



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8912 del 2008, proposto da:
----- s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ----- e -----, con domicilio eletto presso ----- in Roma, via -----;

contro

----- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ----- e -----, con domicilio eletto presso ----- in Roma, via -----;

nei confronti di

Federazione Italiana Medici Pediatri (Fimp), Presidenza del Consiglio dei Ministri, Aig Italia S.p.A., Aig Europe S.p.A., Studio Assicurativo Due S.n.c., E.N. P.A.M.; Confederazione Italiana Pediatri (Cipe), rappresentata e difesa dall'avv. -----, con domicilio eletto presso ----- in Roma, ----- n.-----;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA SEZIONE III QUATER n. 07251/2008, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Confederazione Italiana Pediatri (Cipe);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati -----, -----, -----;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso innanzi al Tar del Lazio, sede di Roma, del 12 novembre 2007 la società Gpa -----, premesso di essere stata incaricata dalla ----- e dalla ----- (principali associazioni sindacali dei medici pediatri di famiglia) di svolgere attività di brokeraggio assicurativo per la stipulazione di polizze di malattia e di avere appreso che nel corso del 2007 la Fimp aveva proceduto alla indizione di una gara ed alla successiva aggiudicazione in favore della -----, impugnava il bando di gara relativo alla procedura aperta del servizio di copertura assicurativa per il periodo 31 dicembre 2007, 31 dicembre 2010 indetta dalla Fimp, l'annesso disciplinare di gara con specifico riferimento all'art. 17 punto VII laddove si indicava quale broker della Fimp, la società -----.

Si costituivano ad opponendum la Fimp, la attuale appellante società di brokering ----- e l'aggiudicataria della gara ----- chiedendo una pronunzia di inammissibilità per difetto di giurisdizione in ordine al petitum e, nel merito, il rigetto del gravame.

Con il primo atto di motivi aggiunti del 10 gennaio 2008 l'appellata ----- impugnava il conferimento da parte della Fimp dell'incarico alla ----- del servizio di brokeraggio, chiedendo il conseguente annullamento di tutti gli atti di gara ivi compresa l'aggiudicazione definitiva alla -----.

Si costituivano in giudizio ad adiuvandum la ----- quale firmataria dell'accordo collettivo e lo studio assicurativo ----- in qualità di precedente affidataria del contratto.

Con secondo atto di motivi aggiunti dell'11 marzo 2008 la ----- chiedeva l'annullamento dell'atto approvativo dell'accordo sindacale stipulato il 28 settembre 2005 ed, in parte qua, dell'art. 59 laddove attribuisce ai sindacati il potere di individuare la compagnia contraente se inteso nel senso che tale individuazione possa prescindere dall'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; per la declaratoria della inefficacia e/o invalidità del contratto di brokeraggio eventualmente sottoscritto ed in via subordinata per la condanna della ----- al risarcimento del danno subito in relazione ai provvedimenti impugnati.

Il Tar Lazio, Sezione III quater, accoglieva il ricorso respingendo la eccezione di difetto di giurisdizione annullando:

1- il protocollo dell'Intesa della Conferenza Permanente Stato-Regioni rep.n.2396 del 15 dicembre 2005 nella parte in cui è stato approvato l'art. 59 dell'accordo sindacale stipulato il 28 settembre 2005 e riferito al periodo 2006-2009 (laddove demanda ai sindacati il compito di individuare la compagnia assicurativa con oneri a carico del pubblico erario);

2- la lettera Fimp del 17 maggio 2007 di affidamento diretto del servizio di brokering alla -----;

3 - la procedura aperta per l'affidamento del servizio di copertura assicurativa infortuni e malattia per il periodo dal 31 dicembre 2007 al 31

dicembre 2010 di cui al bando di gara pubblicato sulla ----- in data 12 settembre 2007.

Il Tar respingeva l'istanza di risarcimento del danno.

Ha presentato appello la società ----- sostenendo la erroneità della sentenza:

A) in rito , per difetto di giurisdizione amministrativa

-in relazione al punto 1. sostenendo che il rapporto dedotto in giudizio ha natura esclusivamente privatistica ;

- in relazione al punto 3, quanto all'annullamento del contratto di servizi assicurativi e del contratto di brokeraggio assicurativo;

B) nel merito, sostenendo

- la legittimità dell'art.59 comma 5 Ccn medici pediatri;

- la legittimità dell'affidamento senza necessità della procedura ad evidenza pubblica per la consulenza assicurativa del broker in quanto la norma di cui all'art.59 nulla dispone in ordine alla eventuale scelta di ricorrere ad un broker né impone per tale scelta una procedura ad evidenza pubblica;

-la erroneità della tesi del TAR nella parte in cui ritiene che l'affidamento del contratto di servizi assicurativi da parte della sola Fimp e non anche da parte dell'altro sindacato Cipe sarebbe illegittima in quanto l'Enpam avrebbe delegato le funzioni per lo svolgimento della gara ai sindacati firmatari dell'accordo.

Si sono costituite la società ----- e la ----- chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza.

Con ordinanza della Sezione n.90 depositata in data 9.3.2010 sono stati disposti incombenti istruttori.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive.

All'udienza del 6.7.2010 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. **Con la sentenza n. 7251 del 2008 il Tar Lazio**, in accoglimento del ricorso presentato dalla soc. -----, **annullava:**

1.-il protocollo dell'Intesa della Conferenza Permanente Stato-Regioni rep.n.2396 del 15 dicembre 2005, nella parte in cui era stato approvato l'art. 59 dell'accordo sindacale stipulato il 28 settembre 2005 riferito al periodo 2006-2009 laddove demanda ai sindacati il compito di individuare la compagnia assicurativa con oneri a carico del pubblico erario.

2.-la lettera Fimp del 17 maggio 2007 di affidamento diretto del servizio di brokering alla -----

3.-la procedura aperta per l'affidamento del servizio di copertura assicurativa infortuni e malattia per il periodo dal 31 dicembre 2007 al 31 dicembre 2010 di cui al bando di gara pubblicato sulla GUCE in data 12 settembre 2007.

Il Tar respingeva l'istanza di risarcimento del danno posta dalla ricorrente solo in via subordinata all'accoglimento della domanda principale.

2. La società -----, con atto di appello, assume la erroneità della sentenza, sostenendo anzitutto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo: la norma posta dall'art. 59 dell'accordo sindacale di cui sopra non vieterebbe ai sindacati di fare ricorso al broker né imporrebbe per tale scelta una procedura ad evidenza pubblica. Sarebbe poi erroneo l'annullamento da parte del primo giudice della lettera di affidamento del servizio di brokeraggio alla ----- in quanto non sussisterebbe la relativa giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

Secondo l'appellante non vi sarebbe nessuna delegazione di funzioni pubblicistiche dall'Enpam ai sindacati dei medici pediatri in quanto la erogazione della assicurazione per malattia non rientra tra le funzioni

istituzionali dell'Enpam tanto che è necessario ricorrere ad una compagnia di assicurazione privata.

Poiché l'Enpam riscuote i contributi per le prestazioni previdenziali ai sensi dei primi 3 commi dell'art. 59, rientrerebbe in una elementare considerazione di economia organizzativa che lo stesso ente si faccia carico di riscuotere anche i contributi per la assicurazione di malattia per conto dei sindacati.

La appellante censura anche la parte della sentenza del Tar che ha ritenuto illegittima la stipula del contratto di servizi assicurativi da parte della sola Fimp e non anche dell'altro sindacato Cipe.

3. La Sezione non condivide le argomentazioni dell'appellante e ritiene che le conclusioni del Tar, che ha trattenuto la giurisdizione, debbano essere confermate.

In proposito la Sezione osserva che non rileva la natura privatistica della Fimp o la esistenza o meno di atti o poteri amministrativi in quanto per la peculiarità della vicenda, come osservato dal primo giudice, occorre avere riguardo alla natura oggettivamente amministrativa della attività concretamente svolta dalla Federazione.

Ed invero si verte in materia di assegnazione di una polizza sanitaria malattia a favore di tutti i medici pediatri in attività presso la Asl (non solo quelli iscritti al sindacato Fimp) ed il premio da corrispondere alla compagnia assicurativa è devoluto all'Enpam(ente al quale risulta applicabile la normativa sugli appalti pubblici; cfr,C.S. VI, 19 luglio 2009, n. 4059) a valere sulle somme corrispondenti alla quota pubblica di pertinenza delle Asl, quali amministrazioni pubbliche datrici di lavoro e delle trattenute previdenziali dalle stesse effettuate come ritenute previdenziali alla fonte.

L'attività di sottoscrizione della polizza viene quindi svolta da Fimp e Cipe in sostituzione dell'Enpam, quale attività amministrativa diretta ad organizzare un

servizio previdenziale ex art.6 del Reg. del fondo di previdenza a favore dei medici di medicina generale, pediatri di libera scelta ecc., volto al perseguimento di un interesse pubblicistico, con fondi pubblici e con atipica traslazione di funzioni sostanzialmente amministrative in capo ai sindacati firmatari dell'accordo collettivo.

Più specificatamente l'art. 8, comma 1, del d.leg.vo 30 dicembre 1992 n. 502 (come modificato dal d.lgs. 7 dicembre 1993 n. 517), ha demandato ad apposite convenzioni di durata triennale, la disciplina del rapporto di lavoro autonomo, continuativo e coordinato che si instaura tra le Unità Sanitarie locali ed i medici pediatri per l'erogazione dell'assistenza pediatrica. In applicazione della predetta norma è stato emanato l'art. 59 del contratto collettivo di lavoro dei pediatri convenzionati in esame.

La detta norma contrattuale prevede che:

- a). il trattamento previdenziale obbligatorio deve essere finanziato con un contributo (pari all'9,349 % a carico dell'Azienda e il 5,625% a carico del medico) versato all'Enpam su tutti i compensi, con la specifica indicazione dei medici a cui si riferiscono;
- b). è posto a carico del servizio pubblico un ulteriore contributo per l'assicurazione pari allo 0,5% dei compensi da utilizzare per la stipula di apposite assicurazioni di malattia con le stesse cadenze del contributo previdenziale di cui al comma II;
- c). le Aziende versano al predetto Enpam affinché provveda a riversare alla compagnia assicuratrice con la quale "i sindacati firmatari dell'accordo avranno provveduto a stipulare apposito contratto di assicurazione"(IV co).

Il corrispettivo per l'attività di brokeraggio è quindi pagato con risorse pubbliche dall'Enpam e frutto delle ritenute previdenziali alla fonte sui

corrispettivi mensili dovuti ai medici pediatri che lavorano in rapporto di parasubordinazione con il sistema sanitario nazionale.

Non può dubitarsi che il contratto di cui si discute abbia carattere oneroso dovendo essere remunerato attraverso il caricamento della provvigione del broker sul premio assicurativo con l'effetto che per la sostituzione del broker si imponevano le medesime procedure rese obbligatorie dall'art. 59 comma 5 per la individuazione della compagnia assicurativa e quindi lo espletamento di una procedura negoziata ad evidenza pubblica.

Come rilevato dal Tar, non può consentirsi all'Enpam di prescindere dagli obblighi comunitari cui è tenuto come ente gestore di previdenza obbligatoria vertendosi sostanzialmente in un caso di delegazione di funzioni pubbliche in capo ad un soggetto privato operata da soggetti terzi (nel caso la SISAC-Struttura Interregionale Sanitari convenzionati). In tale ipotesi, il principio della traslazione dell'onere del rispetto della concorrenza comunitaria, impone che il delegatario debba comunque rispettare la disciplina in materia di gare comunitarie e, di conseguenza, essere soggetto al sindacato del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 244 e 245 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m..

In conclusione la natura privatistica della Fimp risulta irrilevante ai fini di stabilire la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo dal momento che viene in rilievo la funzione gestoria delegata alla Associazione di categoria per conto dell'Enpam, non potendosi dubitare della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di sindacato sulla regolarità degli affidamenti di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture ex art. 244 del codice dei contratti pubblici.

5. La ----- ha poi censurato la sentenza laddove il giudice di prime cure ha ritenuto di annullare la "lettera di affidamento diretto del servizio di

brokeraggio alla ----- assumendo che anche per tale fattispecie il giudice amministrativo non possedeva la giurisdizione .

Al riguardo, prescindendo dalla evoluzione giurisprudenziale conseguente alla direttiva 2007/66 (tuttavia non applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame), deve osservarsi che **il Tar si è limitato ad annullare la lettera di affidamento dell'incarico costituente un provvedimento unilaterale di conferimento del servizio, equivalente ad un atto di aggiudicazione**, in relazione al quale deve essere senz'altro configurata la giurisdizione del giudice amministrativo.

In disparte si rileva che risulta incerto lo stesso interesse alla censura, atteso che la ----- dichiara, anche nella memoria depositata in vista dell'udienza di trattazione del 6.7.2010, di avere eseguito il contratto di brokeraggio assicurativo affidatole assistendo la Fimp nello svolgimento della procedura per la selezione della compagnia assicurativa.

6. Si aggiunga infine che il richiamato art. 59 comma 5 dell'accordo collettivo prevede che le due associazioni firmatarie (Cipe e Fimp) siano congiuntamente chiamate ad individuare, in sostituzione dell'Enpam, la compagnia assicurativa cui affidare la polizza e che congiuntamente debbano procedere alla individuazione del broker. Con l'effetto che l'affidamento diretto da parte della sola Fimp del servizio assicurativo alla ----- deve ritenersi illegittimo in quanto la procedura andava comunque indetta congiuntamente dalle due associazioni.

7. In conclusione, l'appello non merita accoglimento mentre spese ed onorari per la novità e peculiarità della fattispecie, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, definitivamente decidendo respinge l'appello in epigrafe indicato.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione