



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)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3735 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Rbm Assicurazione Salute S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giampiero Proia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno 23/A, come da procura in atti;

contro

Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Marcello Bella, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, come da procura in atti;

nei confronti

Unisalute S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scanzano ed Elio Leonetti, con domicilio eletto presso lo studio 1 primo in Roma, via XXIV Maggio n. 43 come da procura in atti;

Allianz S.p.A non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, prot. 38071 del 23 febbraio 2018 con il quale è stata comunicata l'esclusione dell'offerta presentata da RBM Assicurazione Salute S.p.A. in relazione alla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di servizi denominato "Polizza copertura sanitaria base e integrativa a favore degli iscritti e dei dipendenti della Cassa Forense" (C.I.G. 7152083599) all'esito della verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.;
- dei verbali della Commissione di gara relativi al procedimento di verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. e, segnatamente, del verbale della seduta del 6 febbraio 2018, del 7 febbraio 2018, del 16 febbraio 2018 e del 21 febbraio 2018 e delle relative note prot. n. 26197 del 6 febbraio 2018 e prot. n. 31859 del 14 febbraio 2018;
- della nota pec prot. n.42041 della Direzione Generale della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense del 2 marzo 2018;
- della nota pec prot. 47462 del 13 marzo 2018 del settore Assistenza e Servizi legali della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense e del verbale del Consiglio di Amministrazione della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense dell'8 marzo 2018, ancorchè sconosciuto;
- del provvedimento di aggiudicazione della gara disposto dal Consiglio di Amministrazione della Cassa Forense nella seduta del 22 marzo 2018 e della relativa determinazione, comunicato con nota prot. n.53950 del 22 marzo 2018 ancorchè sconosciuto, nonché di tutti gli atti e i verbali relativi alla verifica dell'offerta, ex art. 97 D.Lgs. 50/2016, presentata dall'aggiudicataria;
- di ogni atto della procedura di gara antecedente e presupposto, ivi incluso, ove occorra, dell'art. 6 del Disciplinare di gara nella parte in cui contiene l'indicazione dei costi della manodopera e di ogni atto consequenziale e connesso ancorchè sconosciuto;
- della nota pec prot. n. 44248 del 7 marzo 2018 e della nota pec prot. n.47476 del 13 marzo 2018 del settore Assistenza e Servizi legali della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, di parziale diniego all'accesso;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO DI APPALTO

se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio e per il subentro nel contratto in via retroattiva o, in subordine, limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire.

NONCHÉ PER IL DINIEGO PARZIALE DELL'ACCESSO

a tutti i verbali relativi della commissione, ivi inclusa la graduatoria finale, comunicato da Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense con nota pec prot. 44248 del 7 marzo 2018;

E PER L'ACCERTAMENTO, EX ART.116, COMMA 2, C.P.A.

del diritto di accesso di RBM Assicurazione Salute S.p.A, a tutti gli atti richiesti con formale istanza del 2 marzo 2018.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da RBM ASSICURAZIONE SALUTE S.P.A. il 27\4\2018 :

- del provvedimento della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, prot. 38071 del 23 febbraio 2018 con il quale è stata comunicata l'esclusione dell'offerta presentata da RBM Assicurazione Salute S.p.A. in relazione alla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di servizi denominato “Polizza copertura sanitaria base e integrativa a favore degli iscritti e dei dipendenti della Cassa Forense” (C.I.G. 7152083599) all'esito della verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.;

- dei verbali della Commissione di gara relativi al procedimento di verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. e, segnatamente, del verbale della seduta del 6 febbraio 2018, del 7 febbraio 2018, del 16 febbraio 2018 e del 21 febbraio 2018 e delle relative note prot. n. 26197 del 6 febbraio 2018 e prot. n. 31859 del 14 febbraio 2018;

- della nota pec prot. n.42041 della Direzione Generale della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense del 2 marzo 2018;

- della nota pec prot. 47462 del 13 marzo 2018 del settore Assistenza e Servizi legali della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense e del verbale del Consiglio di Amministrazione della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense dell'8 marzo 2018, ancorchè sconosciuto;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara disposto dal Consiglio di Amministrazione della Cassa Forense nella seduta del 22 marzo 2018 e della relativa determinazione, comunicato con nota prot. n.53950 del 22 marzo 2018 ancorchè sconosciuto, nonché di tutti gli atti e i verbali relativi alla verifica dell'offerta, ex art. 97 D.Lgs. 50/2016, presentata dall'aggiudicataria;

- di ogni atto della procedura di gara antecedente e presupposto, ivi incluso, ove occorra, dell'art. 6 del Disciplinare di gara nella parte in cui contiene l'indicazione dei costi della manodopera e di ogni atto consequenziale e connesso ancorchè sconosciuto;

- della nota pec prot. n. 44248 del 7 marzo 2018 e della nota pec prot. n.47476 del 13 marzo 2018 del settore Assistenza e Servizi legali della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, di parziale diniego all'accesso;
- del verbale contenente la delibera del Consiglio di Amministrazione della Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense dell'8 marzo 2018, trasmesso il 28 marzo 2018, con nota pec prot.56814, datata 27 marzo 2018 – del verbale della seduta di gara del 23 gennaio 2018 e della graduatoria finale ivi contenuta, trasmesso il 28 marzo 2018, con nota pec prot.56814 datata 27 marzo.

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO DI APPALTO

se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio e per il subentro nel contratto in via retroattiva o, in subordine, limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire.

NONCHÉ PER IL RISARCIMENTO

di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente derivante dagli atti impugnati, da disporsi per equivalente e comprensivo anche del danno curriculare, del danno da perdita di chance, del danno all'immagine, oltre che il danno da responsabilità precontrattuale.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da UNISALUTE S.P.A., il 3\5\2018 :

annullamento previa sospensione dell'efficacia:

- del provvedimento della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, prot. 38071 del 23 febbraio 2018 con il quale è stata comunicata l'esclusione dell'offerta presentata da RBM Assicurazione Salute S.p.A. in relazione alla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di servizi denominato “Polizza copertura sanitaria base e integrativa a favore degli iscritti e dei dipendenti della Cassa Forense” (C.I.G. 7152083599) all'esito della verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.;
- dei verbali della Commissione di gara relativi al procedimento di verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. e, segnatamente, del verbale della seduta del 6 febbraio 2018, del 7 febbraio 2018, del 16 febbraio 2018 e del 21 febbraio 2018 e delle relative note prot. n. 26197 del 6 febbraio 2018 e prot. n. 31859 del 14 febbraio 2018;
- della nota pec prot. n.42041 della Direzione Generale della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense del 2 marzo 2018;

- della nota pec prot. 47462 del 13 marzo 2018 del settore Assistenza e Servizi legali della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense e del verbale del Consiglio di Amministrazione della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense dell'8 marzo

2018, ancorchè sconosciuto;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara disposto dal Consiglio di Amministrazione della Cassa Forense nella seduta del 22 marzo 2018 e della relativa determinazione, comunicato con nota prot.n.53950 del 22 marzo 2018 ancorchè sconosciuto, nonché di tutti gli atti e i verbali relativi alla verifica dell'offerta, ex art. 97 D.Lgs. 50/2016, presentata dall'aggiudicataria;

- di ogni atto della procedura di gara antecedente e presupposto, ivi incluso, ove occorra, dell'art. 6 del Disciplinare di gara nella parte in cui contiene l'indicazione dei costi della manodopera e di ogni atto consequenziale e connesso ancorchè sconosciuto;

- della nota pec prot. n. 44248 del 7 marzo 2018 e della nota pec prot. n.47476 del 13 marzo 2018 del settore Assistenza e Servizi legali della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, di parziale diniego all'accesso;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto

- se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio e per il subentro nel contratto in via retroattiva o, in subordine, limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire.

nonché per il diniego parziale dell'accesso

a tutti i verbali relativi della commissione, ivi inclusa la graduatoria finale, comunicato da Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense con nota pec prot. 44248 del 7 marzo 2018;

e per l'accertamento, ex art.116, comma 2, c.p.a.

del diritto di accesso di RBM Assicurazione Salute S.p.A, a tutti gli atti richiesti con formale istanza del 2 marzo 2018.

AL FINE DI OTTENERE

L'ANNULLAMENTO IN VIA INCIDENTALI

- di tutti gli atti, provvedimenti e determinazioni della stazione appaltante, della commissione di gara e dei relativi verbali di gara, impugnati con il ricorso principale, anche se non conosciuti, nelle parti in cui l'offerta presentata da RBM Assicurazione

Salute s.p.a. non è stata esclusa dalla procedura o non è stata correttamente valutata in sede di assegnazione dei punteggi tecnici, per le ragioni in esposizione;

- di ogni altro atto ai suddetti comunque, collegato, presupposto, consequenziale e/o connesso, anche se non conosciuto, limitatamente alle parti di cui sopra.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da UNISALUTE S.P.A., il 18\6\2018 :

ANNULLAMENTO IN VIA INCIDENTALI:

- di tutti gli atti, provvedimenti e determinazioni della stazione appaltante, della commissione di gara e dei relativi verbali di gara, nelle parti in cui l'offerta presentata da RBM Assicurazione Salute s.p.a. non è stata esclusa dalla procedura o non è stata correttamente valutata in sede di assegnazione dei punteggi tecnici, per le ragioni in esposizione;

- di ogni altro atto ai suddetti comunque, collegato, presupposto, consequenziale e/o connesso, anche se non conosciuto, limitatamente alle parti di cui sopra;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense e di Unisalute S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2019 il consigliere Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori per la parte ricorrente l'Avv. Testone in sostituzione dell'Avv. G. Proia, per Unisalute S.p.A. l'Avv. F. Scanzano e per Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense gli Avv.ti M. Bella e A. Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso notificato il 23 marzo 2018 e depositato il successivo giorno 4 di aprile, RBM Assicurazione Salute S.p.A. ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare, la nota prot. 38071 del 23 febbraio 2018, con la quale la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, all'esito della verifica ex art.97 D.Lgs. 50/2016, le ha comunicato l'esclusione della sua offerta presentata nella procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di servizi denominato "Polizza copertura sanitaria

base e integrativa a favore degli iscritti e dei dipendenti della Cassa Forense” (C.I.G. 7152083599).

2. – Il metodo di aggiudicazione era costituito dall’offerta economicamente più vantaggiosa, ed a tenore del Capitolato di gara il punteggio massimo attribuibile all’offerta economica era pari 30, mentre il punteggio massimo attribuibile all’offerta tecnica era pari a 70, di cui 50 punti per il “merito tecnico copertura base” e 20 punti per il “merito tecnico copertura assicurativa integrativa “A” e “B””.

3. Prima della verifica di anomalia delle offerte, la Società ricorrente era risultata prima in graduatoria con un punteggio complessivo di 94,59583, seguita da UNISALUTE con un punteggio complessivo di 90,66057; terza graduata era stata Allianz S.p.a. con un punteggio complessivo di 84,41165; quarta Reale Mutua Assicurazioni con un punteggio complessivo di 84,17394, e quinta Generali S.p.a. con un punteggio complessivo di 79,49625.

4. - In particolare, l’esclusione della ricorrente è stata pronunziata in quanto la Cassa ha rilevato che “i costi della manodopera indicati nella Vs offerta economica, pari ad Euro 906.365,00, a fronte di un importo quantificato dalla stazione appaltante all’art.6 del Disciplinare, pari ad Euro 1.650.000,00, non sono stati ritenuti adeguati, poiché all’esito delle giustificazioni rese da codesta Società con note del 5.02.2018 e del 7.02.2018 nonché nel contraddittorio orale svoltosi nell’incontro tenutosi in data 16.02.2018, è risultato che codesta Società ha indicato in offerta un costo del personale destinato al contact center dedicato alla Cassa Forense, calcolato sulla base di un numero di ore giornaliere inferiori a quelle minime previste dal capitolato di gara, il quale, a pagg. 2 e 3, stabilisce: “ i partecipanti alla gara si obbligano (con dichiarazione da rendere nell’offerta tecnica) a mettere a disposizione, in caso di aggiudicazione, un call-center dedicato con funzione di help – desk per gli assicurati e per l’attivazione della garanzia in forma diretta, con almeno tre anni di esperienza nel settore e con le seguenti caratteristiche minime:

I. un numero verde attivo dal lunedì al venerdì dalle ore 9,00 alle ore 19,00:

II. Un numero minimo di 10 operatori per turno di lavoro;

III. La presenza contestuale di almeno 5 medici.... .” A fronte della suindicata prescrizione del capitolato, quale caratteristica minima, (almeno 10 operatori per turno lavorativo dal lunedì al venerdì, dalle ore 9,00 alle ore 19,00) codesta Società ha

calcolato il costo della manodopera considerando le ore effettive di un funzionario che lavori due giorni a settimana per tre ore al giorno (sei ore settimanali diurne) e di nove impiegati che lavorino tre ore al giorno per cinque giorni settimanali dal lunedì al venerdì, il che non risulta conforme alle prescrizioni del capitolato. Inoltre, non è stato indicato nei costi della manodopera il costo del lavoro dei cinque medici la cui presenza contestuale deve essere garantita ai sensi della suindicata prescrizione del capitolato”.

5. – Tale determinazione è stata censurata da RBM per i seguenti motivi:

1) VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DEL D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE DEL CAPITOLATO E DELL'ART.6 DEL DISCIPLINARE DI GARA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA TECNICA – ECCESSO DI POTERE PER ASSENZA E/O ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI E PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ E CARENZA DI MOTIVAZIONE.

Sarebbe stata errata l'interpretazione della legge di gara fornita dalla Commissione nella circostanza, in quanto il Capitolato non prevedrebbe che gli operatori del call center ed i medici (nei numeri minimi indicati), dovessero prestare la loro attività, nell'arco dell'intero orario giornaliero di lavoro in via esclusiva in favore degli assicurati di Cassa Forense fornendo supporto telefonico unicamente a questi ultimi; bensì che l'appaltatore mettesse a disposizione di un call center “dedicato”, ossia un numero verde esclusivo per gli assicurati di Cassa Forense, attivo dal lunedì al venerdì dalle 9.00 alle 19.00, al quale rispondono almeno 10 operatori per turno in grado di fornire i necessari supporti agli assicurati: in definitiva, sarebbe sufficiente l'assegnazione alla singola commessa di un numero verde diverso da quello assegnato alle altre commesse ed al quale sono addetti operatori con conoscenze relative agli specifici piani assicurativi ed in grado di fornire supporto ai singoli assicurati.

Tale condizione sarebbe stata assicurata dall'offerta della ricorrente, che aveva proposto:

- un numero verde esclusivo dedicato unicamente agli assicurati di Cassa Forense;
- l'attività di tale numero nell'arco delle 24 ore ivi incluso il sabato, la domenica e gli altri giorni festivi;
- un numero minimo di 10 addetti alla risposta telefonica in grado di seguire l'assicurato dal momento dell'apertura della pratica assicurativa sino alla liquidazione;
- un numero minimo di cinque medici in grado di fornire agli assicurati della Cassa anche il supporto specialistico.

Il calcolo del costo della manodopera, d'altronde, sarebbe stato attendibile anche alla luce della stima operata nella legge di gara dalla stazione appaltante (1.650.000 euro), in quanto essa sarebbe stata il frutto della applicazione –ma non ad un orario di lavoro 24\24- del CCNL ANIA, che in tesi sarebbe l'unico CCNL applicabile alle Compagnie che svolgono servizi assicurativi; inoltre, il costo dei cinque medici non avrebbe dovuto essere inserito nel costo della manodopera, ma in quello della voce “consulenze”, in quanto si tratterebbe di liberi professionisti non legati alla Compagnia da contratto di lavoro subordinato.

Per una seconda censura contenuta nel motivo, poi, la determinazione di esclusione non sarebbe sufficientemente motivata, in quanto non confuterebbe esaurientemente le deduzioni procedurali della ricorrente che erano basate sulla complessiva analisi del mercato di riferimento e sull'applicazione delle relative prassi; sarebbe dunque mancata la necessaria valutazione in ordine al se “la proposta nel suo complesso” fosse “seria ed attendibile e trovi rispondenza nella realtà di mercato ed in quella aziendale” e in ordine alla “rilevanza ed incidenza complessiva” della voce di costo esaminata rispetto all’ “intera operazione economica” tale da renderla “non plausibile”.

7. – Nell'atto introduttivo del giudizio, oltre alla domanda di annullamento, la ricorrente ha proposto anche una istanza di accesso in ordine ai documenti non ostesi dalla Cassa in esito ad istanza stragiudiziale del 2 marzo 2018, e dunque ai verbali delle sedute riservate di valutazione delle offerte, ai verbali relativi alle sedute nelle quali sono stati attribuiti e comunicati (come previsto nel verbale della seduta pubblica del 27 novembre 2017) i punteggi relativi all'offerta tecnica, a quelli relativi all'attribuzione del punteggio ed alla comunicazione dello stesso in relazione all'offerta economica, ed alla graduatoria finale.

8. – Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 24 aprile 2018 e depositato il successivo giorno 27, RBM ha altresì impugnato il verbale della seduta di gara del 23 gennaio 2018 e la delibera del Consiglio di Amministrazione dell'8 marzo 2018, con cui la stazione appaltante ha motivato il mancato accoglimento dell'istanza di annullamento in autotutela dell'atto di esclusione dalla gara della ricorrente sulla base di tali considerazioni:

A) La “prescrizione” di un “numero minimo di operatori per turno di lavoro” contenuta nel capitolato si giustificerebbe in quanto “l'attività di call center riveste una funzione

particolarmente importante nell'ambito dell'appalto" e sarebbe "finalizzata a fornire un servizio adeguato al volume delle chiamate previste nell'arco della giornata, garantendo tempi di attesa limitati, mentre la circostanza che gli addetti sarebbero impegnati mediamente per tre ore giornaliere – come dichiarato da RBM - a fronte delle dieci ore richieste dal capitolato, potrebbe comportare quanto meno tempi di attesa più lunghi ed altri disagi per gli assicurati.”.

B) Sarebbe stata poi indimostrata ed apodittica l'affermazione di RBM per cui il numero di ore lavorate degli addetti al call center messi a disposizione dalla compagnia deriva da un calcolo statistico della media delle ore giornaliere che il personale dedicherà al servizio in favore degli assicurati dalla polizza sanitaria della Cassa.

C) Il costo del personale quantificato dalla Cassa Forense nel disciplinare di gara sarebbe stato effettuato in base alle tabelle retributive allegate al CCNL vigente per il personale delle imprese assicurative.

RBM censura detto provvedimento di riesame, ancora una volta contrario ai suoi interessi, per illegittimità derivata da quella degli atti gravati con il ricorso introduttivo, oltre che per:

“Violazione ed erronea interpretazione del capitolato e dell'art.6 del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione dell'art.97 del d.lgs. 50/2016 e dei principi generali in tema di valutazione delle offerte anormalmente basse – Violazione dell'art.3 della l.241/1990 - Eccesso di potere, sproporzione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di presupposto, difetto di motivazione e contraddittorietà, sviamento e travisamento.”

Le relative censure possono essere sunteggiate come segue.

- L'offerta formulata dalla ricorrente sarebbe stata assolutamente conforme al Capitolato, in quanto avrebbe soddisfatto la condizione di mettere a disposizione di Cassa Forense un call center dedicato alla commessa con l'adibizione del numero minimo di operatori richiesti dal Capitolato stesso; la stazione appaltante avrebbe nuovamente confuso il numero minimo delle risorse adibite al call center con il criterio utilizzato per il calcolo del costo della manodopera, in quanto le Società partecipanti alla gara avrebbero dovuto “mettere a disposizione” un call center con un numero minimo di addetti, ma nessuna norma della lex specialis prevederebbe che tali risorse dovessero essere adibite unicamente alla risposta telefonica degli assicurati di Cassa Forense, né, tantomeno, prevede quali avrebbero dovuto essere le modalità con le quali calcolare il

costo di tale personale; peraltro, nell'appalto de quo il costo per la manodopera non sarebbe determinante, in quanto esso rappresenterebbe solo il 2,2% dell'intero importo contrattuale posto a base di gara, e la legge di gara, su un punteggio totale pari a 100 , prevede l'attribuzione di soli 5 punti al personale addetto al call center; inoltre, l'efficienza del servizio non sarebbe garantita solo da un numero minimo di operatori minimi a garantire l'efficienza del servizio e i tempi di attesa alle chiamate, quanto piuttosto dall'imprevedibile coincidenza che nell'arco di una determinata fascia oraria pervengano contemporaneamente più chiamate da parte degli assicurati.

- Non risponderebbe a verità che l'esclusione della ricorrente sia stata disposta perché le giustificazioni fornite non sarebbero state ritenute congrue, ma perché, secondo la Commissione, la ricorrente non avrebbe rispettato le prescrizioni del capitolato.

- Non si comprenderebbe per quale ragione le giustificazioni fornite sul numero dei sinistri ipotizzati nel triennio e sul relativo costo (assai maggiore di quello della manodopera) siano state ritenute congrue, mentre quelle stesse giustificazioni fornite in relazione al costo della manodopera siano state configurate "apodittiche ed indimostrate".

- Il riferimento della stazione appaltante alla necessaria applicazione del CCNL di settore sarebbe errata, perché la legge di gara nulla avrebbe disposto sul punto, come attesterebbe anche il costo del lavoro indicativo pari a 1.650.000,00 euro di cui si legge nel bando, inferiore a quello che deriverebbe dalla applicazione indiscriminata di quel contratto e comunque diverso da quello offerto da altre partecipanti.

In via subordinata la ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni patrimoniali che le sarebbero derivati dalla mancata aggiudicazione della commessa.

9. - Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e l'aggiudicataria Unisalute s.p.a., che, con le rispettive memorie, hanno chiesto il rigetto del gravame.

Unisalute ha altresì proposto ricorso incidentale notificato il 26 aprile 2018 e depositato il successivo 3 di maggio, con cui ha dedotto l'illegittimità di tutti degli atti di gara nelle parti in cui l'offerta presentata da RBM Assicurazione Salute s.p.a. non è stata esclusa dalla procedura o non è stata correttamente valutata in sede di assegnazione dei punteggi tecnici, per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione del Capitolato Speciale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 94, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa

applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. RBM avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per avere contravvenuto alla legge di gara nella parte in cui essa prevedeva che per cinque giorni alla settimana l'appaltatore dovesse impiegare, nel servizio di call center, dieci addetti dalle ore 9,00 alle ore 19,00; essa, infatti, avrebbe offerto un numero di inferiore di addetti, avendo proposto 1 funzionario, 2 giorni alla settimana per tre ore al giorno (6 ore settimanali diurne) e 9 impiegati, 3 ore al giorno per 5 giorni settimanali ciascuno dal lunedì al venerdì (per un totale di 135 ore settimanali diurne).

2) Violazione e falsa applicazione del Capitolato Speciale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 94, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Anche l'indicazione di cinque medici non dipendenti della Compagnia avrebbe dovuto condurre all'esclusione della RBM, in quanto quest'ultima non sarebbe così in grado di assicurare continuità nella prestazione di tali professionisti.

Inoltre, le affermazioni contenute in ricorso circa la formulazione dell'offerta secondo prassi di mercato sarebbe priva di supporto fattuale.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa anche per avere inserito nella propria offerta oneri della sicurezza aziendali pari ad euro 398,74, importo che sarebbe insufficiente perché includerebbe esclusivamente le spese connesse ad alcune voci (formazione, nomina responsabile esterno della sicurezza e visite mediche) e, pertanto, non coprirebbe anche le spese relative alla maggior parte degli obblighi imposti dalla normativa sulla sicurezza sul lavoro; la ricorrente, quindi, avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 97 comma V d.lgs. n. 50\2016.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Avrebbero poi dovuto essere reputate inaccettabili alcune giustificazioni di voci di costo specifiche fornite dalla ricorrente e legate al rapporto tra numero di iscritti alla Cassa negli anni a venire e numero di sinistri stimati, specie in relazione alla affermazione per cui, al crescere degli iscritti, il numero dei sinistri da rimborsare sarebbe comunque

diminuito (e non invece aumentato) a causa di una maggiore ricorso degli assicurati a prestazioni in assistenza diretta.

5) Violazione e falsa applicazione del Capitolato Speciale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti.

L'offerta della ricorrente sarebbe altresì incongrua anche per la seguente ragione.

Il Capitolato Speciale prevedeva l'assegnazione di 3 punti in relazione all'elemento di valutazione "Numero operatori call-center" (criterio 2.4), con la precisazione che " (...) il sub-punteggio stabilito fino ad un massimo di tre punti è attribuito in base al numero di operatori componenti la centrale operativa/help desk. Viene attribuito il valore di 1 punto da 50 a 100 operatori; 2 punti da 101 a 250 operatori; 3 punti oltre 250 operatori". Sebbene nel bilancio di esercizio 2016 di RBM risulti che essa annovera solo 26 dipendenti, nella propria offerta tecnica la ricorrente ha dichiarato 257 operatori di call-center e 27 come "personale medico dipendente e consulente", così da ottenere il massimo punteggio per entrambi i criteri, e cioè, rispettivamente, 3 e 2 punti: ma qualora la stazione appaltante non le avesse attribuito questi 5 punti, RBM si sarebbe classificata al secondo posto in graduatoria, mentre al primo si sarebbe collocata proprio la controinteressata Unisalute.

10. – Con successivi motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificati il 6 giugno 2018 e depositati il successivo giorno 18, la controinteressata ha censurato la mancata esclusione della ricorrente principale anche per le seguenti ragioni:

1) Violazione dell'art. 80 comma 1 lett. f-bis del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 80 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

Nella memoria depositata il 7 maggio 2018 RBM afferma, per la prima volta, che il servizio verrà espletato da personale di Previmedical (operatori di call center e medici), in ritenuta contraddizione con i giustificativi resi nel corso della procedura e riferendosi a una società di servizi amministrativi e consulenziali cui non si applicherebbe il CCNL ANIA per il personale delle imprese di assicurazioni; tanto contrasterebbe con quanto sino a quel punto affermato da RBM nei suoi giustificativi e renderebbe inattendibile l'offerta della ricorrente, che ha basato la propria quantificazione dei costi del personale prendendo in considerazione il contratto collettivo di lavoro delle imprese assicurative.

2) Violazione e falsa applicazione del Capitolato Speciale. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto dei presupposti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 105 comma 3, lett. c) bis del D.lgs. 50/2016.

La possibilità di esternalizzare integralmente il servizio in favore di Previmedical, sarebbe poi preclusa dalla disciplina di gara, per cui non sarebbe consentito il sub-affidamento a terzi dell'intero appalto (anche nella modalità di cui all'art. 105 comma 3 lett. c-bis del d.lgs. n. 50/2016) in favore di una società che non è una impresa di assicurazioni, quale è appunto Previmedical.

3) Violazione e falsa applicazione del Capitolato Speciale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti.

In subordine, anche a volere ritenere legittima la pratica di esternalizzare a Previmedical la gestione dell'appalto ai sensi dell'art. 105 comma 3 lett. c-bis del d.lgs. n. 50/2016, l'utilizzo del contratto continuativo di cooperazione non avrebbe comunque potuto essere fatto valere ai fini dell'assegnazione dei punteggi tecnici previsti dai criteri di valutazione 2.4. e 2.5. del Capitolato Speciale.

11. – In occasione della pubblica udienza del 23 gennaio 2019 il ricorso, dopo lo scambio di memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a., è stato posto in decisione.

12. – In via di logica priorità il Collegio ritiene di dovere scrutinare le censure incidentali di carattere escludente svolte da Unisalute, che, se accolte, comporterebbero l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse a carico del ricorso introduttivo e dei relativi motivi aggiunti (in quanto trattasi di gara con più di due concorrenti) e il consolidamento della graduatoria finale così come stilata dalla Cassa Forense, con la conseguente aggiudicazione a Unisalute.

Occorre infatti notare che, nel caso in esame, entrambe le imprese contendenti sviluppano motivi di impugnazione che vertono, tutti, sulla questione legata all'ammissibilità a gara dell'offerta di RBM: sicchè qui non vi sono censure di carattere c.d. speculare, ossia volte alla reciproca esclusione della parti contrapposte, di guisa che (in senso compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in materia di pubbliche gare) è possibile non esaminare per primo il ricorso principale, in quanto, ove il ricorso incidentale "escludente" fosse fondato, dall'ipotetico accoglimento del ricorso principale RBM non ricaverebbe alcuna utilità, nemmeno in via mediata e strumentale, poiché verrebbe comunque estromessa dalla competizione; né si darebbe luogo alla

ripetizione della gara, la cui graduatoria rimarrebbe cristallizzata quale stilata dalla stazione appaltante dopo l'esclusione di RBM (già prima graduata).

13. – Sono fondate, dunque con valore assorbente su resto, i motivi aggiunti al ricorso incidentale (tempestivi, perchè riferiti a circostanze pacificamente emerse in giudizio solo con il deposito della memoria di parte ricorrente datato 7 maggio 2018) che si appellano alla generale inattendibilità dell'offerta presentata da RBM con specifico riferimento alla mancata allegazione del fatto che il servizio di help desk (cruciale nell'appalto in questione), oltre che altre prestazioni qualitativamente rilevanti, non sarebbero state in realtà fornite dalla offerente, bensì da società ad essa contrattualmente legata, Previmedical s.p.a.

Invero, come puntualmente e pertinentemente evidenziato nelle difese della Cassa, e non smentito dalla ricorrente:

- a pag. 4 del DGUE (deposito della Cassa del 21.12.2018 - All. 1), la RBM ha dichiarato di non fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione e di non voler subappaltare neppure in parte il contratto a terzi;
- nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta RBM ha dichiarato, sotto la voce "Costo del personale utilizzato per l'esecuzione dell'appalto", che "la compagnia applica per il proprio personale il CCNL ANIA per i dirigenti e per il personale dipendente non dirigente delle Imprese di Assicurazione (...) Inoltre, in base al proprio Regolamento aziendale, la Compagnia garantisce al proprio personale la copertura pressoché integrale dei costi per il ristorante aziendale";
- a seguito della richiesta di ulteriori chiarimenti la ricorrente precisava, nella propria nota del 7.2.2018, che "la Compagnia ha programmato di impiegare 10 risorse per l'esecuzione dell'appalto" e ribadiva che "a tale personale è applicato il CCNL ANIA e per i dirigenti e per il personale non dipendente non dirigente delle Imprese di Assicurazione", riportando, di seguito, una "tabella con i costi orari del lavoro della Compagnia".

Tuttavia –continua la resistente, in ciò suffragata da prova documentale- nell'accordo stipulato tra RBM e Previmedical, all'art. 2 (Oggetto del contratto) è previsto che Previmedical si impegni a svolgere i seguenti servizi: "a) Accesso al Network (Ramo Malattia): Previmedical fornirà a BPM l'utilizzo della rete di strutture e/o di professionisti convenzionati, in Italia e all'estero con cui Previmedical ha concordato

tariffe preferenziali (Network); (...) b) Customer Care Center (Ramo Infortuni e Malattia). Il servizio, che potrà essere anche offerto tramite società del gruppo RBHold, è finalizzato a fornire agli Assicurati informazioni in ordine alla copertura assicurativa, al Network di strutture convenzionate, alle modalità di accesso alle prestazioni e alle procedure operative, allo stato del sinistro, all'utilizzo del convenzionamento diretto ed a qualsiasi altra specifica informazione (...) Il servizio deve coprire il supporto di primo e secondo livello. A RBM verranno inoltrate esclusivamente le richieste di terzo livello..."; c) Gestione Sinistri (Ramo Infortuni e Malattia). Il servizio, che potrà essere anche offerto tramite società del gruppo RBHold, è finalizzato alla gestione dei sinistri ramo Infortuni e Malattia (...); d) Servizi Tecnologici. Previmedical fornirà a RMB, quale parte del presente accordo, la fornitura di sistemi informatici esternalizzati nonché la loro funzionalità e manutenzione...; f) Provvista. Previmedical pagherà le prestazioni erogate in regime di assistenza diretta e in regime rimborsuale...".

Il medesimo contratto, all'art. 9, prevede che "Previmedical erogherà i Servizi gestendo in autonomia le proprie risorse tecniche e organizzative e/o il personale, senza alcun vincolo di dipendenza nei confronti degli organi aziendali e/o del personale di RBM".

Tali circostanze devono essere raffrontate con le reiterate affermazioni della ricorrente in questo giudizio, nel quale le principali censure sono basate proprio sull'asserzione di congruità dell'offerta alla luce del CCNL ANIA per le imprese assicuratrici e di vincolo di dipendenza degli operatori di call center con la stessa RBM.

Gli assunti su cui si basa l'offerta della ricorrente (e, di riflesso, anche le censure svolte dalla medesima in questo giudizio), dunque, alla luce del contratto di cooperazione stipulato nel 2011 tra RBM e Previmedical (doc. 7 della produzione della ricorrente del 7 maggio 2018), si rivelano non conformi alle pattuizioni in essere tra le due società, sopra rassegnate, e costituiscono evidente sintomo di inattendibilità dell'offerta.

Invero, Previmedical, non essendo una compagnia di assicurazioni (ma una società che eroga servizi basilari alle compagnie di assicurazioni ramo malattia, quali la gestione del network di strutture convenzionate e la gestione dei sinistri, comprese le liquidazioni dei rimborsi), non risulta applicare il CCNL ANIA più volte indicato dalla ricorrente in sede di offerta e di giustificazione di anomalia.

Inoltre, non è emerso (neppure nella discussione in pubblica udienza), che RBM annoveri un numero di dipendenti tale da potere prescindere dall'utilizzare dipendenti –

oltre che strutture e know-how, come pacifico- di Previmedical; anzi, l'offerta della ricorrente si rivela del tutto subordinata all'utilizzo del personale, delle strutture e dei mezzi d'opera di cui è titolare un terso, ovvero Previmedical s.p.a.

Tale sostanziale subordinazione riporta all'effettiva esecutrice delle prestazioni dedotte in contratto, che sarebbe stata per l'appunto Previmedical s.p.a.: pertanto, non rileva che fino alla sottoscrizione del contratto di appalto RBM potesse teoricamente adempiere all'obbligo previsto dall'art. 105 comma III c-bis) del decreto legislativo n. 50\2016 (per cui, pur non integrando un subappalto, "le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto", è necessario che il concorrente che si avvale di tali pattuizioni depositi i relativi contratti alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto"): infatti tale obbligo, una volta adempiuto, non avrebbe comunque sanato le incongruenze in punto di costo del lavoro manifestate dall'offerta della ricorrente, parametrata su valori in realtà non conformi al CCNL indicato quale riferimento e affidata all'apporto pressoché totale di un soggetto terzo.

In definitiva, risulta rilevare nel senso dell'accoglimento delle censure incidentali in esame (che tendono ad inficiare l'attendibilità dell'offerta della ricorrente) la circostanza di fatto che in sede di offerta –e solo a che non vi è stata costretta dalle evenienze procedurali- RBM non ha fatto menzione alcuna del fatto che le più rilevanti prestazioni della commessa avrebbero dovuto essere svolte da un soggetto terzo rispetto ad essa.

Sotto tale generale profilo, infatti, non è possibile prescindere dal principio, affermato da condivisibile giurisprudenza (TAR Sicilia, Palermo, sezione III, n. 2583\2018) "in ragione del quale le attività oggetto di appalto devono, in linea di principio, essere eseguite dal soggetto che risulta aggiudicatario delle stesse, con le eccezioni, e le correlate cautele, espressamente previste per legge".

Per tale ragione, secondo tale attenta interpretazione, l'esclusione alla nozione di subappalto operata dalla lett c-bis del comma 3 dell'art. 105 del decreto legislativo n. 50\2016, debbono essere limitate ad attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto, pena una "vistosa la deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in assenza di alcuna

forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto; per cui non potrebbe non dubitarsi seriamente della congruenza della norma con le disposizioni comunitarie e financo costituzionali incidenti sulla materia”.

14. – Ne deriva l'accoglimento del quinto motivo aggiunto incidentale e l'annullamento dell'ammissione a gara della ricorrente, ed assorbimento del resto con conseguente improcedibilità sopravvenuta del ricorso e dei motivi aggiunti proposti da RBM.

15. – Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), accoglie i motivi aggiunti al ricorso incidentale e per l'effetto dichiara improcedibili il ricorso principale ed i motivi aggiunti al ricorso principale.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore delle resistenti, che forfetariamente e complessivamente liquida in euro 5.000,00 (cinquemila\00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Achille Sinatra

IL PRESIDENTE

Gabriella De Michele

IL SEGRETARIO