto belga, la ricorrente applicherebbe in modo errato le disposizioni di tale diritto al caso di specie. La Marsh non avrebbe mai preteso di firmare singolarmente il contratto di assicurazione e la Commissione non avrebbe mai ritenuto che potesse ricorrere tale ipotesi. Sembrerebbe che la ricorrente intenda sostenere, erroneamente, che, essendosi presentata come assicuratore unico, la Marsh si sarebbe presentata come assicuratore che intendeva firmare singolarmente il contratto. La Commissione non avrebbe avuto alcun motivo per ritenere che l'offerta della Marsh fosse illegittima. Tale offerta non sarebbe illegittima sulla base del rilievo che un intermediario non potrebbe giustificare un minimo di 100 000 m^2 assicurati. Infatti, le informazioni richieste non escluderebbero di prendere in considerazione la stipulazione di polizze assicurative che comportano un minimo di 100 000 m^2 assicurati, per le società di assicurazione, e la prestazione di servizi di intermediazione che comportano un minimo di 100 000 m^2 assicurati, per gli intermediari. Infine, sarebbe stato logico che fosse verificata unicamente la capacità finanziaria ed economica della Marsh, trattandosi di un offerente unico. Infatti, sarebbe la Marsh, in tale veste, ad aver garantito la sostenibilità finanziaria della sua offerta. Si tratterebbe, del resto, dello stesso approccio seguito dalla ricorrente nel precedente contratto di assicurazione. In ogni caso, per evitare la mancanza di un rapporto contrattuale diretto tra la Commissione e gli assicuratori, il capitolato d'oneri avrebbe richiesto la firma del contratto di assicurazione da parte degli assicuratori.

56 Per quanto attiene al presunto trattamento dell'offerta della Marsh come offerta congiunta, tale argomento sarebbe illogico ed errato. Sarebbe dimostrato che la Marsh avrebbe presentato la sua offerta come offerente unico, che la Commissione avrebbe esaminato i criteri di esclusione e di selezione su tale base e che avrebbe aggiudicato il contratto al suddetto offerente unico. La Commissione non vede come la ricorrente possa affermare che essa ha trattato l'offerta della Marsh come offerta congiunta. Ad abundantiam, gli elementi menzionati dalla ricorrente non proverebbero il contrario.

57 Quanto all'argomento secondo il quale l'offerta della Marsh avrebbe dovuto contenere il modello di accordo/procura richiesto in caso di offerta congiunta, la Commissione sostiene che l'offerta della Marsh, proveniente da un offerente unico, non doveva contenere l'accordo/procura firmato.

– Sulla ricevibilità di taluni argomenti dedotti nella replica

58 Senza sollevare espressamente un'eccezione di irricevibilità, la Commissione ritiene tuttavia che, in seguito alla prova fornita dalla stessa Commissione secondo la quale il contratto firmato il 27 febbraio 2014 con la Marsh e con gli assicuratori stabiliva certamente la responsabilità in solido degli assicuratori, gli argomenti sviluppati dalla ricorrente nella replica vadano al di là del motivo unico iniziale quale definito nell'atto introduttivo del ricorso, ossia un motivo concernente «la condizione della solidarietà prevista dal capitolato d'oneri in caso di offerta congiunta con un consorzio di assicuratori».

59 Occorre rilevare che la ricorrente, nella replica, ha sviluppato alcuni nuovi argomenti riguardanti, essenzialmente, l'illegittimità della partecipazione della Marsh quale offerente unico e l'illegittimità del trattamento di tale offerta, da parte della Commissione, come offerta congiunta.

60 Tuttavia, come fa valere correttamente la ricorrente nella replica e senza che la Commissione opponga, del resto, alcuna obiezione circostanziata nella controreplica, tali nuovi argomenti derivano da informazioni di cui la ricorrente è venuta a conoscenza soltanto alla lettura del controricorso e dei documenti prodotti dalla Commissione su richiesta del Tribunale.

61 Pertanto, solo nel controricorso la ricorrente ha appreso che la Marsh aveva partecipato alla gara d'appalto non mediante un'offerta congiunta della Marsh e di sei assicuratori, bensì quale intermediario assicuratore unico che proponeva sei assicuratori. Solo alla lettura dei documenti prodotti dalla Commissione il 29 settembre 2014 (v. supra, punto 31) la ricorrente è venuta a conoscenza degli scambi di corrispondenza intercorsi successivamente all'apertura delle offerte, tra la Commissione e la Marsh, e in seguito tra la Commissione, la Marsh e l'AIG, sulla questione della solidarietà.

62 Ne consegue che, nei limiti in cui le considerazioni della Commissione possano essere interpretate nel senso che implicano un'eccezione di irricevibilità, ai sensi dell'articolo 84, paragrafo 1, del regolamento di procedura del Tribunale, contro i nuovi argomenti presentati dalla ricorrente nella replica, tale eccezione di irricevibilità è infondata.

– Sull'illegittimità della partecipazione della Marsh alla gara d'appalto quale intermediario offerente unico

63 Da un lato, conformemente all'articolo 102, paragrafo 1, del regolamento finanziario, tutti gli appalti pubblici finanziati interamente o parzialmente dal bilancio dell'Unione rispettano il principio della parità di trattamento e, ai sensi dell'articolo 146, paragrafo 1, del regolamento di esecuzione, le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono criteri di selezione chiari e non discriminatori. D'altro lato, conformemente all'articolo 102, paragrafo 2, del regolamento finanziario, tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si svolgono assicurando la più ampia concorrenza e, ai sensi

dell'articolo 111, paragrafi 1, 4 e 5, del medesimo regolamento, le modalità di presentazione delle offerte devono garantire una concorrenza reale, tutte le offerte dichiarate non conformi dalla commissione di apertura sono respinte e tutte le offerte dichiarate conformi sono valutate sulla base dei criteri indicati nei documenti dell'appalto. Infine, l'articolo 113, paragrafo 1, del medesimo regolamento dispone che l'ordinatore competente designa l'aggiudicatario dell'appalto, nel rispetto dei criteri di selezione e di aggiudicazione previamente fissati nei documenti della gara d'appalto e delle norme di aggiudicazione degli appalti.

64 Il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, che ha l'obiettivo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica dunque che queste ultime siano soggette alle stesse condizioni per tutti i partecipanti alla gara (sentenze del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a., C-470/99, Racc., EU:C:2002:746, punto 93, e del 12 marzo 2008, Evropaïki Dynamiki/Commissione, T-345/03, Racc., EU:T:2008:67, punto 143).

65 Gli offerenti devono trovarsi quindi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 18 ottobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, Racc., EU:C:2001:553, punto 34 e giurisprudenza ivi citata). L'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vigilare su ciascuna fase del procedimento affinché siano rispettate la parità di trattamento e, di conseguenza, le pari opportunità per tutti gli offerenti (v., in tal senso, sentenze del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Racc., EU:C:2004:236, punto 108; del 24 febbraio 2000, ADT Projekt/Commissione, T-145/98, Racc., EU:T:2000:54, punto 164; del 17 marzo 2005, AFCon Management Consultants e a./Commissione, T-160/03, Racc., EU:T:2005:107, punto 75, e del 22 maggio 2012, Evropaïki Dynamiki/Commissione, T-17/09, EU:T:2012:243, punto 65).

66 È alla luce delle considerazioni che precedono che occorre esaminare la prima parte del motivo di annullamento unico, vertente sull'illegittimità della partecipazione della Marsh alla gara d'appalto come intermediario offerente unico.

67 Per quanto riguarda, tenuto conto dei termini del bando di gara in questione, la possibilità per un intermediario di partecipare a tale gara in qualità di offerente unico, tale possibilità risulta contraddetta dai suddetti termini.

68 In primo luogo, il termine «intermediario» risulta in effetti in alcuni passaggi del bando di gara (nella sezione III.2.3 dell'avviso di gara relativa alla capacità tecnica, nell'allegato dell'invito a presentare offerte relativo alle specifiche tecniche quale condizione di partecipazione e nelle rubriche relative alle informazioni che devono essere fornite ai fini dell'approvazione). Tuttavia, tali passaggi sono quantomeno comuni alle offerte presentate da un offerente unico e alle offerte congiunte.

69 Oltre a tali riferimenti contenuti nei suddetti passaggi, comuni alle offerte presentate da un offerente unico e alle offerte congiunte, il termine «intermediario» risulta espressamente utilizzato solo nel contesto delle offerte congiunte (all'articolo 5.1 delle specifiche tecniche, relativo alla firma del contratto di assicurazione, nel questionario riguardante le offerte congiunte contenuto nell'allegato IV dell'invito a presentare offerte e nel modello di accordo/procura contenuto nel medesimo allegato).

70 Pertanto, anche se i termini del bando di gara relativi alle offerte presentate da un offerente unico non escludono espressamente il termine «intermediario», è anche vero che non lo prevedono. La presenza di detto termine nelle parti del bando di gara comuni alle offerte presentate da un offerente unico e alle offerte congiunte si spiega più agevolmente con il fatto che l'intermediario è espressamente previsto per essere un offerente nell'ambito di un'offerta congiunta che con il fatto che esso possa essere un offerente unico.

71 In secondo luogo, si può ragionevolmente rimettere in discussione l'affermazione della Commissione, secondo la quale nessuna disposizione del capitolato d'oneri ostava a che un intermediario presentasse un'offerta per il lotto n. 1 quale intermediario unico.

72 Innanzi tutto, dal primo trattino del punto 5 dell'invito a presentare offerte, intitolato «Seguito dato alla presentazione delle offerte» emerge che «il presente invito a proporre offerte non costituisce un impegno da parte della Commissione» e che «[q]uest'ultimo sorge solo alla firma del contratto con l'aggiudicatario prescelto». Parimenti, nel primo paragrafo della terza pagina della decisione impugnata è contenuta la dicitura «nel caso in cui il contratto non possa essere concluso con l'aggiudicatario».

73 Nella fattispecie e come emerge dal fascicolo e dalle affermazioni della stessa Commissione, l'«aggiudicatario» prescelto è solo la Marsh, ad esclusione di qualsiasi altra persona.

74 Orbene, come sottolinea la stessa Commissione negli scambi di corrispondenza intercorsi con la Marsh, datati 18 dicembre 2013 e 12 febbraio 2014, un intermediario non può essere l'unico firmatario del contratto di servizi in questione.

75 Inoltre, secondo l'articolo 5.1 delle specifiche tecniche, nel caso in cui il contratto debba essere firmato da più assicuratori in solido, sono contemplati solo tre casi di presentazione di offerte, di cui uno soltanto prevede la presenza di un intermediario. Orbene, quest'ultima situazione è descritta come corrispondente ai «casi di presentazione di offerte da parte di più assicuratori in solido, che agiscono in consorzio, rappresentati da un intermediario». Pertanto, la presenza di un intermediario è prevista soltanto in caso di offerte congiunte.

76 Alla luce di quanto precede, occorre concludere che, contrariamente agli argomenti della Commissione, dall'analisi dei termini del capitolato d'oneri emerge non solo che la situazione in cui un intermediario presenta un'offerta quale offerente unico non era prevista, ma addirittura che tale situazione poteva anche ritenersi esclusa.

77 La stessa Commissione ammette, del resto, che l'ipotesi della presentazione di offerte da parte di un intermediario offerente unico non era formalmente prevista nel capitolato d'oneri. Tuttavia, essa fa valere che, animata dall'intento di aprire l'appalto alla più ampia concorrenza possibile, avrebbe ritenuto che il capitolato d'oneri non dovesse essere interpretato nel senso che escludeva l'offerta di un intermediario offerente unico che avesse ricevuto incarichi da parte di più assicuratori che si impegnavano a firmare e ad eseguire il contratto in caso di aggiudicazione. Essa avrebbe anche preso in considerazione, in tale contesto, l'articolo 121, paragrafo 5, secondo comma, del regolamento di esecuzione.

78 Per quanto riguarda il riferimento all'articolo 121, paragrafo 5, secondo comma, del regolamento di esecuzione, occorre rilevare che tale disposizione si applica al caso di un'offerta da parte di un raggruppamento di operatori economici. Tale disposizione precisa che l'amministrazione aggiudicatrice non può esigere una forma giuridica determinata per tale raggruppamento. Nella fattispecie, tuttavia, non si trattava della presentazione di un'offerta da parte di un raggruppamento di operatori economici, bensì di un intermediario offerente unico, unico aggiudicatario dell'appalto pubblico.

79 Quanto all'interpretazione del capitolato d'oneri, rivendicata dalla Commissione, nel senso che non si escludono gli intermediari offerenti unici, tale interpretazione è non solo contraddetta dalle disposizioni di detto capitolato d'oneri, ma anche dalla struttura del sistema.

80 Infatti, la presentazione di un'offerta da parte di un intermediario offerente unico, ritenuta possibile dalla Commissione, comporta conseguenze diverse, in termini di verifica della conformità dell'offerta, da quelle derivanti da un'offerta presentata da una società di assicurazioni che agisce quale offerente

unico. Tuttavia, in entrambi i casi, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a garantire che l'offerta sia conforme al capitolato d'oneri. Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice deve trovarsi in una situazione tale da poter assolvere tale compito.

81 Dal punto 3.4 dell'invito a presentare offerte risulta che la valutazione delle offerte doveva essere effettuata in tre fasi e che solo le offerte rispondenti ai requisiti di ciascuna fase di valutazione potevano essere ammesse alla fase successiva. L'obiettivo della prima e della seconda fase era la verifica, rispettivamente, dei criteri di esclusione e dei criteri di selezione degli offerenti. La valutazione delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto rientravano nella terza fase.

82 Per quanto riguarda, più in particolare, la seconda fase della valutazione relativa alla verifica dei criteri di selezione, dal punto 3.4.2 dell'invito a presentare offerte emerge che il comitato di valutazione è indotto a verificare che gli offerenti dispongano di capacità sufficienti, economiche e finanziarie, da un lato, tecniche e professionali, dall'altro. Al riguardo, occorre ricordare che, nel controricorso, la Commissione ha espressamente rilevato di aver debitamente verificato che l'offerta della Marsh rispondesse di per sé ai criteri di selezione della gara d'appalto, il che sembra altresì emergere dalla griglia di valutazione dei criteri di selezione allegata al verbale di valutazione delle offerte del 13 gennaio 2014.

83 Orbene, per quanto attiene alla verifica della capacità economica e finanziaria, occorre rilevare che, in caso di offerta congiunta, le disposizioni della sezione 4 dell'allegato IV dell'invito a presentare offerte prevedono che le informazioni debbano essere fornite, per ciascun membro, singolarmente.

84 Tale requisito consente di assicurarsi della solidità delle società di assicurazione, quelle che, alla fine, garantiscono contro il rischio. Dato tale requisito, non è possibile per l'intermediario – previsto espressamente come offerente potenziale nell'ambito di un'offerta congiunta – fornire unicamente le informazioni relative alla propria capacità economica e finanziaria. Infatti, occorre evitare che il comitato di valutazione si concentri soltanto sulla solidità di un intermediario che non garantisce contro il rischio coperto.

85 Per contro, nel caso di un'offerta presentata da un offerente unico, le stesse disposizioni della sezione 4 dell'allegato IV dell'invito a presentare offerte prevedono soltanto che la valutazione riguardi la capacità economica e finanziaria dell'offerente. Orbene, nell'ipotesi (propugnata dalla Commissione) dell'ammissione di un intermediario quale offerente unico, ciò consentirebbe – come è avvenuto, del resto, nella fattispecie – di limitare la valutazione unicamente alle informazioni relative a tale intermediario. La solidità finanziaria delle società di assicurazione che saranno tuttavia incaricate, in concreto, di garantire contro il rischio non sarà inclusa, de iure, nella verifica dell'offerta.

86 Tale constatazione non viene rimessa in discussione dall'articolo 147, paragrafo 3, del regolamento di esecuzione. Secondo tale disposizione, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi e, in tal caso, deve provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, ad esempio presentando l'impegno di tali soggetti di mettere a sua disposizione le risorse in questione. Infatti, tale disposizione è applicabile solo se l'offerente intende far valere le capacità di altri soggetti.

87 Orbene, nella fattispecie, la Commissione ha chiaramente indicato che la verifica dei criteri di selezione, tra i quali rientra la capacità economica e finanziaria, era stata effettuata esclusivamente con riferimento alla situazione della Marsh.

88 Infatti, tale indicazione, suffragata dagli elementi contenuti nel fascicolo, è stata chiaramente fornita, anzitutto, nel procedimento sommario (v., in tal senso, ordinanza Vanbreda Risk & Benefits/Commissione, supra al punto 33, EU:T:2014:1024, punto 72), non rimessa in discussione su tale punto nell'ambito dell'impugnazione proposta dalla Commissione (v. supra, punto 36, in fine) e

decisa con l'ordinanza Commissione/Vanbreda Risk & Benefits, cit. supra al punto 39 (EU:C:2015:275). La Commissione ha quindi confermato che era stata verificata soltanto la capacità economica e finanziaria della Marsh, e non quella delle società di assicurazione mandatarie. Essa ha precisato di aver tentato, con tale gara d'appalto, di concludere un contratto con alcuni assicuratori senza dover tuttavia verificare la loro capacità economica e finanziaria. Tale approccio rientrerebbe in una scelta consapevole di non procedere a un esame economico non esigendo prove al riguardo, ma di adottare una posizione più giuridica, essendo richiesto l'impegno dell'offerente riguardo all'obbligo di soddisfare tale criterio.

89 Nella controreplica del presente ricorso, la Commissione ha nuovamente confermato che solo la capacità economica e finanziaria della Marsh, ma non quella degli assicuratori proposti dalla Marsh, doveva essere verificata nell'ambito della procedura di appalto.

90 Tuttavia, è sufficiente rilevare che tale approccio della Commissione e i chiarimenti forniti sono contraddetti dai termini e dalla logica stessi del capitolato d'oneri. Infatti, nell'ambito di offerte congiunte per le quali è espressamente prevista la presenza di un intermediario, il capitolato d'oneri richiede i documenti comprovanti la capacità economica e finanziaria di ogni singolo membro, ivi compresa, quindi, la capacità della o delle società di assicurazione che partecipano all'offerta congiunta. Se la volontà iniziale della Commissione fosse stata realmente di limitarsi alla verifica della capacità economica e finanziaria degli intermediari, essa non avrebbe richiesto, nell'ambito di un'offerta congiunta presentata con l'intermediario, la produzione di documenti relativi alla capacità economica e finanziaria di ciascun membro. Inoltre, se una società di assicurazioni avesse presentato un'offerta quale offerente unico, sarebbe stata verificata la sua capacità economica e finanziaria. Pertanto, la capacità economica e finanziaria dell'entità che garantisce contro il rischio non sarebbe stata verificata solo nel caso in cui un intermediario avesse presentato un'offerta quale offerente unico. Ciò non rispetta né la struttura del sistema nel suo insieme né la parità di trattamento degli offerenti.

91 Infine, con riferimento ai termini del bando di gara (v. punto II.1.5 dell'avviso di gara, punto 2 delle specifiche tecniche e articolo I.1.1 del contratto preliminare di servizi), l'oggetto di tale bando consisteva nella conclusione di un contratto di assicurazione. Nella lettera del 18 dicembre 2013 la Commissione ha confermato che si trattava di un contratto diretto di assicurazione. Orbene, si deve constatare che, pur perseguendo siffatto obiettivo, la Commissione si è limitata a verificare la capacità economica e finanziaria dell'intermediaria Marsh, senza esaminare quella degli assicuratori proposti da quest'ultima. Sebbene tale posizione possa trovare una spiegazione nell'ambito di una gara d'appalto organizzata ai fini della conclusione di un contratto di mediazione, quest'ultima risulta non conforme nell'ambito di una gara d'appalto relativa a un contratto di assicurazione, tenuto conto, in particolare, dell'obiettivo di tutela degli interessi finanziari dell'Unione perseguito dal regolamento finanziario.

92 Quanto alle considerazioni della Commissione relative all'approccio che sarebbe stato seguito nella procedura di appalto precedente alla procedura di appalto e al contratto di assicurazione oggetto della presente controversia, esse sono irrilevanti ai fini della valutazione della legittimità della decisione impugnata.

93 Dalle considerazioni che precedono emerge che l'ammissione di un intermediario a partecipare alla gara d'appalto quale offerente unico è contraria sia alle disposizioni del bando di gara che alla struttura del sistema istituito da quest'ultimo. Le considerazioni dedotte dalla Commissione, relative all'obiettivo, che essa avrebbe perseguito, di mantenere un elevato livello di concorrenza nella partecipazione alla gara d'appalto controversa non sono assolutamente tali da giustificare l'inosservanza delle disposizioni del bando di gara.

94 Inoltre, dagli elementi contenuti nel fascicolo emerge che una delle condizioni essenziali della gara d'appalto consisteva nell'impegno, da parte dell'assicuratore o degli assicuratori, a garantire che l'amministrazione aggiudicatrice beneficiasse di una copertura al 100% dei rischi previsti nel capitolato d'oneri.

95 Secondo la Commissione, nell'ipotesi – a suo avviso accettabile – di un intermediario offerente unico, sarebbe spettato a quest'ultimo organizzare le modalità pratiche di esecuzione del contratto. Tale approccio avrebbe comportato, per la Commissione, di verificare se la condizione della copertura menzionata supra al punto 94 fosse soddisfatta solo orientando tale verifica unicamente sul risultato e non sul modo in cui quest'ultimo era conseguito.

96 Nella fattispecie, al momento del deposito della sua offerta, la Marsh ha presentato una ripartizione dei rischi tra le società di assicurazione per conseguire l'obiettivo di una copertura al 100%. Con lettera del 14 febbraio 2014, la Marsh ha informato la Commissione che uno degli assicuratori che doveva partecipare alla sua offerta, l'AIG, aveva rifiutato di firmare il contratto. In seguito a tale defezione, la Marsh ha proposto una nuova ripartizione di tali rischi, senza modificare il prezzo complessivo dell'offerta accettata, che implicava che il recupero della quota di intervento dell'AIG sarebbe stata effettuata, da un lato, aumentando le quote di intervento delle società di assicurazione rimanenti e, dall'altro, assegnando un parte di tale quota a due nuove società di assicurazione che non figuravano tra quelle inizialmente menzionate nell'offerta della Marsh.

97 Pertanto, nel momento in cui la Marsh ha dovuto, da un lato, rinegoziare l'aumento della quota delle società di assicurazione che le avevano conferito l'incarico e, dall'altro, negoziare la partecipazione di due nuovi assicuratori, non solo l'offerta concorrente era conosciuta, ma la certezza dell'aggiudicazione dell'appalto alla Marsh era acquisita. Orbene, se, all'epoca della formulazione dell'offerta iniziale e, quindi, senza sapere che l'appalto sarebbe stato loro aggiudicato, le società di assicurazione, mandanti della Marsh, avessero dovuto assumere quote più elevate, che indicavano assunzioni di rischio più rilevanti da parte loro, è verosimile che avrebbero richiesto, con ogni probabilità dal punto di vista economico, come contropartita, un aumento della loro remunerazione. Ciò avrebbe potuto condurre, pertanto, a un aumento del prezzo dell'offerta. Parimenti, anche la negoziazione della partecipazione di due nuovi assicuratori a un'offerta, in un momento in cui non sarebbero stati noti né il prezzo dell'offerta concorrente né la certezza di aggiudicarsi l'appalto, sarebbe stata tale da condurre a un risultato diverso in grado di incidere potenzialmente al rialzo sul prezzo totale dell'offerta proposta dalla Marsh. Per contro, nella fattispecie, queste due nuove società di assicurazione potevano conoscere esattamente la remunerazione massima che potevano ottenere nel momento in cui hanno prestato il loro consenso alla Marsh.

98 Pertanto, sebbene il prezzo totale dell'offerta accettata non sia stato effettivamente modificato per la Commissione, le condizioni di negoziazione tra l'offerente e le società di assicurazione sono state indubbiamente modificate.

99 Dalle considerazioni che precedono risulta che l'ammissione di un intermediario a partecipare alla gara d'appalto quale offerente unico incaricato da società di assicurazione, in primo luogo, rende illusoria la verifica da parte del comitato di valutazione dei vantaggi di un'offerta rispetto alle condizioni stabilite dal capitolato d'oneri, in secondo luogo, consente a detto intermediario di beneficiare, eventualmente, di un vantaggio concorrenziale sugli altri offerenti e, in terzo luogo, comporta una disparità di trattamento a favore dell'intermediario offerente unico rispetto, in particolare, a un concorrente che deposita un'offerta congiunta con uno o più assicuratori.

100 L'interpretazione del capitolato d'oneri da parte della Commissione nel senso che non si escludono gli intermediari offerenti unici è, quindi, non solo contraddetta dalle disposizioni del bando di gara, ma anche dalla struttura del sistema. La ricorrente ha quindi correttamente sostenuto che la partecipazione della Marsh alla gara d'appalto quale intermediario offerente unico era illegittima.

101 Al di là di tale constatazione, tratta dai termini e dalla logica del bando di gara, occorre esaminare se, nella fattispecie e come rileva la ricorrente nella replica, la Commissione non abbia, inoltre, violato la parità di trattamento in occasione dei suoi scambi di corrispondenza con la Marsh successivamente all'apertura delle offerte.

– Sulla violazione della parità di trattamento in occasione degli scambi di corrispondenza tra la Commissione e la Marsh successivamente all'apertura delle offerte

102 Dalla giurisprudenza menzionata supra ai punti 64 e 65 risulta che l'amministrazione aggiudicatrice deve trattare allo stesso modo tutti gli offerenti e deve procedere, a tal fine, alla verifica della conformità delle offerte alle condizioni dell'appalto. L'amministrazione aggiudicatrice non può accettare un'offerta e firmare un contratto se ha, o dovrebbe ragionevolmente avere, motivo di ritenere che l'offerta dalla stessa esaminata o già accettata non sia conforme alle condizioni dell'appalto.

103 In tale contesto, occorre esaminare gli scambi di corrispondenza tra la Marsh e la Commissione, quali risultano dal fascicolo e, in particolare, dagli elementi prodotti dalla Commissione in risposta alla misura di organizzazione del procedimento dell'11 settembre 2014.

104 Il 25 ottobre 2013 la Marsh ha depositato la sua offerta presso la Commissione quale intermediario offerente unico.

105 Tale offerta conteneva le dichiarazioni giurate di sei assicuratori, nelle quali ogni assicuratore accettava il contenuto dell'offerta della Marsh, annunciava la propria quota di impegno di copertura assicurativa per l'appalto e precisava che si sarebbe conformata a tutti i termini delle specifiche dell'appalto, «per la rispettiva parte». Una di tali dichiarazioni – resa dell'AIG – conteneva la seguente dicitura manoscritta:

«Fatta eccezione per la clausola di solidarietà (…). Non accettiamo tale clausola» [«except concerning the solidarity clause (allegato IV, pag. 9, punto 1). We do not accept this clause»].

106 Nella parte tecnica della sua offerta, la Marsh precisava che, poiché essa stessa (intermediario offerente) e gli assicuratori che proponeva «[n]on erano costituiti in un raggruppamento né in un rapporto di subappalto, talune modalità previste nell'allegato IV [dell'invito a presentare offerte] come la responsabilità solidale degli assicuratori, [non erano] applicabili al presente appalto».

107 Con telefax del 13 novembre 2013, la Commissione ha confermato la ricezione dell'offerta della Marsh. In detto telefax la Commissione non ha formulato né osservazioni né domande riguardo ai documenti e ai riferimenti contenuti nell'offerta della Marsh relativi alla natura dell'impegno degli assicuratori.

108 La Commissione ha soltanto segnalato alla Marsh che la sua offerta non era (ma per altri aspetti) corredata di tutti i documenti e di tutte le informazioni necessarie (capacità tecnica, riferimenti ad assicurazioni e a superfici assicurate precedenti). La Marsh ha fornito le informazioni richieste, con telefax del 15 e del 18 novembre 2013.

109 Con telefax del 27 novembre 2013, la Commissione ha comunicato alla Marsh che la sua offerta necessitava di informazioni supplementari.

110 Nel suddetto telefax la Commissione ha rilevato che «l'amministrazione aggiudicatrice ha osservato che [la sezione] 3 dell'allegato IV dell'invito a presentare offerte [non era] applicabile in quanto non [si trattava] di un'offerta congiunta né di un'offerta presentata da un raggruppamento di imprese».

111 La Commissione ha precisato che l'amministrazione aggiudicatrice aveva preso atto della circostanza che l'offerta della Marsh proponeva una copertura al 100% dei rischi garantiti, ma che era stata rilevata un'incongruenza a livello delle quote di intervento di due assicuratori. Ai fini della rettifica di tale incongruenza, la Commissione chiedeva alla Marsh di far pervenire gli incarichi rettificati, controfirmati dai diversi assicuratori, che indicavano la partecipazione di ciascuno.

112 In occasione di tale correzione – e con una più diretta rilevanza ai fini della presente controversia –, la Commissione ha chiesto alla Marsh di «confermare che i rischi da assicurare [sarebbero stati] coperti al 100% sotto la responsabilità in solido di tutti gli assicuratori coinvolti conformemente all'ultimo paragrafo della pagina 1 del contratto preliminare».

113 Con telefax del 28 novembre 2013, la Marsh ha risposto che «auspica[va] una precisazione su ciò che intende[va] il contratto quadro preliminare con l'espressione *responsabilità in solido di tutti gli assicuratori coinvolti*» (il corsivo è della Marsh).

114 La Marsh ha rilevato che, «tenendo conto delle prassi assicurative in caso di offerte che comportavano la presenza di un coassicuratore delegatario e dei coassicuratori, [essa intende] tale nozione nel senso che tutti i coassicuratori designati autorizzano il coassicuratore delegatario ad agire in loro nome per tutte le operazioni relative al contratto». La Marsh ha precisato che «detta nozione comprende, tra l'altro, le dichiarazioni, le modifiche, le notifiche dei sinistri, la negoziazione, la regolamentazione e la liquidazione del sinistro e le relative spese, qualsiasi azione legale e l'esercizio di qualsiasi diritto di surrogazione e di ricorso» e che «[r]esta altresì inteso che tutti i coassicuratori si atterrano automaticamente e definitivamente a qualsiasi decisione o azione intrapresa dal coassicuratore delegatario che comporti in tal modo il consenso unanime di tutti gli assicuratori del contratto». La Marsh ha quindi chiesto alla Commissione di confermarle che tale modo di intendere la nozione era corretto.

115 Con telefax del 2 dicembre 2013, la Commissione ha dichiarato che «intende[va] fornire le seguenti precisazioni per rispondere ai quesiti» della Marsh, e vi ha provveduto nei seguenti termini:

«Innanzi tutto, occorre ricordare che il futuro contraente sarà vincolato da un obbligo di risultato consistente nel fornire un'assicurazione conformemente alle disposizioni del capitolato d'oneri (copertura al 100%) senza interruzioni e per tutta la durata del contratto.

In tale contesto, incombe all'offerente organizzare le modalità pratiche di esecuzione del contratto, che potrebbero includere in particolare i mezzi descritti nella vostra lettera.

Per quanto riguarda la nozione di solidarietà, vi rimando alla definizione ripresa all'articolo 5.1 delle specifiche tecniche (v. infra).

Come potete constatare, tale articolo non impone obblighi particolari in materia di modalità di esecuzione e di gestione del contratto da parte dei coassicuratori delegatari, degli intermediari o dei coassicuratori.

*"**5.1 Disposizioni generali** L'esecuzione del contratto avrà inizio alla data di entrata in vigore dello stesso conformemente all'articolo 1.2.1 del contratto preliminare. Nei casi di presentazione di offerte da parte di più assicuratori in solido che agiscono in consorzio o da parte di più assicuratori che agiscono in consorzio e sono rappresentati da un coassicuratore delegatario in solido, in caso di aggiudicazione, il contratto sarà firmato da ciascun assicuratore. In tale ipotesi, l'offerente garantisce che l'amministrazione aggiudicatrice sia pienamente garantita (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del contratto; restando inteso che nel caso in cui l'offerente sia un coassicuratore delegatario, quest'ultimo fungerà da punto di contatto per l'amministrazione aggiudicatrice e da gestore del contratto durante la sua esecuzione. **Nei casi di offerta da parte di più assicuratori in solido, che agiscono in consorzio, rappresentati da un intermediario, in caso di aggiudicazione, il contratto sarà firmato congiuntamente da ciascun assicuratore e dall'intermediario**. In tale ipotesi, l'assicuratore o gli assicuratori si impegnano altresì a garantire che l'amministrazione aggiudicatrice sia pienamente garantita (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del contratto. In tal caso, l'intermediario fungerà da punto di contatto per l'amministrazione aggiudicatrice*

e da gestore del contratto durante la sua esecuzione. L'intermediario sarà remunerato direttamente dall'assicuratore o dagli assicuratori. L'intermediario potrà ricevere il pagamento dei premi e fungere da intermediario nel rimborso dei sinistri".

Tenuto conto di quanto precede, vi invito a confermare il rispetto della clausola di solidarietà come definita supra e nella prima pagina del contratto quadro preliminare» (il grassetto e il corsivo sono della Commissione).

116 Con messaggio di posta elettronica del 6 dicembre 2013, la Marsh ha osservato di non avere «purtroppo (…), in tale fase, sempre la certezza di comprendere esattamente l'impegno che [la Commissione le] chiedeva di produrre», relativo alla questione della responsabilità solidale degli assicuratori.

117 La Marsh ha aggiunto che «la questione era troppo importante per non prendere il tempo necessario a una perfetta comprensione – da una parte e dall'altra – delle disposizioni contrattuali alle quali [essa doveva] conformarsi». La Marsh ha richiesto un colloquio per «discutere circa [la] reciproca comprensione di tale clausola di solidarietà», precisando che tale colloquio «[sarebbe stato] immediatamente seguito dalla [sua] risposta definitiva (…) riguardo a tale impegno e [le] [avrebbe consentito] indubbiamente di chiarire le nozioni che [le] impedi[vano] al momento di fornire una risposta [alla Commissione]».

118 La Marsh ha proseguito formulando le seguenti considerazioni:

«Citiamo a titolo informativo, come già precisato nella nostra domanda del 28 novembre 2013, il fatto che la Marsh ha presentato la sua offerta singolarmente quale intermediario, senza raggruppamento, consorzio né offerta congiunta con uno o più assicuratori (che non erano essi stessi costituiti in un raggruppamento). Tale principio, riconosciuto nel suo fax del 27 novembre 2013, non è rinvenibile nell'articolo 5.1 delle modalità di esecuzione del contratto, al quale lei fa riferimento nel suo ultimo fax (nessuno dei due casi descritti corrisponde alla realtà della nostra offerta), mentre la presente gara d'appalto è senz'altro aperta agli assicuratori e agli intermediari.

La presentazione di un'offerta da parte della Marsh come offerente unico, sostenuta dagli impegni degli assicuratori per una copertura al 100%, non richiede e non si identifica, a nostro avviso, con un raggruppamento ai sensi dell'articolo 5.1, in quanto quest'ultimo richiede un'offerta unitaria di tutti i membri del raggruppamento che divengono quindi, tutti insieme, offerenti mediante l'assunzione di impegni in solido.

Tale distinzione, a nostro parere, incide sulla necessità di dover confermare o meno l'impegno di solidarietà da parte degli assicuratori.

Desideriamo inoltre comprendere meglio se la Marsh, offerente unico, venga considerata come contraente (unico?), considerato che la definizione di contraente rinvia alla "società o [al]l'impresa di assicurazioni presso la quale il contratto è sottoscritto (…)". Oppure, a contrario, può ritenere che l'offerente (unico) non sia anche contraente (poiché è un intermediario), il che risulta assai più complesso dal punto di vista giuridico?

Infine, ritornando a tale nozione di responsabilità solidale, cosa prevede quest'ultima precisamente, considerato, ad esempio, che secondo l'articolo 47 della legge di controllo del 9 luglio 1979 (come modificata) (legge di attuazione delle direttive europee), la [Financial Services and Markets Authority] può imporre in ogni caso misure di risanamento che incidono sul diritto dei terzi (i creditori di un assicuratore)? Considerando la situazione finanziaria di un assicuratore belga, la [Financial Services and Markets Authority] potrebbe imporre misure di risanamento che incidono, ad esempio, sull'impegno di solidarietà in quanto un impegno di solidarietà pregiudicherebbe gli impegni ordinari e propri dell'assicuratore».

119 Con telefax del 18 dicembre 2013, la Commissione ha risposto che l'organizzazione della riunione richiesta non era possibile in quanto detto tipo di contatto non era autorizzato e ha precisato che, «quanto [ai] quesiti [della Marsh] in materia di responsabilità solidale (…), poteva fornire i seguenti chiarimenti»:

«Occorre ricordare che l'oggetto della presente gara d'appalto è la conclusione di contratti di assicurazione per ciascun lotto dell'appalto, secondo le modalità previste nei documenti di gara. Si tratta di contratti diretti di assicurazione che devono coprire i beni o le responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici a decorrere dalla loro firma, senza che si proceda, successivamente, alla firma di una polizza di assicurazione. A tale titolo, l'articolo 5.1 delle Specifiche tecniche prevede che "l'esecuzione del contratto avrà inizio alla data di entrata in vigore dello stesso conformemente all'articolo 1.2.1 del contratto preliminare".

Orbene, richiedere a un intermediario unico la firma di un contratto di assicurazione in nome proprio senza l'impegno in solido delle società di assicurazione eccederebbe la portata degli impegni che un intermediario può legittimamente assumere. È per questo motivo che una simile situazione non è prevista nel presente appalto.

Per tale motivo i documenti di gara prevedono che i contratti siano firmati obbligatoriamente dalle società di assicurazione ed eventualmente dall'intermediario, secondo le modalità previste al punto 5.1 delle Specifiche tecniche. In tal caso, la responsabilità dei firmatari del contratto sarà una responsabilità in solido come previsto nel modello di contratto allegato al capitolato d'oneri.

Come è già stato precisato nel nostro fax del 27 novembre 2013, spetta all'offerente organizzare le modalità pratiche di esecuzione del contratto, nonché la ripartizione dei compiti tra le varie società di assicurazione per garantire la corretta esecuzione del contratto. Pertanto, il futuro contraente o i futuri contraenti sono soggetti a un obbligo di risultato che consiste nel fornire un servizio di assicurazione conformemente alle disposizioni del capitolato d'oneri (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del contratto. In tale contesto, la solidarietà rappresenta una garanzia aggiuntiva per le amministrazioni aggiudicatrici in caso di esecuzione non corretta del contratto, senza che ciò abbia come conseguenza l'imposizione ai firmatari del contratto di altri obblighi quanto alla sua esecuzione.

Tenuto conto di quanto precede, vi invito a confermare il rispetto della clausola di solidarietà come definita nei documenti di gara, e in particolare nella prima pagina del contratto quadro preliminare, e chiarita supra.

Peraltro, osservo che nella vostra lettera precisate di disporre di incarichi da parte degli assicuratori che confermano la copertura al 100%. Vi invito cortesemente a farci pervenire i suddetti mandati».

120 Con telefax del 24 dicembre 2013, la Marsh ha risposto quanto segue:

«Tenuto conto degli elementi chiarificatori contenuti in tale fax, riguardanti in particolare la garanzia aggiuntiva rappresentata, per le amministrazioni aggiudicatrici, dalla solidarietà in caso di esecuzione non corretta del contratto, senza che ciò abbia come conseguenza l'imposizione ai firmatari del contratto di altri obblighi quanto alla sua esecuzione, le confermiamo con la presente una copertura al 100%.

A tale titolo, accludiamo in allegato gli incarichi firmati dagli assicuratori che confermano, congiuntamente, la copertura al 100%, ciascuno per la propria parte. La "sovrapposizione" dei sei incarichi firmati è certo una conferma della copertura al 100% per tutta la durata del contratto.

In tale struttura (ricordiamo, identica a quella in atto nell'ambito dell'attuale contratto interistituzionale), la Marsh presenta quindi un'offerta composta da 6 assicuratori la cui partecipazione assume la forma di coassicurazione entro gli schemi che abbiamo chiaramente definito nei modelli contenuti negli incarichi firmati.

Tali assicuratori non sono costituiti in raggruppamento con la Marsh, come non lo sono tra loro, circostanza che è stata anch'essa precisata.

Non essendo costituiti in raggruppamento, gli assicuratori dichiarano di rispettare tutti i termini dell'appalto, per la parte del contratto che essi eseguiranno ("I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform").

Tali dichiarazioni ci sembrano rispondenti alle richieste di garanzia delle amministrazioni aggiudicatrici riguardo alla corretta esecuzione del contratto, ma ci rammarichiamo tuttavia del fatto che, nonostante i tentativi reciproci di comprendere e di chiarire, ciò non ci consente di essere del tutto convinti di rispondere, in tal modo, ai requisiti stabiliti dal contratto, in quanto la solidarietà congiunta e solidale, nell'accezione che forse voi intendete attribuirle, non è riconosciuta dagli assicuratori. Essa potrebbe infatti implicare che ciascun assicuratore debba impegnarsi non già sulla parte del contratto che eseguirà, bensì sino al 100% dello stesso, il che è contrario al principio di coassicurazione, in quanto la copertura deve essere garantita al 100%, e non al 600%.

Al fine di conseguire l'obiettivo da voi previsto imponendo un impegno in solido tra assicuratori, teniamo a confermarle che è stato chiesto a ciascun assicuratore ed è stato accettato da ciascun assicuratore di impegnarsi all'esecuzione della sua partecipazione al 100%. Pertanto, non dovete fare appello, né in fatto né in diritto, alla solidarietà.

La ringraziamo anticipatamente per il suo chiarimento finale su tale punto».

121 Con telefax dell'8 gennaio 2014, la Commissione ha ringraziato la ricorrente per i chiarimenti e gli elementi forniti nella lettera del 24 dicembre 2013 e ha chiesto, nei seguenti termini, le seguenti precisazioni:

«D'altro canto, come precisato in precedenza, l'impegno da parte della vostra società e delle società di assicurazione, i cui incarichi sono stati forniti unitamente alla vostra offerta, dovrà essere stabilito con la firma del contratto di assicurazione allegato al capitolato d'oneri.

Il fatto che l'offerta sia stata presentata singolarmente o da un raggruppamento di offerenti è irrilevante in questa fase, dato che il contratto di assicurazione dovrà essere obbligatoriamente firmato dalle società di assicurazione che confermano, mediante il loro incarico, l'esecuzione in caso di aggiudicazione. Alla lettura della vostra lettera, non emerge con chiarezza se ciò avverrà.

Pertanto, vi invito a confermare che, in caso di aggiudicazione, l'impegno contrattuale sarà firmato sia dalla vostra società che dai coassicuratori indicati nella vostra offerta».

122 Con messaggio di posta elettronica del 10 gennaio 2014, la Marsh ha risposto nei seguenti termini:

«[L]e confermiamo che in caso di aggiudicazione dell'appalto, la Marsh e i coassicuratori indicati nella nostra offerta (e i cui incarichi sono stati riconfermati nella nostra lettera del 24 dicembre 2013) firmeranno il contratto di servizi allegato al capitolato d'oneri, a condizione che la nostra offerta iniziale, gli incarichi che ne fanno parte e i vari documenti chiarificatori complementari, riguardanti in particolare la responsabilità in solido, rientrino interamente negli elementi costitutivi dell'appalto.

In particolare, per quanto riguarda la pagina 1 di detto contratto, avrà certamente notato dai nostri precedenti scambi di corrispondenza che gli assicuratori dichiarano, negli incarichi allegati alla nostra offerta, di rispettare tutti i termini dell'appalto, per la parte del contratto che essi eseguiranno ("I declare that xxx will comply with all the terms of the tender specifications, for the part of the contract xxx will perform").

Sperando di aver così risposto a tutte le sue aspettative, voglia gradire, Signora, i nostri distinti saluti».

123 Nel verbale del 13 gennaio 2014 il comitato di valutazione ha ritenuto che, alla luce di tutte le risposte, la Marsh rispondesse ai criteri di non esclusione e di selezione indicati nell'avviso di gara. Per quanto riguarda la valutazione finanziaria, il comitato di valutazione ha ritenuto che la Marsh avesse fornito le precisazioni e i documenti richiesti e che la sua offerta, per il lotto n. 1, come chiarita dall'offerente, fosse conforme alle disposizioni del capitolato d'oneri e si qualificasse per la valutazione finanziaria.

124 Il 30 gennaio 2014 la Commissione ha adottato la decisione impugnata.

125 Dalla precedente descrizione degli scambi di corrispondenza tra la Marsh e la Commissione emerge, tuttavia, che quest'ultima, in tempi rapidi, non ha più potuto nutrire dubbi sul fatto che l'offerta della Marsh, del 25 ottobre 2013, non fosse stata costituita – né quindi calcolata – in base a un impegno in solido, vale a dire in base all'impegno di ciascun assicuratore di fornire, eventualmente, tutta la copertura assicurativa.

126 Al più tardi dopo la ricezione del telefax della Marsh del 24 dicembre 2013 (v. supra, punto 120) e ancor più dopo la ricezione del messaggio di posta elettronica del 10 gennaio 2014 (v. supra, punto 122), la Commissione avrebbe dovuto rilevare che l'offerta della Marsh conteneva in concreto, per ammissione stessa di quest'ultima, solo una responsabilità congiunta degli assicuratori, ciascuno per la propria quota. La Commissione avrebbe dovuto quindi constatare che l'offerta della Marsh non era conforme alle condizioni dell'appalto e concludere che proseguire verso la firma del contratto con la Marsh avrebbe implicato una violazione della parità di trattamento nei confronti dell'altro offerente.

127 La circostanza che, alla fine, dopo il ritiro dell'AIG e la sua sostituzione con altri due assicuratori, la copertura assicurativa fornita mediante il contratto firmato tra la Commissione, la Marsh e gli assicuratori proposti infine dalla Marsh abbia comportato l'impegno in solido di tali assicuratori non rimette affatto in discussione la conclusione esposta supra al punto 126. Per contro, tali sviluppi non fanno che confermare quanto già emerge dagli scambi di corrispondenza precedenti alla decisione impugnata.

128 Occorre sottolineare che ciò che rileva, ai fini del presente ricorso, non è il fatto che la copertura assicurativa fornita, alla fine, dalla Marsh e dagli assicuratori abbia comportato, a causa di tali sviluppi, la solidarietà richiesta dal capitolato d'oneri senza modifiche del prezzo contenuto nell'offerta della Marsh del 25 ottobre 2013, bensì il fatto che l'offerta della Marsh, come depositata, non prevedesse tale solidarietà e, pertanto, non fosse stata redatta conformemente al capitolato d'oneri.

129 Quanto al richiamo, da parte della Commissione, di talune circostanze insolite, in particolare la presenza nell'incarico dell'AIG, menzionato supra al punto 105, di una dicitura manoscritta («Fatta eccezione per la clausola di solidarietà (…). Non accettiamo tale clausola»), poi l'invio successivo di un incarico dell'AIG che non conteneva più tale dicitura (v. supra, punto 120), esso non è tale da rimettere in discussione il fatto che la Commissione non poteva ingannarsi sulla mancanza della solidarietà nell'offerta della Marsh.

130 Infatti, se è vero che, su richiesta della Commissione, la Marsh le ha trasmesso, successivamente, un incarico dell'AIG che non conteneva più tale dicitura manoscritta, tuttavia quest'ultimo incarico continuava a stabilire un limite d'impegno finanziario dell'assicuratore e il fatto che l'assicuratore si

impegnava a rispettare i termini dell'offerta «per la parte del contratto che eseguirà» (for the part of the contract it will perform). Pertanto, la semplice cancellazione della dicitura manoscritta, menzionata supra al punto 129, non implicava che l'AIG avesse rinunciato a escludere la solidarietà.

131 Inoltre e in modo ancor più significativo, tale incarico dell'AIG privo della dicitura manoscritta (come del resto gli altri cinque incarichi, formulati negli stessi termini, degli altri cinque assicuratori proposti dalla Marsh) era allegato alla lettera della Marsh del 24 dicembre 2013. Orbene, tale lettera, come emerge dal suo testo (v. supra, punto 120), escludeva espressamente la solidarietà degli assicuratori. Alla lettura di tale lettera, la Commissione non poteva avere alcun ragionevole dubbio su tale punto. Nel complesso, la cancellazione della dicitura manoscritta, che uniformava da quel momento in poi la formulazione di tutti gli incarichi degli assicuratori proposti dalla Marsh (i quali contenevano tutti il riferimento all'impegno degli assicuratori «ciascuno per la parte del contratto che eseguirà»), avrebbe dovuto, unitamente ai termini della lettera del 24 dicembre 2013, convincere ancor più la Commissione che si trovava di fronte a un problema riguardo all'offerta della Marsh, relativo alla solidarietà.

132 Infine, in seguito alla lettera del 24 dicembre 2013, il messaggio di posta elettronica del 10 gennaio 2014 (v. supra, punto 122) non poteva che confermare alla Commissione l'effettiva mancanza di impegno solidale degli assicuratori nell'offerta della Marsh. La Commissione non poteva, quindi, ignorare il fatto che tale offerta non fosse conforme e che fosse stabilita su basi di impegno finanziario che non presentavano alcuna correlazione con le basi dell'offerta della ricorrente. È, pertanto, in palese violazione del principio della parità di trattamento che la Commissione, piuttosto che constatare la non conformità dell'offerta della Marsh e respingerla, ha proseguito negli scambi di corrispondenza con tale impresa e ha adottato la decisione impugnata.

133 Da tutte le considerazioni che precedono risulta che la prima parte del motivo di annullamento unico è fondata.

Sulla seconda parte del motivo, vertente sulla violazione del principio della parità di trattamento a causa della modifica dell'offerta della Marsh successivamente all'apertura delle offerte

134 La ricorrente fa valere che la composizione del consorzio formato dalla Marsh è stata modificata successivamente all'apertura delle offerte. Infatti, almeno uno degli assicuratori, ossia l'AIG, che avrebbe rifiutato di impegnarsi in solido all'esecuzione dell'appalto, sarebbe stato escluso.

135 Tale modifica della composizione del consorzio formato dalla Marsh successivamente all'apertura delle offerte non può essere qualificata come «precisazione» sul contenuto dell'offerta o come «correzione di un errore materiale» ai sensi dell'articolo 160, paragrafo 3, del regolamento di esecuzione. Autorizzando tale modifica, la Commissione avrebbe violato il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, in combinato disposto con gli articoli 112, paragrafo 1, del regolamento finanziario e 160 del regolamento di esecuzione.

136 Infine, sarebbe manifesto che, in mancanza di tale irregolarità nell'aggiudicazione dell'appalto, il procedimento amministrativo avrebbe potuto giungere a un diverso risultato. Infatti, se la Commissione avesse respinto l'offerta della Marsh in quanto non conforme, l'appalto sarebbe stato aggiudicato alla ricorrente, in quanto era l'unica altra impresa ad aver presentato offerte in tale appalto e la cui offerta era conforme.

137 Nella replica, la ricorrente, in base a elementi nuovi, fa valere che le modifiche illegittime dell'offerta della Marsh sono state di tre tipi.

138 In primo luogo, l'identità degli assicuratori che hanno incaricato la Marsh e la loro situazione finanziaria non sarebbero una semplice modalità pratica di esecuzione del contratto. La sostituzione dell'AIG da parte di altri assicuratori dopo l'apertura delle offerte avrebbe costituito una modifica illegittima dell'offerta.

139 In secondo luogo, sebbene il prezzo complessivo dell'offerta della Marsh fosse rimasto immutato, le condizioni di negoziazione tra la Marsh e gli assicuratori esistenti e nuovi sarebbero state probabilmente diverse da quelle sussistenti prima del deposito dell'offerta, in quanto, da un lato, il prezzo proposto dalla ricorrente sarebbe stato ormai noto e, dall'altro, gli assicuratori avrebbero avuto la certezza che l'appalto sarebbe stato aggiudicato alla Marsh. Così facendo, il fatto di escludere l'AIG e la proposta di nuove quote tra gli assicuratori avrebbe comportato un vantaggio concorrenziale per quanto riguarda la Marsh.

140 In terzo luogo, la Commissione avrebbe consentito alla Marsh di «convertire» la sua offerta presentata illegittimamente quale offerente unico senza solidarietà in offerta congiunta con solidarietà. Dato che gli assicuratori avrebbero rifiutato espressamente qualsiasi solidarietà e si sarebbero impegnati soltanto per la loro parte di contratto, la Commissione non avrebbe potuto contattare la Marsh per chiedere «chiarimenti» o «rettifiche» successive.

141 Accettando documenti e modifiche sostanziali dell'offerta della Marsh dopo l'apertura delle offerte, la Commissione avrebbe violato la regola fondamentale secondo la quale l'aggiudicazione di un appalto viene effettuata in base a offerte depositate nei termini previsti e non in base a elementi successivi.

142 La Commissione contesta la posizione della ricorrente.

143 In primo luogo, la Marsh si sarebbe presentata quale intermediario offerente unico e non in consorzio. Non vi sarebbe stata, quindi, alcuna «modifica del consorzio».

144 In secondo luogo, i contatti tra la Commissione e gli offerenti (sia la Marsh che la ricorrente) prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto sarebbero avvenuti nel pieno rispetto della normativa applicabile in materia di appalti pubblici. Per quanto riguarda la Marsh, tali contatti sarebbero consistiti nella richiesta di integrare i documenti giustificativi riguardanti i criteri di selezione, di correggere errori materiali individuati e di fornire chiarimenti sul rispetto di taluni obblighi derivanti dal capitolato d'oneri, in modo pienamente conforme agli articoli 158, paragrafo 3, e 160, paragrafo 3, del regolamento di esecuzione. Non avrebbe avuto luogo alcuna modifica dei termini dell'offerta della Marsh – copertura al 100% dei rischi previsti nel capitolato d'oneri e prezzo dell'offerta.

145 In terzo luogo, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e anche dopo l'invio per la firma alla Marsh di due copie del contratto preliminare, l'AIG, che sarebbe al contempo uno degli assicuratori che ha conferito inizialmente l'incarico alla Marsh per il contratto e l'assicuratore costituente un raggruppamento con la ricorrente, avrebbe rifiutato di firmare detto contratto quale era previsto dal capitolato d'oneri. Tuttavia, contrariamente a quanto sarebbe suggerito dalla ricorrente, la Commissione o la Marsh non avrebbero «escluso» alcun assicuratore. Sarebbe lo stesso assicuratore ad aver rifiutato di firmare il contratto di assicurazione.

146 La Commissione rileva che spettava alla Marsh, che aveva presentato la sua offerta quale intermediario offerente unico, organizzare le modalità pratiche di esecuzione del contratto, nonché la ripartizione dei compiti tra le diverse società di assicurazione al fine di garantire la corretta esecuzione del contratto, restando inteso che qualsiasi modifica dei termini della sua offerta era esclusa. Pertanto, la Marsh avrebbe proposto (e la Commissione avrebbe accettato) la sostituzione dell'AIG con gli altri assicuratori che le avevano già conferito l'incarico e con due nuovi assicuratori. Il contratto di assicurazione avrebbe quindi potuto essere firmato il 27 febbraio 2014.

147 Al riguardo, si dovrebbe insistere sul fatto che la sostituzione dell'AIG non avrebbe comportato modifiche delle condizioni dell'appalto o dei termini dell'offerta iniziale della Marsh, le quali sarebbero vietate in forza dell'articolo 112, paragrafo 1, del regolamento finanziario, visto che la Marsh avrebbe presentato la sua offerta quale offerente unico, che avrebbe soddisfatto di per sé i criteri di selezione dell'appalto, che i termini della sua offerta (copertura al 100% e prezzo) non avrebbero subito alcuna modifica e che il contratto firmato dalla stessa e dagli assicuratori sarebbe pienamente conforme (e addirittura identico) al contratto preliminare incluso nel capitolato d'oneri.

148 Peraltro, si dovrebbe osservare che, anche dopo la firma e l'entrata in vigore del contratto, l'offerente aggiudicatario dell'appalto sarebbe tenuto all'osservanza dell'obbligo di eseguirlo conformemente alla sua offerta e al capitolato d'oneri. Se uno degli assicuratori firmatari del contratto si ritirasse o fosse inadempiente, l'aggiudicatario sarebbe tenuto a proporre alla Commissione un'alternativa che non comporti alcuna modifica della sua offerta e del capitolato d'oneri. La ricorrente stessa prevedrebbe nella sua offerta il caso della sostituzione dell'assicuratore facente parte del suo raggruppamento, precisando quanto segue: «[n]el caso in cui l'assicuratore sia indotto, per ragioni indipendenti dalla nostra volontà, a recedere dalla polizza, la Vanbreda si adopererà al massimo affinché la copertura possa essere garantita alle condizioni inizialmente convenute».

149 Nella controreplica, per quanto riguarda gli argomenti secondo i quali essa avrebbe modificato illegittimamente l'offerta della Marsh sotto tre aspetti (identità e quote degli assicuratori, natura dell'offerta), la Commissione rinvia al controricorso, con le seguenti precisazioni. Per quanto riguarda la sostituzione di uno degli assicuratori, quest'ultima sarebbe avvenuta senza modifiche dei termini dell'offerta (copertura al 100%, impegno in solido degli assicuratori e prezzo). Per quanto attiene alle quote, queste rientrerebbero nei rapporti interni tra gli assicuratori che hanno conferito l'incarico alla Marsh per l'esecuzione del contratto e non nell'appalto stesso. Quanto alla presunta conversione dell'offerta unica senza solidarietà in offerta congiunta con solidarietà, la Commissione rinvia alla sua trattazione riguardo alla mancanza di conversione.

150 Ai sensi dell'articolo 112, paragrafo 1, del regolamento finanziario, durante lo svolgimento della procedura d'aggiudicazione degli appalti, i contatti tra l'amministrazione aggiudicatrice e i candidati o gli offerenti hanno luogo soltanto secondo modalità che garantiscano trasparenza e parità di trattamento. Non danno luogo a modificazioni delle condizioni dell'appalto o dei termini dell'offerta iniziale.

151 Ai sensi dell'articolo 160 del regolamento di esecuzione, i contatti tra l'amministrazione aggiudicatrice e gli offerenti durante lo svolgimento di una procedura d'aggiudicazione d'appalto sono autorizzati a titolo eccezionale. Qualora, dopo l'apertura delle offerte, un'offerta dia luogo a richieste di spiegazioni o alla necessità di correggere errori materiali manifesti nel testo dell'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere l'iniziativa di un contatto con l'offerente, fermo restando che i termini dell'offerta non possono essere modificati a seguito di tale contatto.

152 Nella fattispecie, dagli elementi esaminati nell'ambito della prima parte del motivo unico emerge che i contatti tra la Marsh e la Commissione dopo l'apertura delle offerte hanno avuto ad oggetto, in particolare, la condizione di solidarietà, una condizione essenziale del capitolato d'oneri.

153 Tali contatti hanno rivelato che l'offerta della Marsh del 25 ottobre 2013 non conteneva, in sostanza, l'impegno in solido previsto nel capitolato d'oneri e che, pertanto, il prezzo dell'offerta della Marsh non poteva essere considerato come stabilito su basi conformi alle condizioni dell'appalto.

154 Mentre avrebbe dovuto trarne immediatamente le conseguenze e non aggiudicare l'appalto alla Marsh, tanto più che, nella fattispecie, l'aggiudicazione veniva effettuata a favore dell'offerta che presentava il prezzo più basso, la Commissione ha proceduto a tale aggiudicazione. In seguito al rifiuto di un

assicuratore di assumere la responsabilità in solido e di firmare il contratto di assicurazione, tale assicuratore è stato sostituito con due nuovi assicuratori, le quote sono state modificate e il contratto è stato infine firmato tra, da un lato, la Commissione, e, dall'altro, la Marsh e sette assicuratori.

155 La Commissione fa riferimento, per giustificare la sua posizione, all'obbligo dell'aggiudicatario di proporle, in caso di inadempimento o di ritiro di uno degli assicuratori firmatari del contratto, un'alternativa che non comporti alcuna modifica dell'offerta e del capitolato d'oneri.

156 È sufficiente rilevare che, nella fattispecie, non si trattava del ritiro o dell'inadempimento di un assicuratore dopo la firma del contratto di assicurazione, ritiro o inadempimento che obbliga effettivamente, in via contrattuale, l'aggiudicatario a trovare una soluzione per garantire la continuità delle prestazioni contrattuali, bensì di un ritiro avvenuto prima della firma del contratto, soggetto quindi alle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici.

157 Risulta da quanto precede che i contatti tra la Commissione e la Marsh sono sfociati, in sostanza, in una modifica essenziale dei termini dell'offerta iniziale della Marsh, in violazione delle norme applicabili agli appalti pubblici e, in particolare, del principio della parità di trattamento tra gli offerenti.

158 Occorre quindi considerare che anche il motivo di annullamento, esaminato nella sua seconda parte, è fondato.

Conclusione sulla domanda di annullamento

159 Da tutte le considerazioni che precedono risulta che, senza necessità di pronunciarsi sulla terza parte del motivo, vertente sulla violazione del principio di trasparenza, si deve accogliere il presente motivo e, pertanto, annullare la decisione impugnata.

Sulla domanda di risarcimento danni

160 La ricorrente dichiara di aver dimostrato l'esistenza di vari illeciti in cui è incorsa la Commissione i quali, considerati singolarmente o quantomeno nel loro insieme, sono tali da costituire una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione.

161 Per quanto riguarda il danno subito, esso consisterebbe, per la ricorrente, nella perdita di un'opportunità, se non addirittura della certezza, di aggiudicarsi l'appalto nonché nella perdita di referenze e nel danno morale.

162 La ricorrente ritiene che tali danni possano essere quantificati in via equitativa per un importo forfettario pari a EUR 1 000 000.

163 Infatti, in mancanza di irregolarità da parte della Commissione nell'ambito dell'aggiudicazione dell'appalto, il procedimento amministrativo avrebbe potuto giungere manifestamente a un diverso risultato. Se la Commissione avesse respinto l'offerta della Marsh, l'appalto sarebbe stato aggiudicato alla ricorrente, in quanto sarebbe stata l'unica altra impresa ad aver presentato offerte in tale appalto e ad aver depositato un'offerta conforme al capitolato d'oneri.

164 Inoltre, un appalto avente ad oggetto i contratti di assicurazione contro gli incendi, i rischi connessi del parco immobiliare e del suo contenuto, per tutte le istituzioni europee interessate, costituirebbe indubbiamente una referenza assai rilevante in caso di appalti simili. Al di là delle semplici referenze, i certificati di buona esecuzione sarebbero di fondamentale importanza per la fase di selezione tecnica in

caso di futuri appalti. Tali certificati sarebbero stati, del resto, richiesti nella presente procedura di gara. Orbene, dato che l'appalto non le è stato aggiudicato, la ricorrente avrebbe perso evidentemente il beneficio dei certificati di buona esecuzione relativi a tale appalto, riguardante varie istituzioni europee.

165 Infine, il fatto che la Commissione non abbia accettato l'offerta della ricorrente, sebbene quest'ultima sia stata l'unica offerta regolare depositata nell'ambito del procedimento, sarebbe contrario alle legittime aspettative della ricorrente di aggiudicarsi l'appalto e le avrebbe causato un danno morale.

166 Nella replica la ricorrente ricorda che essa ambisce, anzitutto, all'esecuzione in natura dell'appalto. La ricorrente avrebbe richiesto quindi un risarcimento integrale per equivalente solo nei limiti in cui non ottenesse tale esecuzione sino alla sentenza del Tribunale.

167 La ricorrente sostiene di aver già provato ampiamente l'illecito della Commissione. Quanto al danno, esso sarebbe effettivo e certo. Quanto alla possibilità legale di rinunciare alla procedura di aggiudicazione e di iniziare un'altra procedura, essa sarebbe stata puramente teorica considerate le circostanze del caso di specie. È quasi certo che la ricorrente avrebbe potuto ottenere il contratto. In termini puramente finanziari, il valore di tale contratto su un periodo di quattro anni sarebbe di EUR 3 742 000. La ricorrente afferma di aver subito un danno morale a causa della perdita di referenze e di prestigio. La ricorrente sostiene quindi che il danno potrebbe essere fissato in EUR 1 000 000.

168 La Commissione contesta di essere incorsa in un illecito. In subordine, essa non avrebbe commesso alcuna violazione grave e manifesta dei limiti imposti al suo potere discrezionale. Per contro, dalle circostanze del caso di specie risulterebbe chiaramente che essa avrebbe fatto tutto diligentemente, in tutta buona fede, per garantire che la procedura di appalto fosse applicata nel rispetto di tutte le norme pertinenti, per verificare che le offerte ricevute fossero pienamente conformi al capitolato d'oneri e per assicurarsi che il nuovo contratto di assicurazione entrasse in vigore in tempo garantendo una copertura al 100% dell'amministrazione aggiudicatrice.

169 Per quanto riguarda il danno, la ricorrente chiederebbe, assai sinteticamente, il risarcimento di tre tipi di danno che la stessa affermerebbe di aver subito. Essa non dimostrerebbe che tali presunti danni sono effettivi e certi.

170 In primo luogo, per quanto riguarda la perdita dell'opportunità di aggiudicarsi l'appalto, la ricorrente non avrebbe perso alcunché, in quanto la sua offerta non avrebbe presentato il prezzo più basso e la Commissione non avrebbe avuto motivo di escludere o di considerare non conforme l'offerta della Marsh.

171 In secondo luogo, per quanto riguarda la perdita di referenze, non sussisterebbe alcun danno effettivo e certo. Da un lato, la mancanza di nuove referenze non potrebbe modificare, di per sé, la capacità della ricorrente di partecipare a futuri appalti di analoga natura. D'altro lato, tale danno sarebbe ipotetico: la ricorrente non potrebbe sostenere che avrebbe certamente ottenuto un certificato di buona esecuzione contrattuale in quanto l'ottenimento di tale certificato sarebbe connesso alla concreta esecuzione del contratto e non potrebbe essere preventivamente garantito.

172 In terzo luogo, la ricorrente non individuerebbe alcun danno morale, limitandosi a sostenere che la mancata aggiudicazione sarebbe contraria alle sue «legittime aspettative». Del resto, l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe mai ingenerato nella ricorrente un'aspettativa o un affidamento legittimo di aggiudicazione dell'appalto.

173 Nella controreplica la Commissione rileva che la ricorrente ha ottenuto la sospensione del contratto e l'organizzazione di una procedura negoziata in esito alla quale esse hanno concluso tra loro un contratto per un periodo massimo di 18 mesi a decorrere dal 17 febbraio 2015. Tali elementi dovrebbero essere presi in considerazione nel calcolo del danno.

174 Ciò posto, i danni asseriti non sarebbero né effettivi, né certi né propri. Pertanto, se il capitolato d'oneri fosse stato interpretato restrittivamente o se l'offerta della Marsh dovesse essere considerata congiunta, l'offerta della ricorrente non avrebbe potuto essere considerata valida.

175 Peraltro, la Commissione avrebbe potuto benissimo rinunciare alla procedura di appalto controversa.

176 Quanto all'entità del danno asserito, la Commissione lo contesta. Il mancato guadagno asserito non sarebbe quello della ricorrente, semplice intermediario che agisce per proprio conto.

177 Riguardo al danno morale derivante dalla natura asseritamente eccezionale dell'appalto, la Commissione contesta tale eccezionalità.

178 Ai sensi dell'articolo 340, secondo comma, TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

179 Secondo una giurisprudenza costante, il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, ai sensi della disposizione summenzionata, per comportamento illecito dei suoi organi presuppone il ricorrere di un complesso di presupposti, ossia l'illiceità del comportamento contestato all'istituzione o all'organo dell'Unione interessato, l'effettiva sussistenza del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento dedotto e il danno fatto valere (sentenze del 29 settembre 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Racc., EU:C:1982:318, punto 16; del 9 settembre 2008, FIAMM e a./Consiglio e Commissione, C-120/06 P e C-121/06 P, Racc., EU:C:2008:476, punti 106 e da 164 a 166; del 9 settembre 2010, Evropaïki Dynamiki/Commissione, T-300/07, Racc., EU:T:2010:372, punto 137, e del 16 ottobre 2014, Evropaïki Dynamiki/Commissione, T-297/12, EU:T:2014:888, punto 28). Inoltre, per quanto riguarda la condizione relativa al comportamento illecito, la giurisprudenza richiede che sia dimostrata una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica finalizzata a conferire diritti ai singoli. Il criterio decisivo che consente di ritenere che una violazione sia sufficientemente qualificata consiste nella violazione grave e manifesta, da parte dell'istituzione comunitaria o dell'organo dell'Unione interessato, dei limiti imposti al suo potere discrezionale (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2000, Bergaderm e Goupil/Commissione, C-352/98 P, Racc., EU:C:2000:361, punti da 42 a 44; del 10 dicembre 2002, Commissione/Camar e Tico, C-312/00 P, Racc., EU:C:2002:736, punto 54; AFCon Management Consultants e a./Commissione, cit. supra al punto 65, EU:T:2005:107, punto 93, e Evropaïki Dynamiki/Commissione, cit., EU:T:2014:888, punto 29).

180 Per quanto attiene al presupposto della responsabilità relativo all'illiceità, occorre rilevare che è stata constatata, in particolare, la violazione da parte della Commissione della parità di trattamento degli offerenti. Violando il principio della parità di trattamento, la cui osservanza è essenziale ai fini della legittimità delle procedure di appalti pubblici, la Commissione ha violato una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli (v., in tal senso, sentenze AFCon Management Consultants e a./Commissione, cit. supra al punto 65, EU:T:2005:107, punto 91, e del 2 marzo 2010, Arcelor/Parlamento e Consiglio, T-16/04, Racc., EU:T:2010:54, punto 134).

181 Occorre inoltre rilevare che si tratta, nella fattispecie, di una violazione sufficientemente qualificata. Infatti, portando a termine la procedura di appalto pubblico con la Marsh alle condizioni descritte supra, in particolare, ai punti da 102 a 128 e da 151 a 156, la Commissione ha violato in modo grave e manifesto i limiti imposti al suo potere discrezionale.

182 Quanto ai presupposti della responsabilità relativi all'esistenza di un danno e di un nesso di causalità tra l'illecito e il danno, la Commissione fa valere, per quanto riguarda più in particolare il nesso di causalità, che, se il capitolato d'oneri fosse stato interpretato restrittivamente o se l'offerta della Marsh dovesse essere considerata un'offerta congiunta, l'offerta della ricorrente non avrebbe potuto essere considerata valida.

183 Tali argomenti presentano due aspetti.

184 In primo luogo, con tali argomenti la Commissione sostiene che l'interpretazione non restrittiva del bando di gara, che essa propugna e secondo la quale un'offerta depositata da un intermediario offerente unico era ammissibile, avrebbe avvantaggiato anche la ricorrente la cui offerta, in mancanza di tale approccio non restrittivo, presumibilmente non avrebbe potuto essere considerata valida. Pertanto, secondo la Commissione, il bando di gara, conformemente a un'interpretazione restrittiva che sarebbe propugnata dalla ricorrente, avrebbe in ogni caso escluso l'offerta di quest'ultima. Non potrebbe quindi sussistere alcun nesso di causalità tra l'illecito della Commissione, il quale avrebbe favorito, in realtà, gli interessi della ricorrente, e il rigetto dell'offerta di quest'ultima.

185 Tale obiezione deve essere respinta.

186 Infatti, tanto (come è stato constatato nell'ambito dell'esame della prima parte del motivo unico di annullamento) i termini e la struttura del bando di gara escludevano il deposito di un'offerta da parte di un intermediario offerente unico, quanto tali termini e tale struttura non ostavano affatto al deposito di un'offerta congiunta da parte di un raggruppamento composto da un intermediario e da un solo assicuratore.

187 Certamente, era possibile prevedere che un'offerta congiunta, specialmente nel contesto – come nel caso di specie – della copertura di gravi rischi, avrebbe potuto interessare maggiormente una pluralità di assicuratori che univano le loro forze attorno a un intermediario, piuttosto che un solo assicuratore rappresentato da un intermediario. Eppure, sebbene tale circostanza possa eventualmente spiegare il ricorso frequente al plurale («gli assicuratori») nei documenti di gara, essa non può tuttavia giustificare l'esclusione di un'offerta da parte di un raggruppamento composto da un intermediario e da un solo assicuratore.

188 Inoltre, la presentazione di un'offerta da parte di siffatto raggruppamento non è contraria alla struttura del sistema istituito dal bando di gara. È chiaro infatti che in caso di offerta congiunta, che sia presentata da uno o da più assicuratori rappresentati da un intermediario, l'informazione che deve essere fornita nell'ambito della gara d'appalto riguarda ciascun membro del raggruppamento, con una notevole differenza rispetto all'offerta depositata da un intermediario offerente unico.

189 Oltre a ciò, occorre considerare che un'interpretazione del capitolato d'oneri che escluda il deposito di un'offerta congiunta da parte di un raggruppamento composto da un assicuratore rappresentato da un intermediario, mentre sono ammessi i depositi di un'offerta da parte di un assicuratore offerente unico o di un'offerta congiunta da parte di un raggruppamento composto da due assicuratori rappresentati da un intermediario, sarebbe contraria, in mancanza di qualsiasi giustificazione obiettiva, al principio della parità di trattamento.

190 La Commissione spiega nella controreplica che, al momento della redazione del capitolato d'oneri, essa prevedeva di ricevere offerte di un solo assicuratore, o di più assicuratori che agivano in consorzio e rappresentati, o meno, da un coassicuratore delegatario o da un intermediario. Tuttavia, essa non giustifica, e ancor meno in modo convincente, come il deposito di un'offerta congiunta da parte di un assicuratore e di un intermediario sia andato oltre i casi previsti dal bando di gara.

191 Infine e ad abundantiam, occorre rilevare che, nel contesto delle offerte congiunte, l'articolo 5.1, terzo comma, delle specifiche tecniche, relativo alla firma del contratto di assicurazione, dispone che «nei casi di presentazione di offerte da parte di più assicuratori in solido, che agiscono in consorzio, rappresentati da un intermediario, in caso di aggiudicazione, il contratto sarà firmato congiuntamente da ciascun assicuratore e dall'intermediario». Tale disposizione prosegue precisando che «in tale ipotesi, l'assicuratore o gli assicuratori si impegnano altresì a garantire che l'amministrazione aggiudicatrice sia pienamente garantita (copertura al 100%) senza interruzioni per tutta la durata del contratto» e che «[l]'intermediario sarà remunerato direttamente dall'assicuratore o dagli assicuratori». Peraltro, le specifiche tecniche definiscono il «contraente» come «la società o l'impresa di assicurazioni presso la quale il contratto è sottoscritto e indicata, a tal fine, nelle condizioni particolari».

192 Tali ricorsi al singolare («l'assicuratore o gli assicuratori, «la società o l'impresa di assicurazioni») confermano le considerazioni, di per sé sufficienti, esposte supra ai punti da 185 a 190, secondo le quali il bando di gara non escludeva il deposito di un'offerta congiunta da parte di un raggruppamento composto da un intermediario e da un solo assicuratore.

193 In secondo luogo, gli argomenti presentati supra al punto 182 presuppongono che, se l'offerta della Marsh dovesse essere considerata un'offerta congiunta, l'offerta della ricorrente non avrebbe potuto essere considerata valida, in quanto uno stesso assicuratore (l'AIG) sarebbe stato presente contemporaneamente in due offerte.

194 Indipendentemente dal fatto che non è assolutamente dimostrato che l'ipotesi prevista dalla Commissione abbia implicato automaticamente, nelle circostanze del caso di specie, le conseguenze asserite (v., in tal senso e per analogia, sentenze del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, Racc., EU:C:2009:317, punto 30; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, Racc., EU:C:2009:808, punti da 38 a 42 e 46 e dispositivo, e del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, Racc., EU:C:2012:801, punto 14), è giocoforza constatare che tale ipotesi non corrisponde alla realtà. Infatti, l'offerta della Marsh non è un'offerta congiunta, bensì l'offerta di un intermediario offerente unico, non conforme, per tale motivo, al capitolato d'oneri e che avrebbe dovuto, a tale titolo e per le ragioni esposte nell'ambito dell'esame della prima parte del motivo di annullamento, essere dichiarata non valida dalla Commissione. L'argomento della Commissione deve essere quindi respinto.

195 Oltre a quanto precede, la Commissione fa valere che i danni asseriti non sono né effettivi, né certi, né propri della ricorrente e, in subordine, che dovrebbero essere presi in considerazione la sospensione del contratto della Marsh e la concessione alla ricorrente del contratto sostitutivo.

196 In primo luogo, per quanto riguarda la presunta perdita dell'opportunità di ottenere l'appalto, occorre rilevare che l'offerta della ricorrente era stata dichiarata conforme dalla Commissione, che era l'unica offerta oltre a quella della Marsh e che è stata esclusa a favore dell'offerta della Marsh per il fatto che quest'ultima conteneva il prezzo più basso.

197 Ne consegue che, se l'offerta della Marsh fosse stata dichiarata non conforme in quanto proveniva, contrariamente alle condizioni fissate dal bando di gara, da un intermediario offerente unico, oppure se tale offerta fosse stata dichiarata non conforme in quanto non prevedeva la solidarietà degli assicuratori proposti, la ricorrente si sarebbe trovata in una posizione ideale per aggiudicarsi l'appalto.

198 La Commissione, del resto, non nega veramente tale eventualità. Essa si limita a sostenere nuovamente di non aver commesso alcun illecito, a far valere gli argomenti già confutati supra ai punti da 184 a 194 e a ricordare che avrebbe potuto, in ogni caso, rinunciare alla procedura di appalto controversa e avviare una nuova procedura, con la conseguenza che la ricorrente non avrebbe avuto alcuna certezza di aggiudicarsi l'appalto controverso.

199 Su quest'ultimo punto, occorre rilevare che, se è vero che, fino al momento della firma del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice può sempre rinunciare all'appalto o annullare la procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza che i candidati o gli offerenti abbiano diritto ad alcun risarcimento (articolo 114 del regolamento finanziario), tuttavia tali ipotesi di rinuncia all'appalto o di annullamento della procedura non si sono appunto concretizzate e, nelle circostanze del caso di specie, le possibilità della ricorrente di aggiudicarsi l'appalto erano, salvo gli illeciti in cui è incorsa la Commissione, assai elevate.

200 Tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, sembra possibile stimare le possibilità della ricorrente di concludere l'appalto, salvo gli illeciti in cui è incorsa la Commissione, al 90%.

201 Nel suo ricorso, la ricorrente ritiene che il danno complessivo subito, tenuto conto della perdita di opportunità, della perdita di referenze e del danno morale, può essere stimato, in via equitativa, in un importo di EUR 1 000 000.

202 La ricorrente non opera alcuna ripartizione di tale importo fra i tre elementi del danno fatti valere, ma indica come valore di riferimento, quello del mancato contratto, ossia EUR 3 742 300, spiegando che tale valore è il prezzo annuo contenuto nell'offerta (935 574 euro/anno) moltiplicato per i quattro anni del contratto. La ricorrente sottolinea l'entità del danno morale subito alla luce della rilevanza dell'appalto in termini di valore («vari milioni») e in termini di durata (quattro anni).

203 La Commissione, partendo dalla premessa che l'importo richiesto sarebbe calcolato con riferimento al valore annuo dell'appalto, fa valere che tale importo, vicino a tale valore annuo, include necessariamente la remunerazione dell'AIG e corrisponde quindi soltanto per una parte limitata alla remunerazione della ricorrente. La Commissione contesta quindi tale importo, facendo valere che, nel presente ricorso, la ricorrente agisce solo per se stessa e può quindi reclamare soltanto il risarcimento del proprio danno.

204 La Commissione contesta inoltre il danno derivante dalla perdita di referenze. Secondo la Commissione, la mancanza di nuove referenze non potrebbe, di per sé, modificare la capacità della ricorrente di partecipare ad appalti successivi di analoga natura. Quanto alla perdita di certificati di buona esecuzione, essa dipenderebbe per definizione da una corretta esecuzione del contratto. Quanto al danno morale asserito, esso non sarebbe effettivo e certo.

205 Anzitutto, occorre rilevare che la premessa sulla quale la Commissione fonda la sua prima obiezione, menzionata supra al punto 203, è contraddetta dagli elementi contenuti nel fascicolo depositato dinanzi al Tribunale. Infatti, dalle memorie della ricorrente emerge che l'importo richiesto è calcolato non già con riferimento al valore annuo dell'appalto, bensì con riferimento al valore totale dell'appalto, per quattro anni. Ciò deriva chiaramente dal collegamento operato dalla ricorrente tra l'importo richiesto e quest'ultimo valore nonché dal riferimento all'appalto come appalto di durata quadriennale e del valore di diversi milioni di euro (v. supra, punto 202).

206 Di conseguenza, e dato che l'importo richiesto corrisponde solo a poco più di un quarto del valore dell'appalto su quattro anni e che la ricorrente fa valere, inoltre, la perdita di un'opportunità quasi certa di aggiudicarsi l'appalto, l'importo richiesto può corrispondere, logicamente, soltanto ai danni che tale parte sostiene di aver essa stessa subito. In caso contrario, la ricorrente, che ritiene di aver perso un'opportunità quasi certa di aggiudicarsi l'appalto, avrebbe chiesto logicamente, per se stessa e per l'assicuratore, un importo dei danni assai più elevato, rispetto al valore dell'appalto per quattro anni.

207 Per quanto riguarda, inoltre, la questione se la ricorrente abbia fatto correttamente riferimento ai quattro anni dell'appalto per calcolare il danno subito, occorre rilevare che l'avviso di gara precisava che la durata dell'appalto era di 48 mesi (punto II.3 dell'avviso di gara, punto 4 del lotto n.1). Nello stesso senso, veniva stabilito che l'avviso di gara successivo sarebbe stato pubblicato 36 mesi dopo

l'aggiudicazione (punto VI.1 dell'avviso di gara). Quanto al contratto preliminare di servizi allegato all'invito a presentare offerte, esso precisava che «[i]l contratto è concluso per una durata di 12 mesi» (articolo I.2.3 del contratto preliminare) e che «[e]sso è rinnovato tacitamente tre volte al massimo, ogni volta per una durata di esecuzione di 12 mesi (…), salvo nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice comunichi al contraente la propria intenzione di non rinnovare il contratto e tale notifica [avvenga] 6 mesi prima che sia concluso l'assolvimento dei compiti relativi al periodo precedente» (articolo I.2.4 del contratto preliminare). Inoltre, il contratto preliminare affrontava la questione della revisione dei prezzi e del premio annuale facendo riferimento al «primo anno di esecuzione del contratto», al «secondo anno di esecuzione del contratto» e a «ogni anno di esecuzione del contratto» (articolo I.3.2 del contratto preliminare). Le specifiche tecniche contenevano lo stesso riferimento (v. punto 9.2 delle specifiche tecniche).

208 Dal combinato disposto di tali disposizioni risulta che la ricorrente, per fondare la sua domanda di risarcimento, ha fatto correttamente riferimento, nel suo ricorso, alla durata complessiva dell'appalto, trattandosi di un appalto di quattro anni che implicava, tutt'al più, la facoltà di non procedere al rinnovo annuale, spettante soltanto all'amministrazione aggiudicatrice e secondo determinate condizioni procedurali rigorose. Tuttavia, si dovrebbe tener conto, nella determinazione del risarcimento, dell'alea derivante da tale facoltà di mancato rinnovo annuale.

209 Peraltro, occorre rilevare che dalle memorie della ricorrente non emerge che quest'ultima ha preso in considerazione, al fine di ridurre la sua domanda di risarcimento, gli oneri di esecuzione del contratto che essa avrebbe sostenuto se si fosse aggiudicata l'appalto. Orbene, è impossibile, in base agli elementi contenuti nel fascicolo, stabilire tali oneri. Inoltre, sebbene i termini del ricorso giustifichino la conclusione che la ricorrente chiede soltanto il risarcimento dei propri danni, il fascicolo non contiene tuttavia alcun elemento che consenta di verificare la quota della ricorrente nel valore totale dell'appalto.

210 Inoltre, va altresì osservato che, sebbene la ricorrente abbia certamente perso, nel 2014, l'opportunità di aggiudicarsi un appalto quadriennale, ciò nonostante, il 17 febbraio 2015, ossia circa undici mesi e due settimane dopo l'entrata in vigore del contratto controverso, essa si è aggiudicata l'appalto di assicurazione oggetto della procedura negoziata avviata dalla Commissione a seguito dell'ordinanza Vanbreda Risk & Benefits/Commissione, cit. supra al punto 33 (EU:T:2014:1024). Occorre altresì rilevare, al pari della ricorrente, che quest'ultimo contratto è stato concluso per una durata massima di 18 mesi, ossia fino al 17 agosto 2016, mentre il contratto oggetto della presente controversia sarebbe, di regola, scaduto nel marzo 2018.

211 Tali circostanze sono anch'esse tali da influire sull'importo del danno subito dalla ricorrente, la quale precisa, del resto, essa stessa, nelle sue memorie, che la sua domanda di risarcimento per equivalente ha ragione di esistere solo qualora essa non ottenga l'esecuzione in natura della sua domanda e che, qualora essa ottenga con ritardo tale esecuzione, il danno dovrà essere calcolato in funzione di tale ritardo.

212 Dalle considerazioni che precedono risulta che, sebbene, per quanto riguarda la perdita dell'opportunità di ottenere l'appalto, l'esistenza di un danno risarcibile sia sufficientemente dimostrata in linea di principio, il quantum di tale danno non è sufficientemente determinabile, allo stato, per consentire al Tribunale o di pronunciarsi in base all'importo richiesto dalla ricorrente o di fissare un altro importo.

213 In secondo luogo, per quanto riguarda la perdita di referenze, che include, secondo la ricorrente, la perdita di certificati di buona esecuzione, occorre anzitutto escludere quest'ultimo elemento di danno per la parte riguardante tali certificati. Infatti, il rilascio di tali documenti non dipende dall'aggiudicazione dell'appalto, ma dalla circostanza futura e ipotetica di una corretta esecuzione di tale appalto.

214 Per contro, per quanto attiene alle referenze in quanto tali, connesse alla concessione dell'appalto, le quali sarebbero derivate de facto dall'ottenimento dell'appalto da parte della ricorrente, è innegabile che la ricorrente, nella stessa misura della perdita di opportunità di aggiudicarsi l'appalto, ha perso l'opportunità di disporne. Tuttavia, anche in tal caso, il Tribunale non dispone di elementi sufficienti per determinare, nell'ambito dell'importo richiesto dalla ricorrente, ciò che rientra nella perdita dell'opportunità di aggiudicarsi l'appalto e ciò che rientra nella perdita dell'opportunità di ottenere referenze.

215 In terzo luogo, per quanto riguarda il danno morale derivante dal fatto che la Commissione, in violazione delle aspettative legittime della ricorrente che avrebbe depositato l'unica offerta regolare, abbia concesso l'appalto a terzi, la Commissione sostiene che la ricorrente si limita a far valere l'illiceità del suo comportamento e che non avrebbe mai avuto un'aspettativa legittima o un legittimo affidamento di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Nella replica, la ricorrente non risponde a quest'ultima considerazione, ma assimila il danno morale subito alla perdita di referenze e di prestigio.

216 Occorre rilevare che la Commissione non ha mai fatto sorgere nella ricorrente un legittimo affidamento o un'aspettativa legittima riguardo all'ottenimento del contratto. Quanto al danno morale che deriverebbe dall'illegittimità della decisione impugnata, secondo una giurisprudenza costante, siffatto pregiudizio è, in linea di principio sufficientemente risarcito, mediante la constatazione, da parte del giudice, della suddetta illegittimità (v., in tal senso, sentenza del 6 giugno 2006, Girardot/Commissione, T-10/02, Racc. FP, EU:T:2006:148, punto 131). Quanto al danno morale asserito, che deriverebbe dalla perdita di referenze e di prestigio, esso si confonde in parte con la perdita di referenze già esaminata in precedenza e, per quanto riguarda la perdita di prestigio, non presenta carattere di effettività e di certezza.

217 Alla luce delle considerazioni che precedono, da cui emerge che il Tribunale, pur potendo accertare vari aspetti riguardo alla domanda di risarcimento, non dispone di elementi sufficienti per confermare l'importo richiesto o per calcolare esso stesso l'importo del danno subito, si deve accogliere la domanda di risarcimento della ricorrente nella parte in cui ha ad oggetto il risarcimento della perdita dell'opportunità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto controverso e di ottenere le corrispondenti referenze derivanti dalla concessione dell'appalto, e respingerla quanto al resto. Per quanto attiene all'importo risarcibile a titolo di perdita di un'opportunità, occorre invitare le parti, fatta salva una successiva decisione del Tribunale, ad accordarsi su tale importo alla luce della motivazione della presente sentenza e a trasmettere a detto Tribunale, entro sei mesi a decorrere dalla data della pronuncia della presente sentenza, l'importo da pagare, stabilito di comune accordo, oppure, in mancanza, a far pervenire allo stesso, entro il medesimo termine, le loro conclusioni in ordine alla quantificazione del danno, corredate delle giustificazioni necessarie per consentire al Tribunale di valutarne la fondatezza.

Sulle spese

218 La decisione sulle spese è riservata.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) **La decisione del 30 gennaio 2014 con la quale la Commissione europea ha respinto l'offerta presentata dalla Vanbreda Risk & Benefits per il lotto n. 1 nella gara d'appalto OIB.DR.2/PO/2013/062/591, relativa all'assicurazione di beni e di persone (GU 2013/S 155-269617), e ha aggiudicato tale lotto ad un'altra società è annullata.**

2) L'Unione europea è tenuta a risarcire il danno subito dalla Vanbreda Risk & Benefits per la perdita dell'opportunità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto summenzionato e di ottenere le corrispondenti referenze derivanti dalla concessione dell'appalto.

3) La domanda di risarcimento è respinta quanto al resto.

4) Le parti trasmetteranno al Tribunale, entro sei mesi a decorrere dalla pronuncia della presente sentenza, l'importo, stabilito di comune accordo, degli indennizzi dovuti a titolo di risarcimento di tale danno.

5) In mancanza di accordo, le parti faranno pervenire al Tribunale, entro il medesimo termine, le loro conclusioni in ordine alla quantificazione del danno.

6) Le spese sono riservate.

Frimodt Nielsen Dehousse Collins

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 29 ottobre 2015.

Firme

Indice

Fatti . . . 2

Procedimento e nuovi sviluppi in corso di causa . . . 4

In diritto . . . 6

Sulla domanda di annullamento . . . 6

Sulla prima parte del motivo, vertente sulla violazione del principio della parità di trattamento tra gli offerenti, dell'articolo 111, paragrafo 5, e dell'articolo 113, paragrafo 1, del regolamento finanziario, dell'articolo 146, paragrafi 1 e 2, dell'articolo 149, paragrafo 1, e dell'articolo 158, paragrafi 1 e 3, del regolamento di esecuzione nonché del capitolato d'oneri . . . 6

– Sulla ricevibilità di taluni argomenti dedotti nella replica . . . 9

– Sull'illegittimità della partecipazione della Marsh alla gara d'appalto quale intermediario offerente unico . . . 9

– Sulla violazione della parità di trattamento in occasione degli scambi di corrispondenza tra la Commissione e la Marsh successivamente all'apertura delle offerte . . . 15

Sulla seconda parte del motivo, vertente sulla violazione del principio della parità di trattamento a causa della modifica dell'offerta della Marsh successivamente all'apertura delle offerte . . . 21

Conclusione sulla domanda di annullamento . . . 24

Sulla domanda di risarcimento danni . . . 24

Sulle spese . . . 31