

I limiti alla discrezionalità della stazione appaltante nell'individuazione dei requisiti di partecipazione e dei relativi mezzi di prova

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 17-3-2017

1. *La stazione appaltante non può richiedere al concorrente – in forza dei principi di ragionevolezza e proporzionalità - il possesso di requisiti di partecipazione che comportino oneri particolarmente onerosi ove essi non rispondano ad una specifica esigenza della medesima stazione appaltante.*

2. *La stazione appaltante può imporre al concorrente anche una pluralità di mezzi di prova tra quelli indicati dall'art. 86, comma 4 D.Lgs. 50/2016 e dall'Allegato XVII, a condizione che essi non siano ridondanti.*

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il tema della ragionevolezza e della proporzionalità dei requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto, con riguardo alla prova della capacità economica e finanziaria.

Nel caso di specie, la *lex specialis* della gara per l'affidamento di servizi sanitari e sociali indetta dall'ASST Bergamo Ovest prevedeva tra i requisiti di partecipazione – ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria – l'attestazione del possesso di una copertura assicurativa contro i rischi professionali di importo non inferiore a quello posto a base di gara e, in via cumulativa, idonee dichiarazioni bancarie.

La ricorrente, una cooperativa sociale che aveva presentato domanda di partecipazione, dichiarava di essere in possesso delle garanzie bancarie richieste e di una polizza RC professionale, che però prevedeva un massimale di importo inferiore a quello richiesto. La cooperativa precisava, al riguardo, di aver concordato con l'agenzia assicurativa l'adeguamento del massimale in caso di aggiudicazione, sulla base di semplice richiesta e con effetto immediato.

La stazione appaltante, a fronte della mancata allegazione della polizza assicurativa con il massimale richiesto, decideva di escludere la cooperativa per mancata dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria.

La cooperativa impugnava l'esclusione dalla procedura di gara, sostenendo, in particolare,

che l'impegno all'integrazione del massimale fosse sufficiente a comprovare il possesso del requisito richiesto e che, in ogni caso, lo stesso poteva ritenersi dimostrato mediante le dichiarazioni bancarie allegate.

Il T.A.R. ha accolto il ricorso ed ordinato la riammissione della ricorrente in gara.

Anzitutto, il Collegio osserva che l'art. 83, co. 4, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016, che consente alle stazioni appaltanti di chiedere un livello adeguato di copertura assicurativa a dimostrazione della capacità economica e finanziaria negli appalti di servizi, *"impone che sia accertata, ancora al momento della presentazione dell'offerta, una condizione che in realtà sarà necessaria solo per lo svolgimento dell'attività, ossia un adempimento che produrrà effetti solo per l'aggiudicatario"*.

La norma, secondo il T.A.R., deve essere interpretata alla luce del principio del *favor participationis*, in forza del quale occorre preferire, tra tutti i possibili significati, quello *"che impone il costo minore per gli operatori economici, evitando la creazione di ostacoli impropri alla partecipazione"*. In tale ottica, l'allegazione in fase di gara di un contratto di assicurazione con un massimale già adeguato al valore dell'appalto risulta particolarmente onerosa per i concorrenti e *"del tutto superflua"*, divenendo necessaria solo al momento dell'aggiudicazione.

Pertanto, secondo il T.A.R., ove il concorrente – in fase di gara – dia prova certa del fatto che la copertura assicurativa richiesta dalla *lex specialis* sarà presente all'atto di aggiudicazione e che la sua attivazione sarà immediata, a semplice richiesta dell'aggiudicatario e senza necessità di ulteriore assenso da parte di soggetti terzi, non può essere comminata l'esclusione per mancata prova del requisito.

Si tratta dunque, nel caso in esame, di fare applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, in forza dei quali il Collegio ha ritenuto che: *"l'esclusione dalla gara è una sanzione ragionevole e proporzionata solo quando la stazione appaltante sia esposta al rischio di selezionare un aggiudicatario non in grado di attivare immediatamente la copertura assicurativa"*.

Quanto all'ulteriore censura della ricorrente, secondo cui le garanzie bancarie devono essere intese come referenza alternativa e non cumulativa rispetto alla copertura assicurativa, il T.A.R. respinge tale assunto. In particolare, il Collegio rileva che sia l'allegato XVII, sia l'art. 86, co. 4, del D. Lgs. n. 50/2016 consentono di utilizzare in via cumulativa uno o più mezzi di prova, con la conseguenza che la stazione appaltante resta libera di *"esigere anche una pluralità di mezzi di prova, sommando diversi gruppi o diverse voci all'interno dello stesso gruppo"*.

Ancora una volta, il limite alla discrezionalità è individuato nel principio di ragionevolezza, in forza del quale la stazione appaltante dovrà *"astenersi dal richiedere mezzi di prova ridondanti"*.

Nel caso in esame, tale limite risulta – a giudizio del T.A.R. – rispettato, trattandosi di un

appalto di servizi “*di particolare delicatezza e complessità [...] in una comunità protetta*” e “*rivolto a soggetti fragili*”.

Pubblicato il 27/02/2017

N. 00282/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01485/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 120 commi 2-*bis* e 6-*bis* cpa

sul ricorso numero di registro generale 1485 del 2016, proposto da:

SERIANA 2000 SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE, rappresentata e difesa dagli avv. Massimiliano Brugnoletti e Paola Scolari, con domicilio eletto presso la seconda in Brescia, via Solferino 55;

contro

AZIENDA SOCIO-SANITARIA TERRITORIALE (ASST) BERGAMO OVEST, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso l'avv. Alberto Salvadori in Brescia, via XX Settembre 8;

nei confronti di

CASCINA CLARABELLA - CONSORZIO DI COOPERATIVE SOCIALI SOCIETÀ COOPERATIVA ONLUS, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale del 7 novembre 2016, con il quale è stata disposta in seduta pubblica l'esclusione della cooperativa ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di gestione

della Comunità Protetta ad Alta Intensità di Martinengo, della Comunità Protetta a Media Intensità di Bonate Sopra, e dei programmi di residenzialità leggera;

- della nota del responsabile della UO Approvvigionamenti del 9 novembre 2016, con la quale è stata comunicata l'esclusione dalla gara;

- del verbale del 24-26 ottobre 2016, con il quale è stata disposta in seduta riservata l'esclusione della cooperativa ricorrente dalla gara;

- del verbale del 28 novembre 2016, con il quale è stata confermata l'esclusione della cooperativa ricorrente;

- degli atti presupposti, tra cui il disciplinare di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASST Bergamo Ovest;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2017 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'ASST Bergamo Ovest, con bando pubblicato sulla GUUE il 16 luglio 2016, ha indetto una procedura aperta telematica per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della gestione triennale (ripetibile per un ulteriore triennio) della Comunità Protetta ad Alta Intensità di Martinengo, della Comunità Protetta a Media Intensità di Bonate Sopra, e dei programmi di residenzialità leggera. L'importo a base di gara per il primo triennio era pari a € 2.850.000 (Iva esclusa). L'attività si colloca nella categoria dei servizi sanitari e sociali.

2. Il disciplinare di gara (art. 5) prevedeva tra i requisiti di partecipazione, quale prova della capacità economica e finanziaria, *“l'attestazione, indicando data e soggetto emanante, del possesso di una copertura assicurativa contro i rischi professionali di importo non inferiore a quello a quello a base di gara”*.

3. Alla gara hanno partecipato due soggetti, la ricorrente cooperativa sociale Seriana 2000 e l'ATI guidata dal consorzio di cooperative sociali Cascina Clarabella.

4. Per quanto riguarda il requisito di cui all'art. 5 del disciplinare di gara, la cooperativa ricorrente ha dichiarato, nella domanda di partecipazione, di essere in possesso di una polizza RC professionale di Zurich Insurance PLC con un massimale pari a € 1.500.000, precisando che era già stato concordato con l'agenzia *"l'adeguamento, in caso di aggiudicazione dell'appalto in oggetto, del massimale da € 1.500.000 a € 3.000.000, operante con effetto immediato a semplice richiesta della scrivente"*. A conferma, è stata allegata la dichiarazione del broker Assiteca BSA srl di data 7 ottobre 2016, nella quale si afferma che *"su specifica richiesta la Compagnia [Zurich Insurance PLC] ci ha accordato l'aumento del massimale da € 1.500.000 a € 3.000.000, tale adeguamento sarà operante su richiesta della contraente spett.le Seriana 2000 Soc. Coop. Soc. Onlus con effetto immediato dalla richiesta stessa"*.

5. Oltre alla dichiarazione del broker e alla polizza originaria con Zurich Insurance PLC, la ricorrente ha allegato alla domanda anche una diversa polizza assicurativa, con un massimale pari a € 6.000.000, riferita alla responsabilità civile. Questa seconda polizza, tuttavia, escludeva espressamente i danni derivanti da attività mediche e infermieristiche, e quelli relativi alla gestione di strutture sanitarie e all'attività professionale in genere.

6. Nella seduta riservata del 24-26 ottobre 2016 la commissione di gara ha valutato la documentazione amministrativa contenuta nelle buste telematiche, e ha deciso di escludere la cooperativa ricorrente, ritenendo che il requisito di capacità economica e finanziaria dovesse essere provato con l'allegazione di una vera e propria polizza assicurativa avente il massimale richiesto. La decisione è stata ribadita nella seduta pubblica del 7 novembre 2016, e ulteriormente confermata, in risposta a una richiesta di autotutela da parte della cooperativa ricorrente, nella seduta del 28 novembre 2016. Con la stessa procedura, la commissione di gara ha escluso anche l'altra concorrente, per mancata specificazione delle parti di servizio assegnate alle società consorziate e per incompletezza della copertura assicurativa contro i rischi professionali.

7. Contro i verbali relativi alle predette sedute, e per quanto necessario contro lo stesso disciplinare di gara, la ricorrente ha proposto impugnazione allo scopo di essere riammessa alla gara e di conservare le possibilità di aggiudicazione. In subordine, è stato chiesto il risarcimento per equivalente.

8. Le censure sono così sintetizzabili: (i) violazione dell'art. 83 comma 4-c del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché dell'art. 5 del disciplinare di gara, in quanto l'impegno della compagnia di assicurazione circa l'integrazione del massimale costituirebbe un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali; (ii) violazione dell'art. 83 comma 9 del Dlgs. 50/2016 per mancato esercizio del potere di soccorso istruttorio, essendovi una polizza valida contro i rischi professionali, che avrebbe potuto essere immediatamente integrata con l'adeguamento del massimale; (iii) violazione dell'art. 86 comma 4 e dell'allegato XVII del Dlgs. 50/2016, in quanto la prova della capacità economica e finanziaria potrebbe essere data, in via alternativa, dalla copertura assicurativa contro i rischi professionali oppure da idonee dichiarazioni bancarie, presenti nel caso in esame; (iv) violazione del principio di massima partecipazione, in

quanto sarebbe stato necessario interpretare il disciplinare di gara nel senso che era sufficiente anche la sola polizza per la responsabilità civile non riferita all'attività professionale; (v) in via subordinata, violazione dell'art. 30 del Dlgs. 50/2016 e del principio di trasparenza, in quanto la valutazione della documentazione amministrativa avrebbe dovuto avvenire in seduta pubblica.

9. L'ASST si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

10. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sulla copertura assicurativa

11. L'art. 83 comma 4-c del Dlgs. 50/2016 consente alle stazioni appaltanti di chiedere, a dimostrazione della capacità economica e finanziaria negli appalti di servizi e forniture, un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali. La formula normativa impone che sia accertata, ancora al momento della presentazione dell'offerta, una condizione che in realtà sarà necessaria solo per lo svolgimento dell'attività, ossia un adempimento che produrrà effetti solo per l'aggiudicatario.

12. Poiché tra più interpretazioni possibili in base alla lettera della norma deve essere preferita quella che impone il costo minore per gli operatori economici, evitando la creazione di ostacoli impropri alla partecipazione, si ritiene che il livello adeguato di copertura assicurativa possa essere raggiunto anche per gradi, e con una pluralità di strumenti negoziali. Pertanto, si deve escludere che la norma richieda necessariamente l'allegazione di un nuovo contratto di assicurazione, con un massimale già adeguato al valore dell'appalto. La produzione di un simile documento, onerosa per i concorrenti, sarebbe del tutto superflua nel corso della gara, mentre assume la massima importanza al termine della stessa, quando occorre tutelare l'interesse pubblico all'immediato avvio del servizio o della fornitura.

13. Dal lato dei concorrenti, questo significa che l'esclusione dalla gara è una sanzione ragionevole e proporzionata solo quando la stazione appaltante sia esposta al rischio di selezionare un aggiudicatario non in grado di attivare immediatamente la copertura assicurativa. Al contrario, se vi è la certezza che la copertura assicurativa richiesta dal bando o dal disciplinare di gara sarà presente al momento dell'aggiudicazione, e che l'attivazione della suddetta copertura dipende solo dalla volontà dell'aggiudicatario, e non dall'assenso di terzi, l'interesse pubblico può dirsi tutelato, e di conseguenza risulta indifferente lo strumento negoziale che ha reso possibile il risultato.

14. La clausola di incremento del massimale riferita alla polizza già stipulata dalla cooperativa ricorrente rientra perfettamente in tale schema, perché, come si è visto, non lascia spazio a ulteriori contrattazioni con la compagnia di assicurazione. L'attivazione della garanzia con il massimale richiesto è una potestà rimessa esclusivamente alla parte contraente una volta verificatasi l'aggiudicazione.

Sul soccorso istruttorio

15. L'art. 5 del disciplinare di gara, che richiede il possesso di una copertura assicurativa contro i rischi professionali di importo non inferiore a quello a quello a base di gara, può essere interpretato come una mera riformulazione dell'art. 83 comma 4-c del Dlgs. 50/2016. Non vi è quindi alcun ostacolo all'allegazione di un impegno della compagnia di assicurazione, diretto o attestato dal broker, per la futura stipula o integrazione, a semplice richiesta del concorrente interessato, di una polizza con le caratteristiche richieste.

16. Se le espressioni utilizzate nel disciplinare di gara fossero state più esplicite nel senso di imporre l'allegazione di un nuovo contratto di assicurazione con un certo massimale, questo avrebbe costituito un aggravio della posizione dei concorrenti rispetto alla disciplina di legge, e dunque si sarebbe verificata l'ipotesi di nullità parziale prevista dall'art. 83 comma 8 del Dlgs. 50/2016.

17. In questo quadro, il soccorso istruttorio invocato dalla cooperativa ricorrente appare inutile, in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto semplicemente riconoscere l'idoneità della clausola di incremento del massimale, rinunciando alla pretesa di ottenere dai concorrenti un contratto di assicurazione già sottoscritto.

Sulla prova della capacità economica e finanziaria

18. Quanto sopra esposto è sufficiente ad assicurare alla cooperativa ricorrente il reingresso nella gara. Occorre tuttavia sottolineare, proseguendo nell'esame dei motivi di ricorso, che tale risultato viene conseguito esclusivamente grazie all'impegno assunto dalla compagnia di assicurazione relativamente all'incremento del massimale della polizza contro i rischi professionali.

19. Questo requisito non era alternativo alle dichiarazioni bancarie, parimenti richieste dal disciplinare di gara a dimostrazione della capacità economica e finanziaria. L'allegato XVII del Dlgs. 50/2016, infatti, nello stabilire l'elenco delle referenze valide come mezzi di prova, specifica che è possibile utilizzare una o più di tali referenze. La stessa precisazione è contenuta nell'art. 86 comma 4 del Dlgs. 50/2016. La scelta è rimessa alla stazione appaltante, che può quindi esigere anche una pluralità di mezzi di prova, sommando diversi gruppi o diverse voci all'interno dello stesso gruppo, come è avvenuto nel caso in esame (le dichiarazioni bancarie e la copertura assicurativa contro i rischi professionali sono inserite nello stesso gruppo di referenze). Il limite è solo quello (implicito) della ragionevolezza, e dunque la stazione appaltante dovrà astenersi dal richiedere mezzi di prova ridondanti. Nello specifico, tuttavia, la previsione della copertura assicurativa contro i rischi professionali appare giustificata dalla particolare delicatezza e complessità delle prestazioni erogate in una comunità protetta.

20. Non sarebbe stata utile come requisito sostitutivo la polizza riferita alla responsabilità civile in ambito extraprofessionale. In effetti, se si considera che il servizio è rivolto a soggetti fragili, si deve ritenere che la stazione appaltante, individuando come necessaria la copertura assicurativa contro i rischi professionali, abbia correttamente esercitato la propria discrezionalità.

Sulla procedura di gara

21. Non sembra infine esservi alcun profilo di violazione dell'art. 30 del Dlgs. 50/2016 e del principio di trasparenza per il fatto che la valutazione della documentazione amministrativa sia avvenuta in seduta riservata (v. verbale del 24-26 ottobre 2016), dopo che in seduta pubblica (v. verbale del 13 ottobre 2016) era stata constatata la completezza della suddetta documentazione.

22. In realtà, tale procedura è perfettamente legittima (oltre che conforme all'art. 16 del disciplinare di gara), in quanto distingue le fasi che richiedono la pubblicità (per consentire il controllo sul contenuto materiale delle offerte da parte di tutti i concorrenti) e le fasi che invece possono svolgersi anche senza la presenza del pubblico, in quanto dedicate alla qualificazione delle irregolarità di documenti ormai identificati e non più esposti al rischio di sostituzioni o manipolazioni.

Conclusioni

23. Il ricorso deve quindi essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, per i profili sopra esposti, e la riammissione della cooperativa ricorrente alla gara. La pronuncia favorevole su questo punto non lascia margini alla richiesta di risarcimento per equivalente, peraltro introdotta solo in via subordinata.

24. Tenendo conto dell'attività interpretativa resa necessaria dalla formulazione dell'art. 83 comma 4-c del Dlgs. 50/2016, e considerando, da un lato, la ridotta attività processuale imposta dal rito ex art. 120 commi 2-bis e 6-bis cpa, e dall'altro la reiezione della domanda risarcitoria, appare giustificata l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

25. Il contributo unificato è a carico dell'amministrazione ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

- (a) accoglie il ricorso, come precisato in motivazione;
- (b) respinge la domanda di risarcimento per equivalente;
- (c) compensa integralmente le spese di giudizio;
- (d) pone il contributo unificato a carico dell'ASST Bergamo Ovest.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Giorgio Calderoni

IL SEGRETARIO