

Publicato il 02/04/2021

N. 00434/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00263/2021 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 263 del 2021, proposto da

Liberty Mutual Insurance Europe SE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lidia Scantamburlo, Matteo Cerretti e Michele Di Michele, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari collegiali ex art. 55 cod.

proc. amm.,

- del verbale di gara relativo alla seduta pubblica n. 1 pubblicato sul profilo della Provincia di Padova in data 28 gennaio 2021, mediante cui, in esito all'esame dei

documenti presentati dai concorrenti nella busta amministrativa, l'odierna ricorrente società Liberty Mutual Insurance Europe S.E. veniva esclusa dal Lotto 1 (CIG 8535055632) della gara europea telematica a procedura aperta per l'affidamento di servizi assicurativi a favore della Provincia di Padova (5 lotti) per la durata di 4 anni;

- della comunicazione di avvenuta esclusione dalla gara *ex art.* 76, comma 5, lett. b), del d.lgs. 50 del 2016 trasmessa alla ricorrente tramite il portale appalti in data 2 febbraio 2021;

- della nota, trasmessa a mezzo PEC in data 2 febbraio 2021, mediante cui la Provincia di Padova, in riscontro alla richiesta di riesame formulata dalla ricorrente, confermava la propria determinazione in ordine all'esclusione di quest'ultima;

- in parte qua del Disciplinare di Gara nelle parti di cui in esposizione;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso, anche se non conosciuto;

oltreché per la declaratoria di inefficacia

del contratto ove *medio tempore* stipulato dalla Provincia di Padova a tal fine dichiarandosi la ricorrente fin d'ora disponibile al subentro nel contratto ai sensi e per gli effetti di legge;

e per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica *ex art.* 124 cod. proc. amm. con subentro della ricorrente nell'esecuzione del contratto o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, con espressa riserva di formulare in corso di giudizio apposita istanza di risarcimento dei danni patiti e *patiendi*.

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 24 marzo 2021, tenutasi da remoto, il dott. Filippo Dallari 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 Liberty Mutual Insurance Europe SE (d'ora in poi Liberty Mutual) è stata esclusa dal lotto 1 perché, 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 Cotral s.p.a., che è una società il cui capitale è integralmente posseduto dalla Regione Lazio e che opera nei confronti di quest'ultima quale società *in house* per la gestione del servizio di trasporto pubblico locale.

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 cinque motivi.

I - Violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001 ed art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e manifesta illogicità, violazione del principio del favor participationis.

In sede applicativa la stazione appaltante avrebbe errato nel ritenere che la società *in house* Cotral s.p.a. non rientri nella nozione di pubblica amministrazione.

Le società *in house* – assume la ricorrente - costituiscono in realtà articolazioni degli enti da cui promanano e pertanto rientrano nella nozione di amministrazione pubblica in senso sostanziale.

II - *Sotto altro profilo, violazione dell'art. 1 del d.lgs. 165/2001 ed art. 83 del d.lgs. 50/2016; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e manifesta illogicità, violazione del principio del favor participationis.*

In subordine, la Provincia di Padova avrebbe dovuto interpretare la *lex specialis* in modo da favorire la massima partecipazione alla procedura, nel senso di richiedere contratti anche con società *in house*, non sussistendo d'altro canto una specifica *ratio* volta a privilegiare una interpretazione restrittiva.

III - *Violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001 ed art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e manifesta illogicità, violazione del principio del favor participationis.*

Qualora interpretata nel senso di ricomprendere nella nozione di “*pubblica amministrazione*” le sole entità di diritto pubblico rientranti nell’elencazione di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001), con esclusione delle società “*in house*”, la *lex specialis* sarebbe illegittima in quanto imporrebbe un requisito limitativo della concorrenza non proporzionato e non attinente all’oggetto del contratto. Peraltro su 17 concorrenti ben 8 operatori economici sono stati esclusi per la ritenuta carenza del requisito in questione.

IV - *Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e manifesta illogicità, violazione del principio del favor participationis.*

L'Amministrazione avrebbe in ogni caso dovuto ammettere il concorrente al soccorso istruttorio al fine di consentire l'integrazione del requisito di

partecipazione con contratti preesistenti al termine di presentazione delle offerte. A riprova dell'effettivo possesso del requisito richiesto dalla stazione appaltante, la ricorrente ha prodotto tre polizze stipulate in data antecedente al termine di presentazione delle offerte con il Comune di Martano, con il Comune di Melendugno e con il Comune di Alpignano.

V - Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione della lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e manifesta illogicità; violazione del principio del favor participationis.

Il paragrafo 14 del disciplinare di gara - nella parte in cui sancisce che il soccorso istruttorio non è applicabile al fine di colmare il “*mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione*”, ove inteso nel senso di escludere l'integrazione del requisito con contratti preesistenti rispetto al termine per la presentazione delle offerte - si porrebbe in contrasto con l'art. 83 del Codice dei contratti pubblici che, invece, consente di sanare tali tipologie di irregolarità della documentazione di gara.

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

Alla camera di consiglio del 24 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 Liberty Mutual 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 il lotto 1, avente ad oggetto le assicurazioni per la responsabilità civile verso terzi e i prestatori di lavoro, 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, ma integralmente controllata dalla Regione Lazio e che opera nei confronti di quest'ultima per la gestione del servizio di trasporto pubblico locale.

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.

Il primo ed il secondo motivo, con i quali la ricorrente sostiene che dovrebbe essere data un'interpretazione lata della locuzione “*pubbliche amministrazioni*” e che per ragioni di connessione possono essere esaminati congiuntamente, sono fondati.

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.

Come questa Sezione ha rilevato con riguardo ad analoga questione concernente il medesimo affidamento, 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 (T.A.R. Veneto, Sez. I, 1 aprile 2021, n. 428).

Ciò vale a fortiori per le società *in house* che costituiscono in realtà articolazioni in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promanano.

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 dal lotto, che ha ad oggetto la responsabilità civile verso terzi e i prestatori di lavoro, 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. Il lotto dal quale la ricorrente è stata esclusa riguarda la responsabilità civile verso terzi e prestatori di lavoro.

Rispetto alla natura dei rischi assicurati, la possibilità di valorizzare i soli servizi svolti in favore di “*pubbliche amministrazioni*” intese in senso soggettivo 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 stata erroneamente riferita 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 accedere, 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 Cotral s.p.a., che rientra nella nozione di amministrazione aggiudicatrice in quanto società *in house* (TAR Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 27 gennaio 2021, n. 1085) e in ogni caso come organismo di diritto pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 agosto 2020, n. 4996; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 1327).

Non risultando definitivamente aggiudicato l'appalto, non possono essere invece accolte le ulteriori domande di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno.

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, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla nel senso precisato in motivazione il verbale n. 1 del 25 gennaio 2021 nella parte in cui ha disposto l'esclusione della ricorrente dal lotto 1 per mancanza del requisito esperienziale e il provvedimento confermativo di cui alla nota trasmessa a mezzo PEC in data 2 febbraio 2021.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2021, tenutasi da remoto in modalità videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Referendario

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Filippo Dallari

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO