



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 Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 984 del 2019, proposto da Axa Assicurazioni S.p.A., Hdi Assicurazioni S.p.A., Poste Assicura S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Pietro Laffranco, Enrico Lubrano, Filippo Lubrano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Flaminia, n. 79;

contro

Associazione della Croce Rossa Italiana- Organizzazione di Volontariato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Messico, n. 7;

nei confronti

Generali Italia S.p.A., Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 51;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

previa sospensione dell'efficacia

del provvedimento della Croce Rossa 18 dicembre 2018, prot. n. 49239/U, di esclusione del RTI ricorrente, originariamente aggiudicatario provvisorio del Lotto n. 3 della gara relativa alla fornitura di coperture assicurative per "Infortuni per il personale volontario" (CIG 734564385C), di durata triennale e di valore lordo a base d'asta pari ad euro 9.000.000,00, con conseguente aggiudicazione dello stesso Lotto n. 3 a favore del RTI controinteressato, composto dalle Società Generali Italia s.p.a. e Cattolica di Assicurazione, poiché il RTI ricorrente avrebbe omesso di dichiarare "nell'offerta economica degli oneri aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sul luogo di lavoro, ai sensi dell'art.

95, comma 10 del D.Lgs. 50/2016”, dell’eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato nei confronti del RTI controinteressato, allo stato non conosciuto e non conoscibile, nonché di ogni altro atto o provvedimento connesso, presupposto o conseguente a quello sopra indicato, allo stato non conosciuto e non conoscibile, con richiesta cautelare di inibitoria alla stipula del contratto e richiesta di subentro nel contratto eventualmente stipulato e/o per il risarcimento del danno per equivalente;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da GENERALI ITALIA S.P.A. il 5\2\2019 :
per l'annullamento

del verbale di gara n. 2 del 25 luglio 2018 della procedura aperta della Associazione della Croce Rossa Italiana per l'affidamento dei servizi di copertura assicurativa, nella parte in cui ha ritenuto regolare la documentazione amministrativa presentata da Axa Assicurazioni S.p.A, HDI Assicurazioni S.p.A., Poste Assicura S.p.A. ammettendole alla gara per lotto 3;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Associazione della Croce Rossa Italiana- Organizzazione di Volontariato e di Generali Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2019 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori 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

1. Con ricorso notificato ai soggetti meglio in epigrafe indicati in data 16 gennaio 2019 e depositato il successivo 22 gennaio 2019, parte ricorrente espone di avere partecipato alla gara aperta per l'affidamento dei servizi di copertura assicurativa per l'Associazione della Croce Rossa Italiana suddivisa in tre lotti per trentasei mesi.

Il lotto 3, al quale ha partecipato, aveva per oggetto la copertura assicurativa degli “Infortuni per il personale volontario” per un importo a base d’asta pari ad euro 9.000.000,00.

Specifica che la lex specialis di gara puntualizzava come la dichiarazione di offerta, a pena di esclusione, non dovesse contenere “integrazioni di alcun genere”, tanto che la dichiarazione non aveva alcuno spazio per l’indicazione degli oneri di sicurezza, sicchè il RTI ricorrente presentava l’offerta economica senza la specificazione degli oneri di sicurezza aziendali, mentre il RTI controinteressato effettuava tale dichiarazione inserendo “a penna” gli oneri nel modulo di offerta economica, il quale non prevedeva apposito spazio dichiarativo a tale fine.

L’omessa indicazione degli oneri da parte del RTI ricorrente è stata contestata alla Commissione di gara, da parte del RTI controinteressato - con Note inviate in data 3 ottobre 2018, 6 ottobre 2018 e 22 ottobre 2018 - con richiesta di escludere il RTI ricorrente proprio per tale motivo, esclusione che non sarebbe stata nemmeno sanabile con soccorso istruttorio.

In data 18 ottobre 2018, con nota prot. n. 39325/U, il Presidente della Commissione di gara ha comunicato il proprio convincimento circa la regolarità della posizione del RTI interessato, con la conseguenza che parte ricorrente è stata, dunque, individuata come aggiudicataria provvisoria da parte della Commissione giudicatrice, come da Verbale di gara n. 5.

Se non che il RUP, a seguito di approfondimento della problematica sollevata dal RTI controinteressato, chiedeva il rilascio di un apposito parere da parte di uno Studio legale che sulla base della sentenza del TAR Lazio, sezione II quater, 3 dicembre 2018, n. 11717, sosteneva che era irrilevante che la modulistica di gara non prevedesse lo spazio apposito per effettuare la dichiarazione sugli oneri della sicurezza, che comunque l'obbligo della dichiarazione derivava da una norma di legge inderogabile e che al riguardo non sarebbe nemmeno consentito il soccorso istruttorio; a tal punto il RUP adottava il provvedimento 18 dicembre 2018, prot. n. 49239/U, con il quale era disposta l'esclusione dalla procedura di gara del RTI ricorrente per l'omessa dichiarazione "nell'offerta economica degli oneri aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sul luogo di lavoro, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del D.Lgs. 50/2016" e contestualmente era disposta altresì l'aggiudicazione provvisoria a favore del RTI controinteressato, per quanto qui di interesse, del Lotto n. 3.

2. Avverso l'esclusione parte ricorrente dunque deduce tre distinte censure meglio oltre esposte ed esaminate. Conclude con istanza cautelare, con l'inibitoria nei confronti della Stazione Appaltante e del RTI controinteressato alla stipula del contratto oggetto della gara in questione, con domanda di risarcimento del danno per equivalente e chiede l'annullamento dei provvedimenti impugnati in accoglimento del ricorso.

3. Si sono costituite la Associazione per la CRI e la controinteressata Generali Assicurazioni.

4. Quest'ultima ha anche presentato ricorso incidentale in data 5 febbraio 2019, specificando che, a seguito della disamina degli atti procuratizi con istanza di accesso, rilevava anche dei vizi nella documentazione amministrativa prodotta dalle ricorrenti per la partecipazione alla gara.

Pertanto deduce le seguenti censure avverso l'ammissione alla gara delle ricorrenti principali in seguito all'esame della documentazione amministrativa:

4.1 Violazione dell'art. 4.1. del disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria.

L'RTI ricorrente incidentale osserva che l'art. 4.1 del Disciplinare prevede, come requisito di idoneità professionale, "l'esecuzione, nell'ultimo biennio, di almeno un servizio analogo a quello di cui al presente appalto a favore di Enti/Associazioni di cui alla L. 106/2016 e L. 64/2001" e tutti e tre i committenti non rientrano nella previsione del disciplinare, in quanto la Croce Rossa, con il chiarimento n. 3, ha precisato che il requisito è riferito "*alla disciplina degli organismi del terzo settore, settore cui appartiene l'Associazione della Croce Rossa Italiana. In particolare la legge 106/2016 concerne la "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale" E' stata richiamata in quanto l'intero articolato normativo si applica a CRP*", mentre nessuno dei servizi analoghi dichiarati dalle tre imprese raggruppate rientra nel terzo settore.

4.2. Violazione dell'art. 4.2 del Disciplinare; eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria.

I ricorrenti incidentali notano pure che l'art. 4.2 del Disciplinare prevede, come requisito di capacità economica e finanziaria, di avere realizzato nel triennio una raccolta premi non inferiore a 500 milioni di euro per ciascun lotto, mentre le ricorrenti hanno indicato al riguardo un importo inferiore a detta cifra seppure afferente al ramo "Infortuni" di cui al Lotto 3 cui partecipavano; anzi per Poste Assicura la controinteressata, nonché ricorrente incidentale oppone che non è dato neppure comprendere se l'importo dichiarato si riferisca al ramo "Infortuni" o al ramo "Danni" poiché la dichiarazione relativa non contiene detta precisazione.

4.3 Violazione dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 4.2 del Disciplinare. Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria.

Obiettano, infine che, poiché l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che i concorrenti delle gare pubbliche debbano dimostrare il possesso dei requisiti morali con riferimento ai soggetti in esso indicati, risulta che invece la HDI Assicurazioni s.p.a., mentre ha fornito le dichiarazioni attestanti il possesso di tali requisiti da parte di Presidente e Amministratore Delegato, non altrettanto ha effettuato per quelle dei Sindaci (sia i componenti titolari che quelli supplenti del Collegio Sindacale), come risultanti dalla visura camerale che si produce.

Conclude dunque chiedendo, in accoglimento del ricorso incidentale, il rigetto del ricorso principale.

5. In vista della Camera di Consiglio del 12 febbraio 2019 la CRI ha presentato compiuta memoria ed alla ridetta udienza camerale il ricorso è stato rinviato per consentire alle parti le rispettive difese data la presentazione del ricorso incidentale l'antecedente 5 febbraio.

6. Previo scambio di memorie tra le parti il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'11 giugno 2019.

DIRITTO

1. Per economia processuale va trattato in via prioritaria il ricorso principale in quanto il ricorso incidentale non si presenta escludente, a mente dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 gennaio 2014, n. 7.

In via preliminare va pure precisato che il ricorso incidentale non è comunque irricevibile, perché la controinteressata l'ha notificato il 5 febbraio 2019 dopo avere ottenuto l'accesso alla documentazione amministrativa del raggruppamento ricorrente, accesso richiesto il 22 gennaio 2019, quando quest'ultimo aveva proposto il ricorso avverso la sua esclusione e l'ammissione appunto della ricorrente incidentale.

A tal riguardo quest'ultima cita una recente pronuncia della quinta sezione del Consiglio di Stato (C. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243) con cui l'Alto Consesso specifica espressamente che: "trova applicazione la regola giurisprudenziale secondo cui, per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione, è necessario conoscere i contenuti della documentazione presentata dall'operatore economico (tra altre, Cons. Stato, V, 31 ottobre 2018, n. 6187; IV, 21 marzo 2016, n.1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454"; oltre che ad una pronuncia della Corte di Giustizia del 14 febbraio 2019 di analogo tenore.

2. Ciò chiarito il ricorso principale è comunque infondato.

Con esso il RTI ricorrente propone tre censure avverso l'esclusione dalla gara e l'ammissione del controinteressato, secondo classificato, che non possono proprio essere condivise.

2.1 Col primo mezzo il RTI interessato attacca il provvedimento di esclusione, come basato sulla motivazione che non essendo i servizi assicurativi – oggetto dell'appalto – riconducibili alla tipologia dei servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, comma 10 del Codice degli appalti, che esclude per questi ultimi l'indicazione degli oneri della sicurezza nell'offerta, il mancato inserimento del costo relativo agli oneri aziendali per la sicurezza nel modulo dell'offerta economica per il Lotto 3, come effettuato da parte del RTI ricorrente, ne ha prodotto l'illegittima esclusione; laddove secondo le tesi degli interessati invece “la giurisprudenza amministrativa ha qualificato costantemente il servizio di copertura assicurativa quale servizio di natura intellettuale” (pag. 4 del ricorso).

Nel rammentare che la norma ora citata statuisce espressamente che: “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale...”, occorre rilevare che la questione coinvolge la natura del servizio messo a gara, avente ad oggetto, per quanto concerne il Lotto 3, la copertura assicurativa degli “Infortuni del personale volontario”.

Sul punto lo stesso provvedimento impugnato cita il precedente specifico dal quale, ancorchè di altra sezione di questo TAR, non pare proprio possibile discostarsi, attesa la analogia della fattispecie esaminata: TAR Lazio, II quater, 3 dicembre 2018, n. 11717.

La sentenza, dopo una disamina dei servizi di natura intellettuale come individuati dalla giurisprudenza (TAR Lazio, II quater, n. 11717/2018, punto 6.3) ricostruisce il perimetro applicativo dell'esclusione formalizzata dall'art. 95, comma 10 del Codice degli appalti, specificando che:

- “deve ritenersi che la natura “intellettuale” della prestazione non si esaurisce nel suo carattere “immateriale”, occorrendo anche che essa sia prevalentemente caratterizzata dal profilo professionale e, dunque, personale, della prestazione resa.” (TAR Lazio, II quater, n. 11717/2018, punto 6.4);
- esclude che “costituisca elemento dirimente il “luogo” in cui le prestazioni debbono essere svolte” (TAR Lazio, II quater, n. 11717/2018, punto 6.5);
- specifica che “...il contratto di assicurazione, a differenza del servizio di brokeraggio, non concerne né un'attività di consulenza, né, più in generale, un'attività da svolgersi nei locali dell'impresa prestatrice del servizio, ma implica una serie di attività materiali e giuridiche standardizzate inserite in una complessa organizzazione aziendale, in cui difetta un apporto personale e professionale del singolo operatore” (TAR Lazio, II quater, n. 11717/2018, punto 6.6);
- e conclude escludendo “...la riconducibilità dei servizi assicurativi, oggetto del contratto messo a gara, alla categoria dei “servizi di natura intellettuali” per i quali la legge prevede, in via eccezionale, l'esenzione dall'obbligo di specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendali in sede di offerta.” (TAR Lazio, II quater, n. 11717/2018, punto 6.7).

Ciò specificato e chiarito dunque l'onere incombente a parte ricorrente di indicare senz'altro gli oneri della sicurezza nell'offerta economica, come dalla giurisprudenza sopra riportata, va pure considerato che, contrariamente a quanto opposto dal RTI interessato, l'allegato sull'offerta economica a pagina 1 recava la esplicita ed inequivocabile dicitura: "la Dichiarazione dell'offerta dovrà contenere la specifica indicazione del costo relativo alla sicurezza" laddove l'uso dell'ausiliare "dovere" non lascia adito a dubbi circa la natura cogente di tale dichiarazione, da cui dunque, doveva essere corredata l'offerta economica, a nulla rilevando che il foglio del modulo con gli spazi vuoti da riempire con le apposite dichiarazioni dell'operatore economico non recasse una esplicita voce sugli oneri della sicurezza, come opposto da parte ricorrente, e ciò stante il tenore letterale dell'istruzione sopra riportata e relativa al modulo dell'offerta economica.

2.2 Tale osservazione introduce la seconda e pure essa non condivisibile censura con cui l'interessato RTI lamenta l'insussistenza di un automatismo espulsivo per l'omessa indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza, anche alla luce della omessa attivazione del soccorso istruttorio.

Al riguardo non varrà forse la pena di rammentare che il soccorso istruttorio disciplinato dall'art. 83, comma 9 del Codice degli appalti non è consentito esplicitamente per gli elementi dell'offerta tecnica ed economica, come è avvenuto nel caso in esame in cui, per di più, recando il modulo dell'offerta economica l'esplicita istruzione sulla "Dichiarazione" degli oneri di sicurezza aziendale, la stazione appaltante non aveva alcuna possibilità di consentire l'integrazione della dichiarazione mancante nell'offerta economica, anche perché l'art. 8 del Disciplinare espressamente escludeva il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica e sull'offerta economica, e soprattutto su quest'ultima, per quel che ne riguarda.

Ma oramai la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio nel caso di mancata indicazione in sede di offerta dei costi della sicurezza è pure esclusa dalla recente ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la n. 3 del 24 gennaio 2019, oltre che dalla pronuncia della Corte di Giustizia UE del 2 maggio 2019, n. 309/2018 resa su ordinanza del TAR Lazio in data 20 marzo 2018.

A mente dell'ordinanza sopra citata l'Alto Consesso, prima di passare ad indicarne le ragioni, ha premesso che "la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l'esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all'obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio'. (C. Stato, A.P., ord. n. 3/2019 punto 3.4).

A fronte della chiara disposizione oramai recata dall'art. 95, comma 10 del Codice degli appalti ha poi specificato che: "nessun argomento sembra sostenere la tesi secondo cui una clausola escludente potrebbe operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base alla forza di una legge adeguatamente chiara, come l'articolo 95 comma 10, citato".

Ha poi concluso gli argomenti a sostegno specificando che la contraria interpretazione della norma sopra indicata violerebbe il principio di "tipicità e tassatività" delle cause di esclusione anche rammentato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, ed ha concluso dunque per la

rimessione alla Corte di giustizia UE della questione se il diritto dell'Unione europea ed i principi nella ordinanza indicati ostino alla disciplina nazionale (articoli 93, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del Codice degli appalti) in base alla quale la mancata indicazione di un concorrente ad una pubblica gara di appalto dei costi, per quel che qui interessa, della sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente possa essere ammesso al soccorso istruttorio, pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espreso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione.

Sulla questione, come sopra riportato, la Corte di Giustizia si è già pronunciata, seppure essendo compulsata dal TAR Lazio e per la questione della mancata indicazione dei costi della manodopera, statuendo che: "I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione" e, come sopra indicato, nel caso in esame sia la normativa nazionale, sia i documenti di gara non consentivano tale integrazione mediante il soccorso istruttorio, con conseguente rigetto della censura.

2.3 La reiezione dei primi due motivi proposti da parte ricorrente impedisce di condividere il terzo mezzo, col quale il RTI ricorrente fa valere l'eccesso di potere per contraddittorietà della Stazione Appaltante, che dapprima ha previsto dei requisiti finanziari estremamente rigorosi (in modo da garantirsi la partecipazione solo di operatori estremamente qualificati) e poi ha disposto l'esclusione diretta dell'aggiudicatario, senza neanche consentirgli il soccorso istruttorio, per avere formulato l'offerta senza indicazione degli oneri di sicurezza di importo irrisorio.

E tanto perché, come si può notare dalla seppur sintetica esposizione, con esso il RTI interessato riproduce sia la cd. irrilevanza del costo degli oneri di sicurezza, già opposto con la prima censura, atteso che la esiguità degli stessi non fa venir meno l'onere di esplicita indicazione del loro importo come dall'allegato modulo di offerta economica indicato; ma riproduce pure la doglianza di mancata attivazione del soccorso istruttorio, già ampiamente contestata nella analisi del secondo motivo, con conseguente venir meno pure del terzo mezzo.

3. La reiezione di tutte le censure non consente dunque di accogliere le domande di subentro e di risarcimento del danno per equivalente, pure formulate da parte ricorrente con conseguente rigetto del ricorso principale. Per il resto il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

4. La articolazione delle questioni proposte, come evidenziato dalla giurisprudenza sulle stesse formatasi, consente di ritenere giustificati i motivi per la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso principale in ogni sua domanda e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierina Biancofiore

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO