

Publicato il 01/04/2021

N. 00428/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00159/2021 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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 159 del 2021, proposto da Generali Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Ivan Bullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Genova 14;

contro

Provincia di Padova, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Voci e Patrizia Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia con domicilio eletto presso l'Ufficio legale dell'Ente, in Padova, Piazza Bardella, n. 2;

per l'annullamento

- del verbale del 25 gennaio 2021 della Commissione giudicatrice della gara europea telematica a procedura aperta - indetta dalla Provincia di Padova per l'affidamento dei servizi assicurativi a favore della Provincia, suddivisa in 5 lotti, per la durata di 4 anni, pubblicato il 28 gennaio 2021 e comunicato alla ricorrente il 2 febbraio 2021 a mezzo PEC - nella parte in cui viene disposta

l'esclusione della ricorrente dal Lotto 1 (RCT/O, CIG 8535055632) e dal Lotto 2 (*All Risks*, CIG 853507892c) per supposta mancanza del requisito esperienziale di cui all'art. 7.3 del disciplinare di gara, senza consentire l'accesso al soccorso istruttorio;

- d'ogni altro atto presupposto, con particolare riguardo alla determina a contrarre prot. 1029 del 2 dicembre 2020 e al disciplinare di gara, limitatamente alle seguenti disposizioni:

- all'art. 7.3 laddove esso dispone, o possa essere interpretato nel senso di disporre, che la nozione di “*pubbliche amministrazioni?*” debba intendersi limitata ai soli enti di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs. n. 165 del 2001;

- all'art. 14 laddove esso limita, o possa essere interpretato nel senso di limitare, l'accesso al soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50 del 2016;

- di ogni atto conseguente, con particolare riguardo al provvedimento di aggiudicazione definitiva e per la declaratoria d'inefficacia del contratto, ove eventualmente *medio tempore* intervenuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Padova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori in modalità videoconferenza come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Padova ha indetto una procedura di gara europea con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 24 dicembre 2020 per l'affidamento dei servizi assicurativi a favore dell'ente suddivisa in 5 lotti per la durata di 4 anni.

L'art. 7.3 del disciplinare di gara richiede, quale requisito di capacità tecnica e professionale, di aver *“regolarmente eseguito nell'ultimo triennio 2017/2018/2019 almeno tre contratti in ciascun ramo e/o rischio assicurativo analoghi a quelli oggetto del/i lotto/i per cui presentano offerta per servizi resi alle pubbliche amministrazioni?”*.

La ricorrente Assicurazioni Generali Italia s.p.a (d'ora in poi Assicurazioni Generali) è stata esclusa dai lotti 1 e 2 perché per entrambi, al fine di dimostrare il possesso del requisito relativo alla capacità tecnica e professionale, ha allegato due contratti relativi a servizi resi a pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, ed un contratto reso a favore della FNM s.p.a., che è una Società controllata dalla Regione Lombardia.

L'esclusione è stata disposta perché, secondo l'interpretazione del disciplinare data dalla Provincia di Padova, solo due dei tre contratti indicati dal concorrente risultano resi ad una pubblica amministrazione.

Con il ricorso in epigrafe il provvedimento di esclusione è impugnato con due motivi, ciascuno dei quali è articolato in due censure.

Con la prima censura del primo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli articoli 83 e 86 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, l'errata applicazione dell'art. 7.3 del disciplinare, il difetto di istruttoria e di motivazione, nonché il travisamento dei presupposti e lo sviamento, in quanto in sede applicativa la stazione appaltante ha interpretato in modo eccessivamente restrittivo la clausola del disciplinare secondo cui i servizi valutabili per comprovare la capacità tecnica e professionale sono solo quelli resi in favore di *“pubbliche amministrazioni”*.

La ricorrente precisa che non vi è alcuna giustificazione di ordine logico, tecnico e giuridico, nel limitare il dato esperienziale ai soli servizi prestati alle pubbliche amministrazioni in senso stretto rispetto a delle prestazioni assicurative, oggetto dei due lotti - ovvero la responsabilità civile verso terzi per il primo e *all risk* relativo agli immobili per il secondo - che non presentano affatto dei profili distintivi a seconda della natura formale, pubblica o privata, del contraente.

Pertanto, in mancanza nel disciplinare di una chiara definizione o di un richiamo espresso ad una delle molteplici nozioni di “pubblica amministrazione” rinvenibili nell’ordinamento, la Provincia avrebbe dovuto accedere ad una nozione ampia, di tipo sostanzialistico, riferita allo specifico settore degli appalti pubblici, comprensiva anche degli organismi di diritto pubblico e delle imprese pubbliche, soggetti che, proprio per i connotati pubblicistici che condizionano la loro attività, per la normativa dell’Unione Europea sono tenuti a scegliere i propri contraenti mediante procedure ad evidenza pubblica.

Pertanto, prosegue la ricorrente, in mancanza di una nozione di “pubblica amministrazione” definita appositamente per la gara, i servizi resi in favore di FNM s.p.a., società quotata, partecipata al 57,574% da Regione Lombardia, che svolge le funzioni di *holding* finanziaria ed operativa per tutte le Società del gruppo, devono essere considerati idonei a comprovare i requisiti di capacità tecnica e professionale.

In via subordinata, nell’ambito del primo motivo, la ricorrente sostiene che se la predetta clausola deve essere interpretata restrittivamente, come riferita solo a “pubbliche amministrazioni” in senso soggettivo, allora deve ritenersi essa stessa illegittima per le stesse ragioni enunciate con la prima censura del primo motivo.

Con il secondo motivo, anch’esso articolato in due diverse censure, la ricorrente lamenta l’omessa applicazione dell’art. 89, comma 9, del D.lgs. n. 50 del 2016, la violazione dell’art. 14 del disciplinare, la contraddittorietà, il difetto di istruttoria e di motivazione, il travisamento e lo sviamento perché il seggio di gara non ha attivato il soccorso istruttorio ritenendo che l’offerta sia affetta da una carenza che costituisce un’irregolarità essenziale non sanabile, senza tuttavia considerare che la ricorrente detiene nella sostanza il requisito richiesto e pertanto l’irregolarità attiene al problema delle prova dello stesso, non del suo possesso, con conseguente applicabilità alla fattispecie in esame del soccorso istruttorio.

In via subordinata, con una seconda censura proposta nell'ambito del medesimo motivo, la ricorrente sostiene che per le medesime ragioni, a fronte dell'ambiguità dell'art. 14 del disciplinare - che richiama le condizioni alle quali è ammesso il soccorso istruttorio ed è stato ritenuto dalla stazione appaltante come ostativo all'applicazione di questo istituto - la Provincia di Padova avrebbe dovuto preferire l'interpretazione volta a favorire la massima partecipazione alla procedura e quindi a disporre l'ammissione dell'offerta presentata dalla ricorrente. In caso contrario la disposizione del disciplinare, ponendosi in contrasto con la normativa di rango primario in materia di soccorso istruttorio, dovrebbe essere annullata perché illegittima.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Padova replicando alle censure proposte e chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del 10 marzo 2021, avvisate le parti della possibile definizione del ricorso con sentenza resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Viene all'esame la controversia avente ad oggetto la gara per l'affidamento dei servizi assicurativi indetta dalla Provincia di Padova dalla quale la ricorrente Assicurazione Generali, che è l'affidatario uscente del servizio, è stata esclusa per la mancata prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale.

Come anticipato, l'art. 7.3 del disciplinare di gara richiede in proposito di provare di aver *“regolarmente eseguito nell'ultimo triennio 2017/2018/2019 almeno tre contratti in ciascun ramo e/o rischio assicurativo analoghi a quelli oggetto del/i lotto/i per cui presentano offerta per servizi resi alle pubbliche amministrazioni”*.

La ricorrente per i lotti 1 e 2, aventi ad oggetto rispettivamente le assicurazioni per la responsabilità civile verso terzi e *all risk* relativo agli immobili, ha allegato due contratti conclusi con pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, rispetto ai quali non sono stati sollevati rilievi, e un

contratto per servizi resi in favore di una società formalmente privata controllata dalla Regione Lombardia.

La stazione appaltante ha ritenuto tale soggetto non riconducibile entro il perimetro delineato dalla *lex specialis* di “*pubblica amministrazione*” ed ha pertanto escluso la ricorrente dalla procedura.

La prima censura del primo motivo, con la quale la ricorrente sostiene che dovrebbe essere data un’interpretazione lata della locuzione “*pubbliche amministrazioni*”, è fondata.

Nell’ordinamento sono rinvenibili molteplici nozioni di pubbliche amministrazioni, ed in diversi settori si è assistito all’estensione del regime giuridico originariamente applicabile ai soli enti pubblici anche a soggetti formalmente privati ma connotati da punto di vista sostanziale da tratti di carattere pubblicistico. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla materia della contabilità pubblica, della responsabilità erariale, o alla previsione dell’obbligo di rispettare le procedure ad evidenza pubblica anche per soggetti che hanno natura privata.

A livello definitorio vi è una nozione di “*pubbliche amministrazioni*” che delimita il settore del pubblico impiego prevista all’art. 1, comma 2, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui “*per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*”.

Tale nozione tuttavia non è l’unica. Esiste infatti anche una nozione molto più ampia di “*pubbliche amministrazioni*” prevista dalla normativa nazionale in materia di contabilità e finanza pubblica di recepimento della disciplina

comunitaria di cui al regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione Europea. La legge 31 dicembre 2009, n. 196, all'art. 1, comma 2, dispone che ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica per “*amministrazioni pubbliche*” si intendono gli enti e i soggetti indicati a fini statistici in appositi elenchi approvati dall'Istat con proprio provvedimento (ad oggi vale il Comunicato del 30 settembre 2015 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 30 settembre 2015, n. 227). Tale provvedimento, in applicazione della disciplina comunitaria, prescinde totalmente dalla natura giuridica pubblica o privata dei soggetti interessati, e dà invece prevalenza alle fonti di finanziamento pubbliche (vi sono ad esempio le società per azioni in mano pubblica, alcuni enti di previdenza privati, le Fondazioni pubbliche ecc.) ricomprendendo pertanto anche una molteplicità di persone giuridiche private.

Il disciplinare nel caso in esame ha previsto quale requisito di capacità tecnica e professionale l'aver eseguito tre contratti in ciascun ramo o rischio assicurativo analoghi a quelli oggetto del lotto, per servizi resi in favore delle “pubbliche amministrazioni” senza tuttavia dettarne un'apposita definizione e senza specificare a quale nozione di pubblica amministrazione, tra quelle rinvenibili nell'ordinamento, fare riferimento.

A fronte di tale obiettiva incertezza il Collegio ritiene che, in applicazione dei principi e criteri ermeneutici in materia di contratti pacificamente applicabili ai bandi di gara, nel caso di specie, come dedotto dalla ricorrente nel primo motivo, l'Amministrazione avrebbe dovuto accedere all'interpretazione più ampia possibile, di tipo sostanzialistico, di pubbliche amministrazioni rinvenibile nello specifico settore normativo di riferimento che è quello delle procedure di evidenza pubblica applicabile alla gara in oggetto, comprensivo pertanto delle nozioni di “amministrazioni aggiudicatrici”, di “enti aggiudicatori” o di “soggetti aggiudicatori” di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), e), e f), del D.lgs. n. 50 del 2016.

La ricorrente sul punto condivisibilmente deduce che una limitazione del dato esperienziale ai soli servizi prestati in favore delle “*pubbliche amministrazioni*” in senso stretto è priva di qualsiasi giustificazione di ordine logico, tecnico e giuridico rispetto alle prestazioni assicurative previste dai due lotti, che hanno ad oggetto la responsabilità civile verso terzi e *all risk* relativamente agli immobili, che non presentano affatto dei profili distintivi a seconda che siano rese in favore di un soggetto pubblico o privato, e pertanto la predetta clausola, ove interpretata nel senso fatto proprio dall’Amministrazione, sarebbe inesorabilmente illegittima ed annullabile.

Infatti, come è noto, l’ammissibilità delle clausole che impongono il possesso di requisiti di partecipazione più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legge è generalmente riconosciuta nei limiti in cui i requisiti ulteriori siano pertinenti all’oggetto della gara e si conformino ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto alla specificità dell’oggetto dell’appalto e di *par condicio* tra i possibili partecipanti, in modo da restringere non oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti.

L’art. 83, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016, in questo senso prevede che i requisiti e le capacità richieste devono essere “*attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione*”: tale disposizione richiede pertanto che siano sempre assicurate l’idoneità e l’adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all’oggetto dello specifico appalto e che la scelta dei requisiti di partecipazione non comporti una irragionevole limitazione della concorrenza che si verifica ogniqualvolta vengano previsti requisiti non pertinenti e non congrui rispetto allo scopo perseguito (*ex pluribus* cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 agosto 2020, n. 9062).

L’Amministrazione resistente né nelle difese scritte, né nella trattazione orale, ha giustificato la scelta di limitare i requisiti esperienziali ai servizi resi solo in favore di “*pubbliche amministrazioni*” da interpretarsi in senso stretto ed è

pertanto evidente come una tale opzione interpretativa risulti non congrua ed eccedente rispetto alle esigenze sottese all'indizione della gara.

Infatti l'individuazione del requisito richiesto nel settore assicurativo è strettamente legata alla tipologia di rischio da gestire. I due lotti dai quali la ricorrente è stata esclusa riguardano la responsabilità civile verso terzi e la copertura *all risk* relativa agli immobili.

Rispetto alla natura dei rischi assicurati, la possibilità di valorizzare i soli servizi svolti in favore di “*pubbliche amministrazioni*” intese in senso soggettivo, come dedotto nel ricorso, deve ritenersi pertanto illogica perché nel novero di tale categoria è presente una varietà di enti (quali quelli previdenziali, quelli territoriali, gli istituti scolastici o universitari, le amministrazioni statali o le aziende statali, per fare alcuni esempi) talmente eterogenei per struttura organizzativa, funzioni svolte e dotazioni patrimoniali, da risultare poco significativa al fine di operare una selezione tra gli operatori in possesso di una maggiore esperienza e competenza rispetto ai rischi e alle coperture relative ai contratti da stipulare.

Una volta ammesso che per comprovare i requisiti esperienziali è possibile far valere i servizi resi, in modo indistinto ed indifferenziato, in favore di qualsiasi pubblica amministrazione, non vi è alcuna ragione che giustifichi l'esclusione dei servizi resi in favore di soggetti formalmente privati ma che appartengono al novero delle “*pubbliche amministrazioni*” intese in senso lato, perché non è rinvenibile un'esigenza assicurativa specifica di tutela dei rischi oggetto di assicurazione che non sia comune anche a soggetti formalmente privati.

Pertanto nel caso di specie, tenuto conto della natura e dell'oggetto del contratto posto in gara e dell'ambiguità della clausola, devono trovare applicazione i criteri interpretativi di cui agli articoli 1363 cod. civ. (secondo cui la singola clausola deve essere valutata alla luce dell'intera serie di disposizioni), 1367 cod. civ. (secondo cui, in base al principio di conservazione del contratto, nel dubbio deve essere preferita l'interpretazione che produca effetti utili rispetto a quella che non produca alcuna utilità) e

1369 cod. civ. (secondo cui le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto), alla luce del principio per il quale va ricercata la *ratio* della disposizione oscura relativamente alle clausole concernenti il possesso di requisiti soggettivi per l'ammissione alla gara, in vista di favorire, a fronte di clausole ambigue, la partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti alla gara pubblica (*ex pluribus* cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 187; Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991, Consiglio di Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1177; Consiglio di Stato, Sez. III, 10 dicembre 2013 n. 5917).

In definitiva pertanto la clausola del disciplinare secondo cui il requisito di capacità tecnica e professionale consistente nell'aver regolarmente eseguito almeno tre contratti in ciascun ramo o rischio assicurativo analoghi a quelli oggetto del lotto per servizi resi in favore di “*pubbliche amministrazioni*” è stato erroneamente riferito dalla Provincia di Padova alle sole pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, senza tener conto che, in ragione dello specifico oggetto del contratto e dei sopra richiamati criteri interpretativi, nell'impossibilità di attribuire nel caso di specie un senso univoco a tale locuzione, è corretto riferirsi, nel senso più ampio possibile, alle definizioni proprie della disciplina del settore degli appalti pubblici che identificano i soggetti obbligati al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, comprensive delle “*amministrazioni aggiudicatrici*”, degli “*enti aggiudicatori*” e dei “*soggetti aggiudicatori*” di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), e), e f), del D.lgs. n. 50 del 2016.

Conclusivamente il ricorso deve essere accolto per la censura di carattere assorbente di cui al primo motivo e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura in quanto, alla luce di una corretta interpretazione del disciplinare, doveva essere valorizzato, al fine di comprovare il possesso dei requisiti esperienziali, anche il servizio reso in favore di FNM s.p.a., che rientra nella nozione di amministrazione

aggiudicatrice in quanto organismo di diritto pubblico (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 agosto 2020, n. 4996; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 1327).

La peculiarità delle questioni oggetto della controversia e la non perspicua formulazione del disciplinare giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il verbale del 25 gennaio 2021 nella parte in cui ha disposto l'esclusione della ricorrente dal lotto 1 e dal lotto 2 per mancanza del requisito esperienziale nel senso precisato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio tenutasi da remoto il 10 marzo 2021 in modalità videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE

Stefano Mielli

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO