



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2018, proposto dalla RBM Assicurazione Salute S.p.A. in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa, giusta procura in calce al ricorso, dall'avvocato Giampiero Proia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via G. Grazioli n. 99, presso lo studio dell'avvocato Patrizio Molesini;

contro

Autostrada del Brennero S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Damiano Florenzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del bando di gara, del disciplinare di gara e, ove occorra, del capitolato tecnico e relativi allegati, relativi alla procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del decreto legislativo n. 50/2016 per l'affidamento del «*Servizio Assicurativo per la copertura Rimborso Spese Mediche a favore dei dipendenti della Società. – CIG: 758644112*», nella parte in cui fissano, a pena di esclusione, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, l'aver «*ricevuto un numero di reclami per milione di Euro di premi nel “Ramo Danni (esclusa RC auto)” non superiore a 10 per ciascun anno secondo i dati pubblicati dall'IVASS nelle “Statistiche sui reclami”: dati annuali 2015 e 2016*» (art. III.2.3 del bando e art. 7.2.3 del disciplinare di gara), nonché di ogni altro atto ad esso presupposto, connesso, consequenziale e successivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Autostrada del Brennero;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2018 il dott. Carlo Polidori e uditi l'avvocato Nunzia Testone in sostituzione dell'avvocato Giampiero Proia, per la società ricorrente, e l'avvocato Damiano Florenzano, per la società Autostrada del Brennero;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Società Autostrada del Brennero S.p.A. ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio assicurativo per la copertura rimborso spese mediche a favore dei propri dipendenti. Il termine di scadenza per la proposizione delle domande di partecipazione alla gara è stato fissato al 17 settembre 2018.

2. Il disciplinare di gara, nel fissare i requisiti di capacità tecnica e professionale degli aspiranti concorrenti richiede cumulativamente: a) l'aver «*conseguito, negli ultimi tre anni dalla data di pubblicazione del bando di gara, una raccolta media annua di premi assicurativi per il ramo malattia pari almeno a euro 450.000,00*» (art. 7.2.1); b) la «*regolare esecuzione, per ciascun anno degli ultimi tre anni dalla data di pubblicazione del bando di gara, di un servizio assicurativo relativo al rischio Rimborso Spese Mediche Dipendenti. Il servizio deve essere stato eseguito da Compagnia abilitata all'esercizio del Ramo Malattia e a favore di una (o più) concessionaria autostradale o ferroviaria pubblica o privata con un numero minimo annuo di dipendenti assicurati pari a 300 unità (contratto di punta)*» (art. 7.2.2); c) l'aver «*ricevuto un numero di reclami per milione di Euro di premi nel "Ramo Danni (esclusa RC auto)" non superiore a 10 per ciascun anno secondo i dati pubblicati dall'IVASS nelle "Statistiche sui reclami": dati annuali 2015 e 2016*» (art. 7.2.3). Ai sensi dell'art. 7, primo capoverso del disciplinare, «*I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti*».

3. La società RBM Assicurazione Salute, compagnia specializzata nel settore delle assicurazioni sanitarie, con il presente ricorso impugna la *lex specialis* - nella parte relativa alla previsione dell'art. 7.2.3 del disciplinare - deducendo che tale previsione si configura come immediatamente lesiva perché essa, pur possedendo tale requisito per l'anno 2015, non lo possiede per l'anno 2016 in quanto «*il dato annuale in questione era stato determinato da una procedura straordinaria di recupero dei reclami relativi a periodi precedenti per due clienti per i quali, prima del secondo semestre 2016, non sussisteva l'obbligo di registrazione dei reclami nei registri della Compagnia. Tale procedura straordinaria di recupero ha comportato che il dato in questione fosse pari a 10,64 e quindi superiore a 10*».

4. Avverso gli atti impugnati la società ricorrente deduce le seguenti censure.

I) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 1, 6 e 8, del decreto legislativo n. 50/2016; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.* La previsione dell'art. 7.2.3 del disciplinare è nulla, o comunque annullabile, in quanto è richiesto, a pena di esclusione, il

possesso di un requisito di capacità tecnica e professionale non previsto dal codice dei contratti pubblici, risultando così violati l'art. 83, commi 1, 3 e 8, del decreto legislativo 50/2016 e, in particolare, il principio di tassatività delle cause di esclusione. Difatti il sesto comma dell'art. 83 dispone che negli appalti di servizi le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici - come criterio di selezione relativo alle capacità tecniche e professionali - requisiti idonei a garantire che essi *“possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*. Invece il requisito di cui all'art. 7.2.3 del disciplinare non è in alcun modo attinente alle risorse umane, né alle risorse tecniche degli operatori; né tantomeno può ritenersi attinente alla specifica esperienza pregressa, tanto che l'art. 7.2.2 del disciplinare al riguardo richiede, quale ulteriore requisito di partecipazione, l'esecuzione di c.d. contratti di punta nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando. Il dato statistico sul numero di reclami, pubblicate dall'IVASS non è idoneo a dimostrare né un determinato standard qualitativo dell'organizzazione aziendale, né tantomeno una peculiare qualità del concorrente, perché i dati statistici pubblicati dall'IVASS hanno una funzione meramente informativa e non sono indicativi né dell'idoneità dell'organizzazione aziendale ad espletare lo specifico servizio oggetto dell'appalto, né del corretto esercizio dell'attività assicurativa, che costituisce oggetto di un'autorizzazione revocabile solo nei casi espressamente previsti dalla legge, tra i quali non è ricompreso il numero di reclami (fondati ed infondati che siano) presentati dagli assicurati.

II) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, nonché del principio del favor participationis; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, irragionevolezza ed illogicità manifesta.* L'art. 7.2.3 del disciplinare è comunque illegittimo sia per violazione dell'art. 83, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo n. 50/2016, trattandosi di un requisito *«totalmente avulso rispetto a quelli previsti dal predetto art. 83»*, sia per violazione dell'art. 30 del decreto legislativo n. 50/2016, trattandosi di un requisito *«discriminatorio e, peraltro, illogico, irrazionale e totalmente irragionevole»*. Quanto al primo profilo, i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. c), devono essere attinenti all'organizzazione aziendale ed alla capacità dell'operatore di eseguire correttamente le prestazioni oggetto dell'appalto (come si evince sia dal sesto comma del medesimo art. 83, sia dal quinto comma del successivo art. 86, nonché dalla Parte II dell'Allegato XVII) e, quindi, l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante nell'indicare requisiti della specie trova un limite nel fatto che gli stessi devono essere attinenti alle risorse umane e tecniche, nonché all'esperienza dell'operatore economico. Invece il requisito di cui all'art. 7.2.3, relativo al *“numero di reclami per milione di Euro di premi”*, non riguarda né la dotazione e l'esperienza del personale addetto al servizio, né la struttura aziendale dell'operatore economico, né l'esperienza dallo stesso maturata in servizi identici o analoghi. Dai rendiconti pubblicati dalla ricorrente nel proprio sito

istituzionale si evince che: A) nell'anno 2015 solo il 25% dei reclami presentati e comunicati all'IVASS e dalla stessa considerati come base di calcolo dell'indicatore reclami/premi era fondato; B) nell'anno 2016, il 5% solo il 29% dei presentati reclami e comunicati all'IVASS e dalla stessa considerati come base di calcolo dell'indicatore reclami/premi era fondato. Pertanto il dato statistico pubblicato dall'IVASS, prendendo in considerazione indistintamente tutti i reclami trattabili - ivi inclusi quelli respinti - non può costituire un parametro oggettivo per valutare la qualità del servizio assicurativo fornito e, quindi, non può essere ritenuto indicativo della capacità tecnica e organizzativa di una compagnia di assicurazioni. Inoltre tale dato statistico finisce per penalizzare le compagnie che - come la ricorrente - hanno ricevuto un ingente numero di reclami palesemente infondati.

5. La società Autostrada del Brennero si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 25 settembre 2018 ed ha eccepito il difetto di giurisdizione di questo Tribunale osservando che - secondo la giurisprudenza di questo Tribunale (T.R.G.A. Trento, 16 gennaio 2017, n. 15 e n. 16), confermata dalla V Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza del 18 maggio 2017, n. 3446, che ha ribadito un proprio precedente arresto (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3345) - essa non è tenuta ad applicare la disciplina comunitaria, nazionale e provinciale in materia di affidamento di appalti pubblici perché non è qualificabile come un organismo di diritto pubblico, difettando nel suo caso il c.d. elemento teleologico di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), n. 1) del decreto legislativo n. 50/2016, elemento necessario ai fini di siffatta qualificazione.

6. Alla camera di consiglio del 13 settembre 2018 le parti sono state avvisate della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata. Il difensore della società ricorrente ha replicato all'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata da controparte, richiamando recenti arresti giurisprudenziali (T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, ordinanza 12 luglio 2018, n. 7778; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I-ter, sentenza 13 luglio 2018 n. 4101; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, sentenza 30 novembre 2017, n. 11841). Il difensore della società Autostrada del Brennero ha insistito per l'accoglimento di tale eccezione. Quindi il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla società Autostrada del Brennero è fondata e deve essere accolta, non potendo trovare applicazione nel caso in esame la disposizione dell'art. 133 comma 1, lett. e), cod. proc. amm., nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, le controversie *“relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*.

2. Innanzi tutto, trattandosi infatti di un appalto di servizi indetto da una società di diritto privato che opera come concessionario autostradale, acquista rilievo decisivo stabilire se tale società possa essere qualificata come un organismo di diritto pubblico, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1, comma 1, e 3, comma 1, lettere a) e d), del decreto legislativo n. 50/2016.

3.1. A tale quesito ha in passato positivamente risposto questo Tribunale con la sentenza 5 gennaio 2016, n. 11, affermando che la società Autostrade del Brennero è dotata di personalità giuridica, è partecipata in modo maggioritario da soggetti pubblici ed è stata istituita *“per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”* (c.d. requisito teleologico) in quanto: A) *«è stata costituita il 20 febbraio 1959 per soddisfare, specificatamente, la progettazione, la costruzione e l’esercizio di autostrade, in primis quella del Brennero, quindi esigenze di interesse pubblico e di pubblica utilità attinenti alla libera circolazione di persone e cose»*; B) *«i compiti della Società in esame non si esauriscono nel perseguimento dello scopo industriale o commerciale, e non sono regolati esclusivamente dalle comuni norme imprenditoriali perché risentono dell’interesse pubblico costitutivo attinente al potenziamento di incontroverse esigenze di mobilità di persone e di cose: ad esempio, a norma dell’art. 25 della convenzione di concessione, dopo la scadenza la Società è tenuta a proseguire la propria attività di gestione, fino all’individuazione del nuovo concessionario, e per le opere realizzate dopo la scadenza della concessione ha diritto ad un indennizzo interamente determinato secondo quanto previsto dalla direttiva ministeriale n. 283/98»*.

3.2. Tuttavia tale sentenza è stata riformata dal Giudice d’appello (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3345) con la seguente motivazione: *«la Autostrade del Brennero s.p.a. è dotata di personalità giuridica, è partecipata in modo maggioritario da soggetti pubblici ed è stata istituita per soddisfare specificatamente anche esigenze di interesse generale, ma non persegue i propri obiettivi con “carattere non industriale o commerciale”, difettando, così, del c.d. requisito “teleologico”. Difatti, non è sufficiente ad integrare il suddetto requisito che il soggetto sia “istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale”, ma occorre, anche, che tali esigenze siano perseguite operando con metodo non economico, ovvero senza rischio d’impresa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30/1/2013 n. 570). Nel caso di specie, non sono emersi elementi tali da escludere che la Autostrada del Brennero s.p.a. agisca come impresa operante nel mercato e con logiche imprenditoriali. Ed invero, nessuna norma dell’atto costitutivo o dello statuto offre argomenti per ritenere che la stessa operi senza dover sopportare il correlativo rischio d’impresa. In particolare non si rinviene in essi ... alcuna disposizione che preveda una qualche forma di intervento finanziario da parte dei soci pubblici che valga a sollevare la società dal detto rischio. Per contro l’art. 31 dello statuto contempla esplicitamente la possibilità di distribuire utili - laddove ve ne siano, così come avviene in una qualunque impresa commerciale»*.

3.3. Come ricordato dalla difesa della società Autostrade del Brennero, questo Tribunale con le sentenze n. 15 e n. 16 del 16 gennaio 2017 si è conformata al suddetto arresto del Giudice d’appello, e la seconda di tali sentenze è stata confermata dalla V Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 3446 del 18 maggio 2017, ove sono richiamate le motivazioni espresse nella precedente sentenza n. 3345/2016.

3.4. Tenuto conto dei condivisibili arresti del Giudice d'appello innanzi richiamati, le recenti pronunce del T.A.R. Lazio invocate dalla società ricorrente (sentenza 30 novembre 2017, n. 11841, con la quale la società Aeroporti di Roma S.p.A. è stata qualificata come organismo di diritto pubblico, con conseguente affermazione della giurisdizione del Giudice amministrativo in relazione ad una controversia per l'affidamento in sub-concessione di aree finalizzate alla realizzazione e gestione di locali per attività di cambiavalute presso gli aeroporti "Leonardo da Vinci" di Fiumicino e "G.B. Pastine" di Ciampino; ordinanza 12 luglio 2018, n. 7778, con la quale è stata sottoposta alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE la seguente questione pregiudiziale: *«se la società Poste Italiane s.p.a., in base alle caratteristiche in precedenza indicate, debba essere qualificata "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art 3, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)»*; sentenza 13 luglio 2018 n. 4101, con la quale con la quale la Federazione Italiana Giuoco Calcio - F.I.G.C. è stata qualificata come organismo di diritto pubblico, con conseguente affermazione della giurisdizione del Giudice amministrativo in relazione ad una controversia per l'affidamento dei servizi di facchinaggio) non possono indurre il Collegio a ritenere sussistente la giurisdizione amministrativa sulla presente controversia. Si deve infatti evidenziare che, da un lato, al fine di accertare se, nel caso di società per azioni costituita, detenuta e gestita da un ente pubblico, sussista l'elemento teleologico di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), n. 1), del decreto legislativo n. 50/2016 il giudice nazionale - secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (*ex multis*, sentenze 22 maggio 2003, in C-18/01; 5 ottobre 2017, in C-567/15) - deve *«valutare le circostanze nelle quali tale società è stata costituita e le condizioni in cui essa esercita la propria attività, tra cui, in particolare, l'assenza di uno scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività, nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame»*; dall'altro, nel presente giudizio la società ricorrente non ha prospettato elementi di fatto idonei a smentire che la società Autostrade del Brennero *«agisca come impresa operante nel mercato e con logiche imprenditoriali»* (così Cons. Stato, Sez. V, n. 3345/2016 cit.).

4. Resta allora solo da ribadire che non vale a radicare la giurisdizione di questo Tribunale il fatto che la società ricorrente abbia indetto una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del miglior contraente. Secondo un consolidato orientamento (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 3345/2016 cit.), il riparto di giurisdizione si fonda su criteri legali e obiettivi, e non può dipendere dalle scelte di una delle parti, sicché non rileva il fatto che la società Autostrada del Brennero abbia autonomamente deciso di affidare il servizio uniformandosi alla disciplina pubblicistica dettata dal codice dei contratti pubblici.

5. In definitiva il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione, trattandosi di controversia devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario, innanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto nel termine indicato dall'art. 11 c.p.a.

6. I suindicati contrasti giurisprudenziali e la parziale novità delle questioni trattate costituiscono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 228/2018, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, trattandosi di controversia devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Paolo Devigili, Consigliere

L'ESTENSORE
Carlo Polidori

IL PRESIDENTE
Roberta Vigotti

IL SEGRETARIO