

Pubblicato il 18/07/2019

N. 09526/2019 REG.PROV.COLL.
N. 08745/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8745 del 2018, proposto da Aig Europe Ltd Rappresentanza Generale per l'Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nino Paolantonio, Andrea Ivan Bullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Nino Paolantonio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Inarcassa – Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Alessandro Botto, Monica Colombera, Simona Bianca, Giacomo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza di San Bernardo, 101.

per l'annullamento

- del “disciplinare di gara per la procedura aperta in ambito comunitario, da espletarsi tramite piattaforma telematica ADEPP, ex art. 60 D.Lgs. 50/16 per

l'individuazione di una o più Società di assicurazione, singole o associate in coassicurazione, incluso sindacati assicurativi con cui stipulare una Convenzione per l'offerta di servizi assicurativi in materia di RC professionale e Tutela Legale agli ingegneri ed architetti iscritti nei rispettivi albi, anche pensionati, ed alle Società di Ingegneria, di professionisti e tra professionisti” (Lotto 1-Polizza RC Professionale - C.I.G. 7513166CB5 e Lotto 2 - Polizza tutela legale - C.I.G. 7513184B90), ove prevede, all'art. 9.5, i “requisiti di capacità tecnica relativi al servizio di copertura assicurativa” che “devono essere già posseduti alla data di pubblicazione del bando”, nonché ove detta i criteri per la valutazione tecnica ed economica delle offerte;

- nonché d'ogni altro atto e/o provvedimento ad esso presupposto, con particolare riguardo alla deliberazione a contrarre n. 24234/18 del 13 aprile 2018 (non nota), al Bando spedito alla GURI il 15 giugno 2018 ed ai Capitolati di ciascun Lotto, nonché conseguenziale o comunque connesso, con riserva di motivi aggiunti per quelli che non si sono potuti conoscere e/o che sopravverranno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Inarcassa – Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2019 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha impugnato la procedura aperta in ambito comunitario, da espletarsi tramite piattaforma telematica ADEPP, ex art. 60 D.Lgs. 50/16, indetta dall'Inarcassa, per l'individuazione di una o più Società di assicurazione, singole o associate in coassicurazione, incluso sindacati assicurativi con cui stipulare una Convenzione per l'offerta di servizi

assicurativi in materia di RC professionale e Tutela Legale agli ingegneri ed architetti iscritti nei rispettivi albi, anche pensionati, e alle Società di Ingegneria, di professionisti e tra professionisti.

La ricorrente ha rilevato di essere interessata e pienamente legittimata a partecipare alla gara in questione, ma che, tuttavia, la legge di gara è caratterizzata da una serie di distorsioni anticoncorrenziali che le impediscono di formulare un'offerta seria, sostenibile ed effettivamente concorrenziale.

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: 1. Quanto ai requisiti tecnici di partecipazione: violazione degli artt. 83 e 95 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'all. XIV, par. D, n. 16 al d.lgs. 50/2016. Elusione della Det. ANAC 2/2013 e della Del. ANAC 618/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 2. Violazione della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, violazione del principio di proporzionalità, ingiustizia ed illogicità manifeste. Sviamento. 2. Quanto alla commistione tra requisiti partecipativi e criteri di valutazione tecnica: violazione degli artt. 83 e 95 del D.Lgvo 50/2016. Elusione della Det. ANAC 2/2013 e violazione della Del. ANAC 618/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 2. Violazione della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, violazione del principio di proporzionalità. Ingiustizia ed illogicità manifeste. Sviamento. 3. Quanto ai singoli criteri di valutazione tecnica: violazione dell'art. 95 del D.Lgvo 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 2. Elusione della Det. ANAC 2/2013 e violazione della Del. ANAC 618/2016. Violazione dell'art. 1895 cod. civ. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Ingiustizia ed illogicità manifeste. Sviamento. 4. Sulla "continuità assicurativa". Violazione degli artt. 1895, 1915 comma 1, 1932, 2952 e 2936 cod. civ. Nullità assoluta del contratto. 5. Violazione della Deliberazione ANAC n. 618 dell'8 giugno 2016. 6. D. Quanto alla formula di attribuzione del punteggio per l'offerta economica: violazione dell'art. 95 del D.Lgvo 50/2016. Violazione delle Linee Guida n. 2 dell'ANAC. Difetto di motivazione. Compromissione della *par*

condicio *competitorum*. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca e violazione del principio di proporzionalità. Ingiustizia ed illogicità manifeste. Sviamento.

Sostiene la ricorrente: che l'art. 9.5. del disciplinare è illegittimo laddove richiede che i requisiti tecnici debbano essere posseduti al momento della pubblicazione del bando e non al momento della presentazione delle offerte; che l'art. 9.5 è illegittimo anche laddove qualifica come "requisiti minimi di partecipazione" quelli che non sono altro che attività di mero supporto al servizio assicurativo destinati ad assumere rilievo esclusivamente in caso di aggiudicazione; che i requisiti richiesti dall'art. 9.5. sono elementi propri del profilo tecnico di valutazione delle offerte; che il bando introduce la possibilità di proporre varianti in violazione dell'art. 95, comma 14, lett. b) codice contratti; che, in relazione al lotto 2, non è previsto alcunché in relazione al servizio di gestione dei sinistri e al referente; che i singoli criteri di attribuzione del punteggio tecnico da un lato agevolano l'allineamento delle offerte, e dall'altro lato contengono disposizioni (la continuità assicurativa) che impediscono a priori l'assunzione del rischio da parte di un nuovo Assicuratore; che la continuità assicurativa prevista dal bando andrebbe oltre al concetto di retroattività illimitata fino ad estendersi ai sinistri non denunciati negli anni precedenti, in violazione degli artt. 1895, 1915 e 2952 c.c.; che le modalità di attribuzione del punteggio non è stata motivata così come richiesto dalla delibera Anac.

La controinteressata Inarcassa ha rilevato che: la previsione del possesso dei requisiti tecnici sin dalla data di indizione della gara è diretta a riservare la partecipazione agli operatori che già fossero muniti delle dotazioni operative richieste, e che quindi già conoscessero l'uso delle specifiche modalità di gestione del contatto tra assicurato e assicuratore previste dalla Stazione appaltante; che è possibile tanto il subappalto quanto l'avvalimento; che i requisiti ex art. 9.5. si sostanziano in veri e propri requisiti di capacità tecnica, ex art. 83, d.lgs. n. 50/2016, laddove i criteri di valutazione delle offerte sono

disciplinati in altra sezione della *lex specialis* ed attengono a prestazioni ulteriori ed eccedenti i livelli minimi richiesti ai fini della partecipazione; che vi è differenza tra varianti e proposte migliorative; che il rating attribuito a ciascun concorrente consente di valutarne il rischio finanziario; che non può ipotizzarsi (né tantomeno predicarsi) alcuna distorsione anticoncorrenziale nella ricerca della valorizzazione di un elemento migliorativo rispetto allo schema tipico delle polizze “*claims made*”; che una compagnia assicurativa che non ritenga di offrire la predetta continuità assicurativa, non potrebbe dirsi lesa dall’eventuale mancata aggiudicazione: detta Impresa, infatti, potrà in ogni caso fornire liberamente sul mercato assicurativo una propria polizza che – pur non offrendo la clausola de qua – per servizi, coperture o premi valga a competere con quelle offerte dall’aggiudicatario della gara in contestazione; che si vuole offrire una sicura continuità ai propri iscritti, che la formula di calcolo dell’offerta economica, la stessa è tra quelle espressamente previste dalle Linee Guida n. 2/2016 di attuazione del d.lgs. n. 50/2016.

Con ordinanza n. 5942/2019 il Consiglio di Stato, in riforma dell’ordinanza di questo Tribunale, ha accolto la richiesta misura cautelare ritenendo la “*complessiva incongruità sia dell’articolo 9.5 del disciplinare di gara (con particolare riguardo alla prescrizione secondo cui i requisiti di ordine tecnico ivi richiamati dovessero essere posseduti alla data di pubblicazione del bando – e non alla data ultima per la presentazione delle offerte -); sia della previsione che include, fra i criteri di valutazione tecnica delle offerte, il requisito della ‘continuità assicurativa’ (quanto meno nell’estesissima declinazione offertane dalla lex specialis)*”.

Alla pubblica udienza del 21 maggio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, condividendo quanto rilevato dal Consiglio di Stato con l’ordinanza citata ritiene il ricorso fondato.

1. Fondata è la censura avverso la clausola che richiede il possesso dei requisiti alla data di pubblicazione del bando e non alla data di scadenza del termine

per la presentazione delle offerte.

Per l'art. 9.5 del Disciplinare *“i requisiti devono essere posseduti e dimostrati direttamente dagli assicuratori o dai sindacati assicurativi o dai soggetti autorizzati dagli Assicuratori o dai sindacati assicurativi che dovranno essere menzionati già in sede di gara. Tali requisiti devono essere già posseduti alla data di pubblicazione del bando. I servizi richiesti per la capacità tecnica, che si elencano di seguito, dovranno essere messi gratuitamente a disposizione dei beneficiari delle coperture assicurative, in caso di aggiudicazione: a) il servizio di Firma elettronica avanzata o altra firma elettronica digitale prevista dalla normativa; b) una Piattaforma web on line, con sistema di sicurezza certificato ssl -protocollo crittografato - con motore di calcolo, in grado di: quotare-emettere in tempo reale le singole polizze; assicurare il pagamento on line con carta di credito o bonifico bancario; inviare ad ogni assicurato la documentazione precontrattuale e contrattuale on line per ogni quotazione ed emissione di polizza e consentire la compilazione del questionario di adeguatezza; c) un servizio di contact center, avente certificazione ISO:9001 con numero verde, che garantisca la copertura delle seguenti fasce orarie: dalle ore 9.00 alle ore 12.30 e dalle 14.30 alle 17.30 dal lunedì al giovedì; dalle ore 9.00 alle ore 12.30 il venerdì – esclusi sabato e giorni festivi”*.

È giurisprudenza costante quella per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (cfr. Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4470).

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha ritenuto che questi debbano essere posseduti già al momento della pubblicazione del bando, senza permettere, in sostanza, che le imprese partecipanti possano dotarsi dei requisiti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

L'Inarcassa ha giustificato tale scelta ritenendo di aver voluto *«selezionare gli offerenti sulla base di un criterio esperienziale ..., focalizzando l'attenzione su quegli “operatori economici” che “possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria*

per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, come puntualmente prescritto dall'art. 83, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016>>.

Tuttavia, tale giustificazione non convince, posto che questo scopo si sarebbe raggiunto allorquando fosse stata prevista la necessità che i requisiti fossero posseduti per un esteso periodo di tempo, con ciò garantendo l'idoneità tecnica delle imprese partecipanti così come desunta dallo svolgimento del servizio in questione per un determinato lasso temporale.

La previsione in esame, al contrario (come evidenziato dalla ricorrente), non permette di valutare l'esperienza professionale, proprio in quanto sarebbe possibile partecipare anche nei casi in cui questi requisiti siano in possesso della partecipante solo da un brevissimo lasso di tempo prima della pubblicazione del bando.

2. Parimenti fondata è la censura avverso la clausola c.d. di continuità assicurativa.

Gli artt. A.3 e A.4 (garanzia della continuità assicurativa) del disciplinare stabiliscono che *“L'aggiudicatario dovrà garantire continuità assicurativa della copertura nei confronti degli utenti assicurati nella precedente Convenzione Inarcassa, attraverso l'adesione on-line: la protezione del rischio verrà prestata automaticamente senza alcuna penalità e senza considerare i sinistri e/o le circostanze note non denunciate negli anni precedenti per le quali l'aggiudicataria dovrà garantire la piena copertura assicurativa senza poter eccepire l'omessa o tardiva denuncia.*

Si precisa che, limitatamente agli utenti che hanno aderito alla precedente Convenzione RC Inarcassa, le circostanze e/o i fatti noti prima della Convenzione oggetto della presente procedura, in deroga agli articoli 1892- 1893 del Codice Civile, non potranno essere esclusi dalla copertura.

In relazione alla compilazione del questionario, saranno esentati i soggetti già assicurati nella precedente Convenzione, fatta eccezione della scelta del massimale, dei sinistri liquidati e del fatturato conseguito nell'anno precedente la stipula della polizza.”.

Le disposizioni in esame si sostanziano nell'introduzione delle c.d. clausole *claims made*, le quali operano una deroga al modello di assicurazione della

responsabilità civile delineato dall'art. 1917, comma 1, c.c., poiché la copertura assicurativa viene ad operare non in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nell'arco temporale di operatività del contratto, quale che sia il momento in cui la richiesta di danni venga avanzata (modello c.d. *loss occurrence* o *act committed*), bensì in ragione della circostanza che nel periodo di vigenza della polizza intervenga la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato (il c.d. *claim*) e che tale richiesta sia inoltrata dall'assicurato al proprio assicuratore.

In sostanza, il modello *claims made* si caratterizza per la copertura di fatti accaduti anche prima del periodo di efficacia della polizza.

Le clausole in esame sono state oggetto di un approfondito esame da parte delle Sezioni Unite con la sentenza n. 22437/2018.

In particolare, la Suprema Corte ha superato in modo definitivo l'assunto circa l'atipicità della clausola *claims made* ed il conseguente scrutinio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., ritenendo che “*nello spazio concesso dalla derogabilità (art. 1932 c.c.) del sotto-tipo delineato dal primo comma del citato art. 1917 (ossia dello schema improntato al loss occurrence o all'act committed), ben si colloca, e non da ora soltanto, il modello claims made, da accettarsi, dunque, nell'area della tipicità legale e di quella stessa del codice del 1942, nel suo più ampio delinearsi come assicurazione contro i danni, rifluendo nell'alveo proprio dell'esercizio dell'attività assicurativa*” con la conseguenza che la “*liceità della claims made con "garanzia pregressa" si apprezza perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impovertimento patrimoniale del danneggiante assicurato*”.

Tale conclusione non comporta però l'assenza di qualsiasi verifica della rispondenza ai principi dell'ordinamento, essendo sempre necessario “*il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello claims made, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione*

del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio".

È sempre necessaria una verifica della causa concreta del contratto "ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

In sostanza, nonostante il superamento della c.d. atipicità della clausola *claims made* è sempre necessario un'indagine concreta sulla causa del contratto e cioè l'adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti e una verifica sulla liceità, intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento.

L'A.N.A.C., con le "linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi", ha determinato le "clausole tipo che devono disciplinare il rapporto intercorrente tra le stazioni appaltanti e le imprese di assicurazione aggiudicatarie di contratti pubblici di servizi assicurativi".

L'Autorità ha rilevato come sia necessario "individuare quali siano i sinistri verificatisi precedentemente alla stipula del contratto che possono rientrare nella copertura assicurativa. Si tratta di un problema particolarmente delicato considerato che dalla maggiore o minore estensione della copertura assicurativa possono scaturire comportamenti opportunistici da parte del contraente (che cerca di scaricare sull'assicuratore sinistri passati che non dovrebbero ricadere nel contratto) o da parte dell'assicuratore (che cerca di sottrarsi ad una maggiore copertura di sinistri che invece dovrebbero ricadere nel contratto). In sostanza, la copertura "claims made" dovrebbe riguardare solo i sinistri per i quali antecedentemente alla stipula del contratto non è stata presentata richiesta di risarcimento e di cui il contraente non era a conoscenza. Nel caso di una pubblica amministrazione è da ritenere che l'effettiva conoscenza si abbia solo a seguito di comunicazione formale dell'avvenuto sinistro".

Da quanto sopra esposto, ne discende che il modello *claims made* non può comunque prescindere dall'applicazione degli artt. 1892 (dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave) e 1893 c.c. (dichiarazioni inesatte e

reticenze senza dolo o colpa grave), non potendosi “scaricare sull’assicuratore sinistri passati che non dovrebbero ricadere nel contratto” (delibera Anac citata).

Nel caso in esame, il disciplinare di gara prevede al contrario la non applicabilità dell’art. 1892 c.c., laddove sancisce che “la protezione del rischio verrà prestata automaticamente senza alcuna penalità e senza considerare i sinistri e/o le circostanze note non denunciate negli anni precedenti per le quali l’aggiudicataria dovrà garantire la piena copertura assicurativa senza poter eccepire l’omessa o tardiva denuncia” precisandosi altresì che “limitatamente agli utenti che hanno aderito alla precedente Convenzione RC Inarcassa, le circostanze e/o i fatti noti prima della Convenzione oggetto della presente procedura, in deroga agli articoli 1892- 1893 del Codice Civile, non potranno essere esclusi dalla copertura”.

In sostanza, gli articoli in esame del disciplinare di gara sono illegittimi nella parte in cui attraverso l’applicazione della clausola *claims made* determinano l’impossibilità per l’assicuratore di opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti.

3. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con l’assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso.

Le spese possono essere compensate stante la novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2019 con l’intervento dei magistrati:

Alfonso Graziano, Presidente FF

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Emiliano Raganella, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Claudia Lattanzi

IL PRESIDENTE
Alfonso Graziano

IL SEGRETARIO