

Tar Campania, sezione Prima, sentenza n. 6689 del 19 novembre 2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso n. 3622/18 R.G., integrato da motivi aggiunti, proposto da

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di in Napoli, via

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Napoli,

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domicilia ex lege in Napoli, via Armando Diaz, 11;

nei confronti

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Napoli, via

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

previa sospensione cautelare

- del provvedimento di esclusione del Raggruppamento Temporaneo capeggiato da S.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei servizi di “progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase esecutiva degli interventi di bonifica e risanamento ambientale delle aree ex ILVA e ex ITALSIDER, della colmata a mare e degli arenili «nord» e «sud», ricadenti nel sito di rilevante interesse nazionale di Bagnoli - Coroglio” (CIG: 734986654B) assunto da S.p.A. in data 23 luglio 2018 (doc. 21), e del provvedimento concernente le ammissioni e le esclusioni, pubblicato in data 24 luglio 2018 ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, dal quale si è appresa la predetta esclusione (doc. 22);
- delle disposizioni della lex specialis di gara, con particolare riferimento all'articolo 12.3.i del disciplinare di gara, nella parte in cui queste ultime richiedono, ai fini della partecipazione e a pena di esclusione, la presentazione di una copertura assicurativa contro i rischi professionali e ne definiscono le modalità di formazione, determinazione e presentazione, per le ipotesi e per le ragioni meglio illustrate nel presente ricorso,
- ove occorrer possa, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante (doc.3 e 7);
- ove occorrer possa, della determina/delibera a contrarre;
- ove occorrer possa, degli atti concernenti la consultazione preliminare svolta da, ancorchè non conosciuti;
- del provvedimento di ammissione del R.T.I. capeggiato da S.r.l. alle successive fasi della gara, pubblicato in data 24 luglio 2018 ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, dal quale si è appresa la predetta esclusione (doc. 22);
- del provvedimento di aggiudicazione, ove intervenuto, in favore del R.T.I. capeggiato da S.r.l.;

- del silenzio e/o del provvedimento negativo-tacito di diniego rispetto all'istanza di accesso formulata dalla ricorrente in data 8 agosto 2018 (doc. 23);

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA

ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31, comma 4, cod. proc. amm., della nullità delle disposizioni di lex specialis di gara, con particolare riferimento all'articolo 12.3.i del disciplinare di gara, nella parte in cui queste ultime richiedono, ai fini della partecipazione e a pena di esclusione, la presentazione di una copertura assicurativa contro i rischi professionali e ne definiscono le modalità di formazione, determinazione e presentazione, per le ipotesi e per le ragioni meglio illustrate nel presente ricorso;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

NONCHÉ PER LA CONDANNA

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio;

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

- del diritto della ricorrente ad accedere agli atti e ai documenti richiesti, e la conseguente condanna/ordine alla resistente ad esibire detti documenti entro un congruo termine ex art. 116 c.p.a..

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da S.R.L. il 22\10\2018 :

PER L'ANNULLAMENTO

previa sospensione cautelare

- del provvedimento di esclusione del Raggruppamento Temporaneo capeggiato da S.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei servizi di “progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase esecutiva degli interventi di bonifica e risanamento ambientale delle aree ex ILVA e ex ITALSIDER, della colmata a mare e degli arenili «nord» e «sud», ricadenti nel sito di rilevante interesse nazionale di Bagnoli-Coroglio” (CIG: 734986654B) assunto da S.p.A. in data 23 luglio 2018 (doc. 21), e del provvedimento concernente le ammissioni e le esclusioni, pubblicato in data 24 luglio 2018 ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, dal quale si è appresa la predetta esclusione (doc. 22);
- delle disposizioni della lex specialis di gara, con particolare riferimento all'articolo 12.3.i del disciplinare di gara, nella parte in cui queste ultime richiedono, ai fini della partecipazione e a pena di esclusione, la presentazione di una copertura assicurativa contro i rischi professionali e ne definiscono le modalità di formazione, determinazione e presentazione, per le ipotesi e per le ragioni meglio illustrate nel presente ricorso,
- ove occorrer possa, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante (doc.3 e 7);
- ove occorrer possa, della determina/delibera a contrarre;
- ove occorrer possa, degli atti concernenti la consultazione preliminare svolta da, ancorché non conosciuti;
- del provvedimento di ammissione del R.T.I. capeggiato da S.r.l. alle successive fasi della gara, pubblicato in data 24 luglio 2018 ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, dal quale si è appresa la predetta esclusione (doc. 22);

- del provvedimento di aggiudicazione, ove intervenuto, in favore del R.T.I. capeggiato da S.r.l.;
- del silenzio e/o del provvedimento negativo-tacito di diniego rispetto all'istanza di accesso formulata dalla ricorrente in data 8 agosto 2018 (doc. 23);
- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA

ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31, comma 4, cod. proc. amm., della nullità delle disposizioni di lex specialis di gara, con particolare riferimento all'articolo 12.3.i del disciplinare di gara, nella parte in cui queste ultime richiedono, ai fini della partecipazione e a pena di esclusione, la presentazione di una copertura assicurativa contro i rischi professionali e ne definiscono le modalità di formazione, determinazione e presentazione, per le ipotesi e per le ragioni meglio illustrate nel presente ricorso;

NONCHÉ PER LA DECLARATORIA

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

NONCHÉ PER LA CONDANNA

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio;

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

- del diritto della ricorrente ad accedere agli atti e ai documenti richiesti, e la conseguente condanna/ordine alla resistente ad esibire detti documenti entro un congruo termine ex art. 116 c.p.a.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.A - e di S.r.l. e del

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 7 novembre 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo 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

La società s.r.l., quale capogruppo di un costituendo raggruppamento temporaneo con le mandanti (già), ha partecipato alla procedura di gara indetta con bando pubblicato in data 19 febbraio 2018 da s.p.a., in veste di soggetto attuatore, per l'affidamento dei servizi di “progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase esecutiva degli interventi di bonifica e risanamento ambientale delle aree ex ILVA e ex ITALSIDER, della colmata a mare e degli arenili «nord» e «sud», ricadenti nel sito di rilevante interesse nazionale di Bagnoli-Coroglio”; la lex specialis della gara, il cui criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva un importo dei servizi pari a €19.020.056,86, di cui €5.194.366,33 per la progettazione definitiva, €2.417.402,53 per la progettazione esecutiva, €7.485.728 per la direzione dei lavori e €3.992.560 per il coordinamento della sicurezza in fase esecutiva, oltre ad un valore dei lavori da eseguire di € 217.500.000.

In esito alla pubblicazione del bando era sorta contestazione in ordine all'eccessiva sproporzione del requisito di cui all'articolo 12.3 lettera i) del disciplinare, cioè la copertura assicurativa contro i rischi professionali pari all'importo dei lavori e, quindi, per €217.500.000, per cui s.p.a., dopo aver sospeso la procedura, in data 4 aprile 2018 provvedeva a modificare parzialmente la lex specialis, stabilendo che il predetto requisito per i raggruppamenti temporanei dovesse essere posseduto dalla mandataria per una percentuale almeno pari al 51% dell'importo dei lavori, al fine di individuare un soggetto che fosse in possesso di un adeguato livello di solidità economico-finanziaria.

Entro il termine fissato per la presentazione delle domanda di partecipazione, pervenivano solo due istanze, quella del raggruppamento s.r.l. e quella raggruppamento tra la capogruppo S.r.l. e le mandanti S.p.A.,S.r.l., S.r.l., S.r.l., S.r.l., S.r.l.

Nella fase di verifica dei requisiti la stazione appaltante formulava al RTI tre richieste di chiarimenti, rispettivamente il 18 maggio 2018, il 29 maggio 2018 e il 15 giugno 2018, in merito alle polizze assicurative presentate, istanze tempestivamente riscontrate dal concorrente il 22 maggio 2018, ed il 4 e 21 giugno 2018.

Con provvedimento del 23 luglio 2018, la stazione appaltante escludeva il R.T.I. dalla gara, sia per nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto, sia per inidoneità della polizza della capogruppo, attesa l'insufficienza del massimale assicurato. Il provvedimento veniva pubblicato il 24 luglio 2018, congiuntamente all'atto di ammissione al prosieguo della gara del RTI

In data 8 agosto 2018, s.r.l. ha presentato istanza di accesso agli atti di gara, al fine di acquisire anche la polizza assicurativa dall'unico concorrente rimasto in gara. Avverso la propria esclusione e contro l'ammissione del concorrente RTI ha proposto ricorso a questo Tribunale ai sensi di cui all'art. 120, comma 2 bis c.p.a., la s.r.l., in proprio e quale capogruppo del RTI concorrente, chiedendone

l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

Parte ricorrente ha censurato la propria esclusione contestando sia la supposta nullità del contratto di avvalimento, sia l'inidoneità della copertura assicurativa contro i rischi professionali, nonché ha impugnato l'atto di ammissione della controinteressata, in attesa di integrare le motivazioni a sostegno all'esito dell'accesso agli atti di gara.

Si sono costituiti in giudizio la s.r.l., s.p.a. -, nonché il dell'area di Bagnoli-Coroglio.

Alla camera di consiglio del 10 ottobre 2018 la trattazione della domanda cautelare è stata differita al 24 ottobre 2018.

Con atto notificato e depositato il 22 ottobre 2018 parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti di impugnazione avverso l'atto di ammissione alla gara della controinteressata, all'esito dell'acquisizione degli atti del procedimento in sede di accesso.

Hanno depositato memorie sia la stazione appaltante che la controinteressata.

Alla camera di consiglio del 24 ottobre 2018, la trattazione è stata differita alla camera di consiglio del 7 novembre 2018.

Alla camera di consiglio del 7 novembre 2018, il Tribunale, ritenendo la sussistenza dei presupposti per una sentenza in forma semplificata, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Il presente giudizio, ritualmente proposto ai sensi dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis c.p.a., contiene due distinti oggetti di impugnazione, il primo costituito dal provvedimento di esclusione del raggruppamento ricorrente, il secondo dall'atto di ammissione del controinteressato, unico altro concorrente nella gara in questione.

A. Con riferimento al ricorso introduttivo, va evidenziato che il provvedimento di estromissione di parte ricorrente adottato dal seggio di gara in data 23 luglio 2018 ha fondamento in due specifiche ragioni, di esclusione.

A.1. Con riferimento alla prima, si premette che, a fini di partecipazione, il RTI ricorrente aveva fatto ricorso all'avvalimento interno tra la mandataria s.r.l. e la mandante s.p.a.; la scelta di procedere in tal senso era giustificata dalla carenza in capo ad s.r.l. dei requisiti relativi all'avvenuto svolgimento di servizi di progettazione nelle categorie IB.06 – IA.01 - D.05 - P.03, ai sensi dell'articolo 12.3 lettere ii e n. iii del disciplinare, nonché di quello costituito dal numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni, pari a n. 14 risorse, di cui all'articolo 12.3, n. iv, del disciplinare; in particolare, l'art. 12.3. n. ii richiedeva «l'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di ingegneria e di architettura di cui all'articolo 3, co. 1, lett. vvvv), del Codice dei Contratti (da intendersi come servizi ultimati), relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, per un importo globale per ogni classe e categoria pari a una volta l'importo stimato dei lavori, ossia pari agli importi indicati nella tabella che segue; si precisa che, con riguardo alla classe e categoria P.03, il requisito si intende soddisfatto anche mediante la dimostrazione di avvenuto svolgimento di servizi riconducibili alla classe e alla categoria D.02»; l'art. 12.3. n. iii, invece, prescriveva «l'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura di cui all'articolo 3, co. 1, lett. vvvv), del Codice dei Contratti (da intendersi come servizi ultimati), relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, per un importo totale non inferiore a 0,40 volte l'importo stimato dei lavori e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento; si precisa che, con riguardo alla classe e categoria P.03, il requisito si intende soddisfatto anche mediante la dimostrazione di avvenuto

svolgimento di servizi riconducibili alle classi e alle categorie alternative infra indicate».

La stazione appaltante, dopo aver illustrato i passaggi endoprocedimentali della fase di verifica, ha ritenuto, riguardo al contratto di avvalimento, che «ai fini del soddisfacimento dei requisiti di cui all'articolo 12.3, n. ii e iii, del disciplinare, che attengono all'esperienza, dal tenore letterale del contratto emerge che l'oggetto del prestito da parte dell'ausiliario sono i “requisiti” indicati nel documento allegato alla dichiarazione dell'ausiliario. Da ciò deriva che il documento allegato alla dichiarazione dell'ausiliario (che per la scrivente Stazione appaltante non può non considerarsi quale l'Allegato richiamato nel contratto di avvalimento), elenca i servizi svolti da quest'ultimo, ma non le risorse né i mezzi mediante l'impiego dei quali l'ausiliario ha realizzato detti servizi, acquisendo l'esperienza richiesta dal disciplinare. Dall'indeterminatezza dell'oggetto del contratto discende la nullità di quest'ultimo. Invero, il contratto dovrebbe contenere l'impegno, da parte dell'ausiliaria, a mettere a disposizione le risorse e il proprio apparato organizzativo che, a tal fine, dovrebbero essere puntualmente identificati, mentre, al contrario, non risultano rintracciabili né nel testo del contratto stesso, né negli allegati alla dichiarazione dell'ausiliario; né, tantomeno, attesa la precisa intenzione delle parti – risultante dal dato letterale del testo del contratto e confermata in sede di soccorso istruttorio – appare consentito estendere, in via ermeneutica, la messa a disposizione delle risorse e dei mezzi indicati all'interno del contratto (quali oggetto di prestito per il soddisfacimento del solo requisito del personale medio annuo) al soddisfacimento dei diversi requisiti di cui all'articolo 12.3, nn. ii e iii, del disciplinare. L'avvalimento dei citati requisiti di cui all'articolo 12.3, nn. ii e iii, del disciplinare, pertanto, in assenza di analitica e specifica elencazione od indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, è qualificabile come cartolare. Considerata la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 89 del D.Lgs. n. 50/2016, la mandataria non può

validamente giovare del requisito e, inoltre, atteso che, ai fini della partecipazione alla presente procedura di gara, il disciplinare impone il possesso dei requisiti di cui all'articolo 12.3, nn. ii e iii, nella misura indicata al successivo articolo 12.6.3, in ossequio all'articolo 83, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 e delle Linee guida ANAC n. 1, la mandataria non risulta qualificata».

Rispetto a tale iter argomentativo, con il primo motivo di impugnazione, parte ricorrente ha dedotto che riguardo all'avvenuto svolgimento di servizi analoghi complessivamente pari all'importo stimato dei lavori (punto n. ii) e all'avvenuto svolgimento di due servizi -c.d. «di punta»- analoghi e non inferiori a 0,40 volte l'importo stimato dei lavori (punto n. iii), non si sarebbe in presenza di un c.d. «avvalimento operativo», dal momento che l'istituto, nel caso di specie, ha ad oggetto requisiti di carattere esperienziale e, quindi, astratti, come tali idonei piuttosto a qualificare un'ipotesi di cd. avvalimento di garanzia, rispetto al quale la specificità delle indicazioni contrattuali sarebbe molto attenuata, proprio perché si tratterebbe della messa a disposizione di beni immateriali; il contratto sarebbe, nel caso di specie, adeguatamente descrittivo in punto di specificità, avendo indicato i requisiti oggetto di avvalimento resi disponibili e richiamando la responsabilità solidale delle imprese ausiliaria ed ausiliata nei confronti della stazione appaltante. Quanto alla dichiarazione di messa a disposizione del personale che la stazione appaltante avrebbe inteso come riferita al solo requisito di cui all'art. 12.3.n iv, in realtà, il reale intendimento era di riferire i 14 professionisti indicati a valere su tutti i tre requisiti de quibus, ossia quelli di cui all'art. 12.3 lettere ii, iii e iv; del resto, l'impresa ausiliaria, in quanto mandante all'interno del predetto raggruppamento, avrebbe svolto in proprio parte delle attività di progettazione, con la conseguenza che l'avvalimento non potrebbe essere giammai inteso come meramente cartolare. La censura non è meritevole di accoglimento.

Premette il Collegio che in giurisprudenza vi è concordia nel ritenere che «la validità del contratto di avvalimento va verificata alla luce della distinzione tra l'avvalimento di garanzia e l'avvalimento operativo; il primo ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento; è tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico - finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico; invece, l'avvalimento operativo ricorre quando l'ausiliaria s'impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto; è tale l'avvalimento, che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

Riguardo all'avvalimento di garanzia non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza; invece, diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto» (ex multis Consiglio di Stato sez. V 2 agosto 2018 n. 4775 Consiglio di Stato sez. V 14 febbraio 2018 n. 953).

Occorre, dunque, chiedersi se la citata e condivisa giurisprudenza sia applicabile al caso di specie e, dunque, se si sia in presenza di un requisito di capacità economico-finanziaria o di natura tecnico professionale; in proposito, il disciplinare di gara impone ai concorrenti di «essere in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale, di cui al successivo articolo 12.3», espressione utilizzata anche nella rubrica della predetta disposizione; non essendo decisiva della questione la formulazione letterale delle disposizioni de quibus,

occorre procedere altrimenti alla verifica della natura dei requisiti di cui ai punti 12.3. nn.ii e iii del disciplinare.

In proposito l'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, al primo comma, distingue i criteri di selezione (in passato definiti dal previgente d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 come requisiti speciali), in: a) requisiti di idoneità professionale; b) capacità economica e finanziaria; c) capacità tecniche e professionali. Inoltre, quanto, alla tipologia di cui alla lettera b), il quarto comma della medesima disposizione legislativa consente alla stazione appaltante di richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Dall'esame della norma emerge, dunque, che quello esperienziale non è qualificato come requisito di capacità economico finanziaria; a ben vedere invero, un utile aggancio legislativo è offerto dal sesto comma della medesima disposizione, secondo cui, «per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità». Ne consegue che l'esperienza è da qualificarsi senza dubbio come manifestazione di capacità tecnico professionale; d'altronde, la sua specificità è quella di attestare, attraverso precedenti esperienze, che l'operatore economico sia in condizioni di eseguire le prestazioni professionali richieste per l'esecuzione del contratto; va osservato che non deve trarre in inganno la circostanza per cui il disciplinare di gara, nel descrivere i requisiti de quibus, abbia fatto riferimento a contratti di importo determinato; invero, l'art.83, sesto comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 consente alla stazione appaltante di individuare le modalità più idonee per la dimostrazione del requisito di cui al primo

comma, lettera c), per cui è evidente che il riferirsi a servizi di ingegneria che abbiano un certo valore parametrato a quelli di cui alla progettazione oggetto di gara, è funzione, non già della comprova di una capacità economico-finanziaria del prestatore, ma di un'ideale dimensione quantitativa dell'esperienza professionale rappresentata.

Ancora, in aderenza all'idea sorta in giurisprudenza (Consiglio di Stato V Sezione 19 luglio 2018 n. 4396), secondo cui appare «dirimente, nella soluzione dei casi concreti, individuare le "risorse" oggetto del contratto di avvalimento ed il grado di "specificazione" di tali risorse, riferendosi, piuttosto che alla tipologia di requisito prestato (capacità economico-finanziaria o capacità tecnico-professionale), alle finalità per le quali la stazione appaltante ha chiesto venga posseduto il requisito, tenuto conto delle modalità con le quali ne è richiesta la dimostrazione e dell'oggetto dell'appalto», non vi è dubbio alcuno, come già evidenziato, che funzione esclusiva dei due requisiti relativi ai servizi di ingegneria sia la dimostrazione di capacità professionale ad eseguire attività di progettazione analoghe a quelle oggetto di affidamento, non emergendo null'altro che possa riferirsi anche alla solidità economica e finanziaria del concorrente.

Accertato che nel caso di specie si è in presenza di requisiti di capacità tecnico professionale, e quindi di un'ipotesi di avvalimento operativo, con riferimento alle modalità di applicazione dell'istituto, la richiamata giurisprudenza (Consiglio di Stato V Sezione 19 luglio 2018 n. 4396), ha condivisibilmente ritenuto che «l'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per

tutto il periodo preso in considerazione dalla gara). Ragionando diversamente, il contratto di avvalimento avrebbe, nel caso di specie, un contenuto totalmente astratto. [...]. In sostanza, ritiene il Collegio che il “prestito” del requisito in esame ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall’affitto d’azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l’esperienza dell’impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all’impresa ausiliata; (così testualmente Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864; cfr. anche Cons. Stato, III, 5 luglio 2017, n. 3328). Fermando l’attenzione sulla giurisprudenza formatasi in merito all’avvalimento che riguarda requisiti di capacità tecnica e professionale, va detto che è ripetuta l’affermazione secondo cui l’indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l’esecuzione dell’appalto è necessaria a pena di esclusione del concorrente dalla gara. In particolare, argomentando dal carattere generale del principio espresso dall’art. 88 del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici – ma il riferimento ben può essere sostituito con la norma dell’ultimo inciso dell’art. 89, comma primo, d.lgs. n. 50 del 2016 (“A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”), aggiunto dal d.lgs. n. 56 del 2017- si è affermato che i mezzi ed ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante sono indispensabili per rendere determinato l’impegno dell’ausiliario tanto nei confronti di quest’ultima che del concorrente aggiudicatario (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; id., V, 4 novembre 2016, n. 4630; in senso analogo la giurisprudenza si esprime con riguardo all’avvalimento dell’attestazione SOA, che pure viene rilasciata previa verifica della complessiva capacità tecnico – organizzativa ed economico – finanziaria dell’impresa: cfr. Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n.

2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264). Più precisamente, secondo la giurisprudenza appena richiamata l'indicazione contrattuale degli elementi in questione è necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante (in virtù della responsabilità solidale prevista dall'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006). Riguardo alla figura dell'avvalimento c.d. "operativo", l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali di questa tipologia di avvalimento «deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale»; in particolare tale indagine deve essere svolta secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.)....Il riferimento fatto dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 alle "risorse oggetto di avvalimento", che devono essere indicate nella dichiarazione rivolta alla stazione appaltante, ed alle "risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria", la cui specificazione è richiesta a pena di nullità del contratto di avvalimento, comporta, quanto meno per l'avvalimento c.d. tecnico od operativo, che siffatte risorse debbano coincidere con l'oggetto (inteso come porzione della realtà materiale) della prestazione o delle prestazioni cui è obbligata l'impresa ausiliaria, quindi consistano nel personale e nei mezzi aziendali forniti all'impresa ausiliata per l'espletamento delle prestazioni oggetto dell'appalto».

Infine, quanto all'oggetto del contratto di avvalimento ed alle indicazioni contenute nelle dichiarazioni di gara delle imprese ausiliaria ed ausiliata, va evidenziato che non appare affatto irragionevole, né ingiustamente lesivo delle prerogative di partecipazione di parte ricorrente, l'aver la stazione appaltante ritenuto insufficiente

a dimostrare il possesso dei requisiti oggetto di avvalimento la mera indicazione dei servizi di progettazione che ne costituirebbero il fondamento, richiamati per relationem nel contratto di avvalimento del 7 maggio 2018 (allegato n. 9 al ricorso introduttivo), con riferimento alla dichiarazione e al DGUE della mandante ausiliaria S.p.A. (allegati 10 e 11 al ricorso introduttivo); invero, trattasi di meri elenchi di lavori e di progettazioni, privi di qualsiasi riferimento concreto alle risorse utilizzate per lo svolgimento delle relative prestazioni intellettuali, pur essendo le stesse necessarie in considerazione della natura operativa dell'istituto nel caso di specie; va aggiunto che tale insufficienza non è stata superata nemmeno all'esito del confronto istruttorio che ha preceduto l'impugnato provvedimento di esclusione; infine, avuto riguardo all'ambiguità dell'espressione contenuta nel contratto di avvalimento a proposito dell'elencazione dei 14 nominativi di professionisti di cui parte ricorrente rivendica l'afferenza a tutti i tre requisiti di capacità tecnico professionale richiesti dall'art. 12.3 del disciplinare alle lettere ii, iii e iv, si evidenzia che l'averle parti concordato che «con particolare riferimento al predetto requisito (n.d.r. quello da ultimo citato di cui all'art. 12.3, lettera iv) la società ausiliaria metterà eventualmente a disposizione il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti - mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti - che giustificano l'attribuzione del requisito», non può essere riferito anche ai requisiti di cui alle lettere ii e iii, sia perché l'uso del termine "con particolare riferimento", nel contesto generale del regolamento contrattuale, esprime un'individuazione specifica ed esclusiva del suo particolare termine di relazione, sia perché, anche dal punto di vista funzionale, il mero elenco di professionisti de quo, disancorato dall'enumerazione dei lavori di cui al DGUE e alla dichiarazione della mandante ausiliaria, unitamente al fatto che vi è stata anche indicazione di mezzi tecnici rispetto al requisito della dotazione di cui al punto iv), non consente in alcun modo di riferire

di una collaborazione di costoro alle esperienze specifiche costituenti oggetto di avvalimento.

A.2. Occorre ora passare all'esame del secondo motivo di impugnazione, sviluppato anche con il secondo motivo aggiunto, con cui parte ricorrente ha confutato la seconda ragione di estromissione dalla gara.

Premette il Collegio che l'art.12.3 del disciplinare, alla lettera i), richiedeva, come requisito di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale «in considerazione dell'elevato importo a base di gara e della complessità e della durata temporale dei servizi richiesti, nonché delle motivazioni di cui all'articolo 6 che precede, copertura assicurativa contro i rischi professionali per un importo pari all'importo dei lavori». Tale previsione aveva determinato l'insorgere di contestazioni negli operatori economici interessati, di talchè la stazione appaltante aveva proceduto ad una modifica del bando e del disciplinare (allegati 6 e 7 al ricorso introduttivo), stabilendo che il requisito di cui alla lettera i) dovesse «essere posseduto dalla mandataria per una percentuale almeno pari al 51% dell'importo dei lavori, alla luce dell'esigenza di individuare, all'interno della compagine del R.T.P. aggiudicatario, un soggetto mandatario che così dimostri di possedere, in proprio, un livello adeguato di capacità e di solidità economico-finanziaria per la partecipazione alla presente gara».

Con riferimento a tale requisito il RTI s.r.l. aveva presentato polizza di Italiana Assicurazioni, con importo del massimale della copertura assicurativa per la responsabilità civile pari ad € 3.000.000,00 e clausola di “stop loss” ad € 200.000.000,00 sul costo complessivo della singola opera o parte di essa. La stazione appaltante, in data 29 maggio 2018, aveva chiesto chiarimenti al riguardo «al fine di far precisare a codesto operatore se l'importo del massimale dichiarato, pari a € 3.000.000,00 (€ tremilioni/00), debba essere, invece, inteso come pari al superiore importo di € 3.000.000.000,00 (€ tremiliardi/00), atteso quanto richiesto dall'articolo

12.3.6 del disciplinare così come rettificato, a mente del quale, nel caso di partecipazione in R.T., tale requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dalla mandataria (pertanto, la suddetta copertura avrebbe dovuto essere posseduta dalla mandataria per un ammontare pari almeno ad € 110.925.000,00), anche in considerazione della dichiarata sussistenza di una clausola di “stop loss” che reca un importo pari a € 200.000.000,00, superiore al massimale dichiarato dall’operatore». La richiesta di chiarimenti veniva riscontrata in data 4 giugno 2018, precisando parte ricorrente che la copertura assicurativa contro i rischi professionali è di importo – complessivo della singola opera o di parte della stessa – sino ad un massimo di € 200.000.000,00 e prevede un massimale pari a € 3.000.000,00. Poiché il contratto di assicurazione prevedeva una clausola di stop loss in cui si precisava che «l’attività della contraente è più precisamente: studio di ingegneria e progettazione anche di opere portuali, il cui costo complessivo singolo dell’opera o della parte dell’opera, oggetto della prestazione professionale, non è superiore ad Euro 200.000.000,00», la stazione appaltante, assumendo che il massimale risultante dalla polizza fosse pari a €3.000.000,00 e, quindi, insufficiente, avanzava in data 15 giugno 2018 richiesta di produzione integrale del documento in questione. Alla fine, il seggio di gara si determinava per la carenza del requisito, muovendo dal presupposto per cui la copertura assicurativa avrebbe dovuto essere posseduta dalla mandataria per un ammontare pari almeno ad € 110.925.000,00 e che la polizza esibita da parte ricorrente recava invece un limite di massimale di € 3.000.000,00, inferiore a quanto richiesto dalla lex specialis; inoltre, la clausola “stop loss”, costituiva un mero limite di responsabilità dell’operatività della polizza per prestazioni professionali relative ad opere di importo non superiore ad € 200.000.00,00, senza alcuna rilevanza in ordine al massimale offerto in garanzia.

In relazione a tale ragione di esclusione, parte ricorrente, con il secondo motivo di impugnazione, ha dedotto che il disciplinare di gara non prescriveva affatto che i

concorrenti dovessero essere in possesso, all'atto della partecipazione, di una copertura caratterizzata dal massimale richiesto; inoltre, il requisito in questione, da ritenersi inerente alla capacità economica e finanziaria del concorrente, ai sensi dell'articolo 83, comma 1, lett. b) e, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 avrebbe funzione di rappresentarne la solidità economica e finanziaria, piuttosto che procurare alla stazione appaltante un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali; a riprova di tale più ristretta funzione della polizza, militerebbe l'art. 15 del disciplinare che aveva previsto che l'aggiudicatario dovesse essere in possesso, "a far data dall'approvazione del progetto", della polizza di responsabilità civile professionale, per un massimale garantito pari a € 2.500.000, importo inferiore al massimale previsto dall'art. 12.3. lettera i) del disciplinare; pertanto, se in fase di esecuzione è richiesta una garanzia con un massimale di soli 2.500.000 euro, sarebbe illogico e sproporzionato richiedere ai concorrenti in fase di partecipazione analogo garanzia, ma per un importo di 217 milioni di euro. Parte ricorrente ha proposto anche azione di annullamento della clausola di cui all'art.12.3 lettera i) del disciplinare, perché introduce un requisito di partecipazione irragionevole e sproporzionato, nonché azione di nullità della medesima, ai sensi dell'articolo 83, ottavo comma del d. lgs. 18 aprile 2018 n. 50 per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e dei bandi tipo; sotto tale profilo, si sarebbe in presenza di una comminatoria di esclusione non prevista dal codice, dalle linee guida ANAC e nemmeno dai bandi tipo; anzi, nelle linee guida n. 1 dell'ANAC, che dettano indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, al punto 2.2.2.1. è stabilito che il massimale della polizza può essere stimato per un importo percentuale fissato in relazione al costo di costruzione dell'opera da progettare, per cui giammai potrebbe essere parametrato all'importo totale dei lavori.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Occorre preliminarmente esaminare la questione pregiudiziale relativa all'impugnazione della clausola del disciplinare che prevede il requisito di cui all'art. 12.3. lettera i) del disciplinare, come rettificata in data 4 aprile 2018. Nei confronti di tale prescrizione parte ricorrente ha proposto contestualmente azione di nullità ed azione di annullamento, ciascuna della quali sorretta dalle ragioni poc'anzi esposte.

Occorre quindi verificare la corretta qualificazione del tipo di vizio che inerisce alla predetta prescrizione, segnatamente se si sia in presenza di una causa di nullità, oppure di annullamento, sì da inferirne il corretto regime processuale applicabile; non vi è dubbio, infatti, che si sia in presenza di una clausola cd. escludente, in quanto prescrive a pena di esclusione il possesso in capo al concorrente di un requisito predeterminato, con onere di immediata impugnazione, attesa la sua diretta ed autonoma lesività.

Sulla questione inerente alla differenziazione tra nullità ed annullabilità di prescrizioni contenute nella disciplina di una procedura di gara, la Sezione si è di recente pronunciata, ritenendo che: «questione centrale della controversia è la qualificazione giuridica del vizio che potrebbe riguardare la prescrizione del disciplinare, in disparte ogni delibazione in ordine alla sua fondatezza. Difatti, ove tale patologia si dovesse ritenere quale ipotesi di annullabilità, il ricorso non potrebbe trovare accoglimento, atteso che il provvedimento di esclusione impugnato si rivelerebbe pedissequa applicazione della presupposta disposizione del disciplinare, la cui perdurante validità non potrebbe che comportare, in sede di riedizione del potere, l'adozione di un identico provvedimento di esclusione; ove, il vizio dovesse ritenersi di nullità, trattandosi di un'ipotesi di esclusione che la lex specialis avrebbe previsto in assenza di copertura legislativa, l'operato della commissione risulterebbe travolto dall'accertamento di tale più grave patologia che il giudice deve comunque eseguire, ai sensi dell'art 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, secondo cui «i

bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle». Osserva il Collegio che principi generali dell'azione autoritativa dell'amministrazione pubblica, contenuti negli artt. 21 septies e 21 octies della legge generale 7 agosto 1990 n. 241, disciplinano la patologia del provvedimento, in considerazione dell'incidenza più o meno intensa che discende dal tipo di illegittimità, parlando di annullabilità nelle tradizionali fattispecie di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge e di nullità in caso di mancanza di elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge; differente ne è poi la disciplina sostanziale e processuale di riferimento. A ben vedere, la differenza tra annullabilità e nullità ricalca la tradizionale impostazione dicotomica tra cattivo esercizio del potere e carenza di potere, tali essendo state qualificate da risalente giurisprudenza le fattispecie di assenza di elementi costitutivi, difetto assoluto di attribuzione, mentre di nullità tout court si parlava anche con riferimento alle ipotesi di elusione o violazione del giudicato e nelle più recenti fattispecie di nullità ex lege. Ebbene, applicando tale impostazione generale alla fattispecie di nullità delle clausole di bandi e lettere di invito per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, può ritenersi che si sia in presenza di annullabilità ove la norma contempra il potere dell'amministrazione di disciplinare e richiedere determinati requisiti di partecipazione ai concorrenti o modalità di formazione delle offerte, per cui ogni possibile criticità si risolve in un vizio per esercizio contra legem di quel potere; si è in presenza di nullità tutte le volte in cui, invece, quel potere sia esercitato praeter legem, ossia laddove l'amministrazione abbia richiesto requisiti che la norma codicistica o altra non contempra affatto. Tale soluzione risponde anche ad esigenze di armonizzazione delle qualificazioni sostanziali de quibus con l'indiscutibile preoccupazione del legislatore di

consolidamento degli atti delle procedure di gara, la cui definitività è attualmente anticipata dalla previsione di un rito speciale di tipo impugnatorio-decadenziale per le ipotesi di contestazione di atti di esclusione e di ammissione che si assumano illegittimi, segnatamente l'art. 120, commi 2 bis e 6 bis c.p.a.» (TAR Campania Napoli, I Sezione 24 luglio 2018 n. 4943).

Alla luce dei suesposti principi, da cui non vi è ragioni di discostarsi, ritiene il Collegio che si versi in un'ipotesi di eventuale sussistenza di un vizio del disciplinare di gara da qualificarsi come fattispecie di annullabilità; invero, con riferimento ai criteri di selezione di cui alla lettera a) del primo comma dell'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, il quarto comma della disposizione si riferisce ad «un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali», con questo conferendo espressamente alla stazione appaltante il potere di apprezzamento della misura di «adeguatezza»; potere il cui corretto esercizio, congiuntamente alla dedotta questione inerente alla mancata applicazione delle linee guida ANAC che ancorano il valore stimato ad una percentuale del costo di costruzione dell'opera, costituisce momento discrezionale dell'azione amministrativa, come tale ricadente nella fattispecie, meno grave, dell'annullabilità.

Corollari di tale conclusione, sono l'infondatezza della domanda di nullità, non essendosi in presenza di alcuna delle ipotesi di cui all'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990 n. 241, e l'irricevibilità di quella di annullamento, in quanto tardivamente proposta, essendo avvenuta la notifica del ricorso introduttivo in data 18 settembre 2018, quindi oltre il termine di 30 giorni dalla pubblicazione del bando, avvenuta il 19 febbraio 2018 e della successiva rettifica risalente al 4 aprile 2018 e comunque oltre il termine finale di presentazione delle domande di partecipazione, fissato per il 10 maggio 2018 (cfr allegato 6 al ricorso).

Sebbene in linea di principio si possa ritenere che l'intera seconda censura sia inammissibile per carenza di interesse - non potendo parte ricorrente trarre alcun

concreto beneficio dal suo accoglimento in ragione della infondatezza dell'altra censura dedotta avverso l'impugnato provvedimento di esclusione - resta da verificare se, ferma restando la disciplina di cui alla lex specialis di gara ed attesa la sua chiara intellegibilità nel pretendere, come requisito di partecipazione, una copertura assicurativa contro i rischi professionali in capo alla mandataria pari al 51% dell'importo dei lavori, vi sia stata da parte della stazione appaltante, come pure dedotto da parte ricorrente, un'erronea lettura del contenuto e delle condizioni di assicurazione della polizza esibita in sede di gara.

Al riguardo, vi è netta contrapposizione tra le prospettazioni di parte ricorrente e della stazione appaltante circa il contenuto ed il significato del documento assicurativo; invero, mentre la stazione appaltante àncora l'entità della garanzia all'importo del massimale, indicato in polizza in €3.000.000,00, deducendone l'insufficienza rispetto al maggior importo da garantire, pari a €110.925.000, s.r.l., assume che si debba avere riferimento al contenuto della clausola di "stop loss" che nella fattispecie si riferirebbe ad un limite di garanzia non eccedente i 200 milioni di euro, in relazione «al costo complessivo singolo dell'opera e della parte dell'opera, oggetto della prestazione professionale», per cui la prescrizione del disciplinare sarebbe stata ampiamente rispettata.

Ritiene il Collegio corretta la lettura della polizza offerta dalla stazione appaltante nell'impugnato provvedimento di esclusione.

Invero, occorre chiedersi del significato della norma di cui all'art. 83, quarto comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ove, alla lettera c), si riferisce, quale requisito di capacità economico finanziaria, ad un «un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali». Pur essendo suggestiva l'argomentazione di parte ricorrente fondata sulla mancata assimilazione o dequotazione del rapporto di continuità ipotizzato tra polizza assicurativa contro i rischi professionali, intesa quale requisito di capacità economico finanziaria di cui all'art. 83, quarto comma del d.lgs.

18 aprile 2016 n. 50 e polizza assicurativa di cui all'art, 24, quarto comma del medesimo decreto legislativo, prevista dall'art. 15 del disciplinare di gara, trattasi comunque di questione di legittimità della disposizione di cui all'art. 12.3 lettera i) del predetto disciplinare, come tale già ritenuta processualmente irricevibile; in realtà, ferma restando la lettera della disposizione del disciplinare, occorre chiedersi cosa si debba intendere per "copertura assicurativa".

Ritiene il Collegio che con tale termine s'identifichi l'oggetto dell'obbligazione dell'assicuratore che può essere espresso in termini economici, *rectius* monetari, ed anche materiali; la prima ipotesi ricorre quando il rischio oggetto di copertura non sia determinato, ma solo determinabile, come nel caso di specie, in cui la relativa individuazione dipende, a posteriori, da eventi dannosi di cui è predeterminabile solo la causa, nel caso di specie l'attività professionale oggetto di assicurazione; vi sono, invece, ipotesi in cui è un danno specifico ad essere oggetto di copertura, in quanto predeterminato dalla volontà delle parti (ad esempio il crollo di un edificio); comunque, è di rilievo assoluto tenere ben distinto il danno, quale oggetto di copertura assicurativa, dall'attività che quel danno possa procurare; entrambi tali termini possono essere assunti come "oggetto" di copertura assicurativa, ma l'entità, e, quindi, il limite della garanzia resta il valore economico attribuito al danno da assicurare. Nel caso di specie, la polizza assicurativa della società ricorrente, a prescindere dalla formulazione della *lex specialis*, conteneva un massimale pari a €3.000.000,00, da intendersi come limite economico di copertura, del tutto insufficiente a raggiungere l'importo stabilito dalla prescrizione del disciplinare, pari al 51% dell'importo dei lavori a nome della mandataria di un raggruppamento; l'altro riferimento, ossia la clausola di "stop loss", non esprime un limite di copertura del danno, ma è piuttosto volto a circoscrivere, da un punto di vista dimensionale, l'attività professionale da assicurare, contenendo, nel caso di specie, sia una generale descrizione tipologico qualitativa della stessa (generale, in quanto comprensiva,

come nel caso di specie, anche di opere portuali), sia un limite valoriale esterno. Pertanto, sia il limite identificativo dell'attività assicurata, sia il massimale di polizza, pur rilevando su piani differenti, si rivelano entrambi volti a descrivere e delimitare l'oggetto del contratto di assicurazione, esistendo tra essi una relazione di complementarità; ne discende che anche se, come prospettato dal ricorrente, la clausola di «stop loss» individua come oggetto di assicurazione l'attività professionale della mandataria non superiore ai 200 milioni di euro, quindi compatibile con la prescrizione della lex specialis, resta pur sempre il fatto che la copertura assicurativa, quindi il danno, è limitata ad eventi dannosi di valore economico pari o inferiore a €3.000.000,00.

Conclusivamente, il provvedimento di esclusione di parte ricorrente deve ritenersi immune dai vizi dedotti nella presente controversia.

B. Occorre ora procedere all'esame del terzo motivo di impugnazione del ricorso introduttivo, così come integrato dal primo motivo aggiunto, a seguito di accesso agli atti del procedimento di gara da parte della ricorrente, avente ad oggetto l'atto di ammissione della controinteressata al prosieguo della gara.

In particolare, si osserva, in punto di fatto, che parte controinteressata, quanto al requisito di cui all'art. 12.3 lettera i) del disciplinare, ossia l'idonea copertura assicurativa per i rischi professionali, aveva presentato una dichiarazione sostitutiva contenente gli estremi delle seguenti polizze assicurative, poste in successione per eccesso: 1) Zurich N. EEC5899096-05 \$30.000.000; 2) AIG n. 5597381 in eccesso \$ 25.000.000; 3) CNA n. EXN591918966 in eccesso \$ 12.500.000; 4) London (Hanover Re) pol. GLOPR1801862 in eccesso \$ 12.500.000; 5) SwissRe n. CETE 2000032 in eccesso \$ 25.000.000; 6) London (Scot UK lead) pol. GLOPR18018622 in eccesso \$ 30.000.000; per un importo complessivo di \$135.000.000 equivalente a circa € 111.000.000. Inoltre, era stata prodotta una “dichiarazione di assicurazione”, della European Brokers International S.r.l., in qualità di broker di S.r.l.”, in cui

si afferma che la polizza Master è a contraenza e che copre a tutti gli effetti Srl Italia.

B.1. Con il primo motivo aggiunto parte ricorrente ha proposto le seguenti censure. Innanzitutto, parte ricorrente lamenta che la controinteressata non avrebbe esibito copia conforme integrale delle polizze, ma solo alcuni estratti ed una dichiarazione sostitutiva, oltre tutto in lingua inglese, documenti, tra l'altro, privi di traduzione asseverata; inoltre, vi sarebbe stata un'ingiustificata disparità di trattamento, dal momento che il seggio di gara aveva avanzato alla ricorrente ben tre richieste di chiarimenti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione. Con più specifico riferimento all'idoneità delle polizze, parte ricorrente sostiene che non sarebbe possibile cumulare più contratti per raggiungere l'importo richiesto dalla lex specialis, anche perché il disciplinare di gara si riferisce ad una polizza unica; una simile eventualità sarebbe anche in contrasto con le linee guida ANAC in materia e con la disciplina dei bandi-tipo; ancora, la configurazione di una polizza unica costituirebbe conferma del prestigio della concorrente e quindi rafforzerebbe la dimostrazione del possesso della necessaria solidità economico finanziaria. Viene altresì in rilievo che, sebbene la dichiarazione sostitutiva del broker affermi che si tratti di una polizza Master – ossia modello che, in un programma assicurativo generale a contraenza, garantisce sia i rischi dell'azienda capogruppo, sia quelli delle imprese appartenenti al gruppo quale la Srl Italia - la documentazione in lingua inglese relativa ai singoli contratti non conterrebbe alcuna indicazione in proposito. Ulteriore contestazione ha riguardato la circostanza per cui, quantunque sia stato dichiarato dalla controinteressata che l'importo della garanzia raggiunge la copertura richiesta, il seggio di gara non aveva tenuto conto delle oscillazioni del tasso di cambio dollaro/euro degli ultimi mesi, con la conseguenza che l'esiguo scarto di circa 1000 euro tra valore in dollari e controvalore in euro, renderebbe altamente instabile la conservazione dell'importo della garanzia

al di sopra o, comunque, entro il limite richiesto dal disciplinare, tenuto conto che i concorrenti devono restare in possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fino all'aggiudicazione e per tutta la durata del contratto. Infine, parte ricorrente contesta che la soglia di €110.925.000 non sarebbe comunque stata raggiunta a causa dell'entità estremamente elevata delle franchigie rispetto agli importi assicurati; in proposito, la polizza "primary" della Zurich, a fronte di un massimale di \$ 30.000.000, prevede una franchigia di \$ 5.000.000 per sinistro e di \$ 10.000.000 per tutti i sinistri occorsi nel periodo annuo assicurato; ed essendo l'importo della franchigia a carico dell'assicurato, ne consegue una decisiva riduzione della garanzia per la stazione appaltante e dell'affidabilità del concorrente sottesa al requisito in questione; pertanto, nel calcolo dell'osservanza del limite di copertura assicurativa la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere conto e sottrarre l'importo delle franchigie.

Su tali contestazioni la stazione appaltante ha osservato che non sarebbe previsto nella legge di gara alcun divieto di collegare per eccesso le polizze, né di utilizzare la lingua inglese e di produrre estratti dei contratti di assicurazione; quanto alle oscillazioni del cambio della valuta al momento della partecipazione alla gara, il tasso era comunque tale da assicurare la copertura assicurativa richiesta; del resto, anche in caso di fluttuazioni, variando in percentuale anche l'importo dei lavori, ossia il valore del danno garantito, la relazione tra tali grandezze resterebbe identica, con sterilizzazione di ogni rischio.

La controinteressata, in ordine alla franchigia, ha dedotto innanzitutto che la previsione di cui all'art. 12.3, n. i) del disciplinare, anche come interpretata dai chiarimenti forniti da stazione appaltante, non escludeva la possibilità di inserire franchigie; in secondo luogo, la presenza di una franchigia sarebbe del tutto irrilevante, in quanto la copertura assicurativa non opererebbe propriamente quale

garanzia per danni derivanti da sinistri occorsi per inadempienza o imperizia professionale nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali - rischio specificatamente coperto dalla polizza professione prevista dall'art. 15 del disciplinare ai sensi dell'art. 24, quarto comma del d.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 – ma come requisito di capacità economica e finanziaria del concorrente ai sensi dell'art. 83, quarto comma, lett. c) del d.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50; in ogni caso, eventuali franchigie elevate presenti nelle polizze costituirebbero indice di solidità e di capacità economica del contraente, valutato dalla compagnia di assicurazione come soggetto idoneo, in caso di sinistro, a corrispondere direttamente parte del danno attraverso risorse finanziarie proprie.

B.1.a. Prima di esaminare il merito della censura occorre superare l'eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione ed interesse di parte ricorrente sollevata dalla difesa della controinteressata, derivante dalla condizione di s.r.l. di concorrente legittimamente escluso dalla procedura; in proposito, è sufficiente evidenziare che alla gara hanno partecipato solo parte ricorrente e controinteressata, con la conseguenza che – anche nella nuova logica conseguente alla novella del rito in materia di appalto relativamente alla fase di qualificazione dei concorrenti come introdotta dall'art. 120 comma 2 bis c.p.a. – ferma restando l'esclusione della prima, l'eventuale annullamento dell'atto di ammissione della seconda, determinando una situazione di sostanziale gara deserta, e quindi di azzeramento della dinamica concorrenziale, finisce per configurare la titolarità di una posizione di interesse collegato alla rinnovazione, parziale o totale che si voglia, del procedimento di gara. Per quanto concerne le altre prospettazioni di inammissibilità del motivo di impugnazione in esame configurate negli scritti difensivi di parte controinteressata, rileva il Collegio che ogni questione di effettivo possesso o idonea dimostrazione del requisito in questione investe il merito della controversia e non anche l'ammissibilità in rito della domanda giudiziale proposta.

Le eccezioni vanno, dunque, respinte.

B.1.b. Tanto premesso, ritiene il Collegio che il motivo sia fondato relativamente alla presenza di una franchigia in una delle polizze esibite della controinteressata, in quanto causa di insufficienza dell'importo oggetto di copertura assicurativa.

Va premesso che, al riguardo, non si fa questione di mancata dimostrazione del requisito, dal momento che non si tratta di chiarire o integrare documentazione allegata alla domanda di partecipazione, ma di verificare la rispondenza alle prescrizioni di gara di quanto dal concorrente dichiarato ed allegato in fase di partecipazione.

E' appena il caso di richiamare le considerazioni espresse dal Collegio in occasione dell'esame del ricorso introduttivo e del secondo motivo aggiunto, a proposito dell'esclusione di parte ricorrente, ribadendo che l'importo della copertura assicurativa per rischi professionali di cui all'art. 12.3 lettera i) del disciplinare dovesse essere incontrovertibilmente pari al 51% dell'importo dei lavori.

In effetti, a ben vedere, le criticità sollevate a proposito della garanzia prodotta dalla controinteressata sono assimilabili a quelle contestate a parte ricorrente, con la differenza che in quel caso l'incapienza della copertura era stata determinata dal mancato raggiungimento del valore richiesto "verso l'alto", a causa di un massimale insufficiente, mentre nel caso in esame, l'erosione è individuata mediante un meccanismo riduttivo della garanzia che opera "dal basso", ossia la franchigia. Invero, non vi è dubbio che per franchigia debba intendersi un'area di rischio sottratta all'obbligo dell'assicuratore e che resta a carico dell'assicurato; d'altra parte, non risulta che il meccanismo di tipo progressivo a scaglioni che caratterizza la configurazione del requisito offerto dalla controinteressata possa far ricadere l'aliquota di danno in franchigia sulla polizza immediatamente precedente in sequenza, per cui resta confermata l'assenza di copertura in parte qua. Va aggiunto che la sottrazione della franchigia dall'importo garantito è affermazione di principio,

cioè prescinde dall'entità concreta dell'area sottratta alla garanzia assicurativa, in quanto in discussione – sebbene sia condivisibile il rilievo di parte ricorrente circa la notevole entità percentuale della franchigia della polizza Zurich - è l'esatta osservanza della prescrizione del disciplinare di gara in una prospettiva di par condicio e non anche l'incidenza dell'attenuazione delle conseguenze del rischio professionale in ipotesi di evento dannoso.

In questa prospettiva, va respinta la prima argomentazione difensiva delle controparti circa l'assenza nella lex specialis di un divieto di franchigia per la copertura assicurativa; invero, innanzitutto, il parametro di legittimità che s'impone è quello espresso nella legge di gara che pretende una copertura assicurativa per l'importo dei lavori, ridotto al 51% per la mandataria di un RTI, per cui, pur restando libera la contrattazione tra compagnia di assicurazione e assicurato, ciò che conta è che l'operatore economico concorrente offra copertura integrale dell'importo richiesto, nel senso che eventuali aree di franchigia dovrebbero operare tra le parti contraenti, rimanendo inopponibili all'Amministrazione; in secondo luogo, ove s'intendesse attribuire giuridica rilevanza all'assenza di un divieto di franchigia tout court, si verrebbe al paradosso di ammettere polizze con aree di esenzione di copertura anche molto elevate, così giungendo ad un sostanziale svuotamento del requisito in sé; né pregio hanno le due ulteriori argomentazioni oppostive di controparte; non quella che pretende di dare rilevanza alla copertura assicurativa come sola manifestazione di solidità economica finanziaria e non anche come protezione dal rischio di errore professionale, trattandosi di una considerazione che urta con il chiaro tenore letterale della clausola di cui all'art. 12.3. lettera i) del disciplinare che si riferisce all'importo dei lavori come valore economico da garantire; non l'argomentazione che pretende di far discendere proprio dalla franchigia la dimostrazione, attraverso la compagnia di assicurazione, di una maggiore solidità economico finanziaria del concorrente esposto ad una copertura

in prima persona di quell'importo, dal momento che una simile affermazione, condotta agli estremi, determinerebbe un inaccettabile capovolgimento di prospettiva, nel senso che non solo l'importo da garantire sarebbe oggetto di libera scelta del concorrente, ma che per più bassi importi assicurati vi sarebbe la dimostrazione di un maggiore possesso del requisito.

In conclusione, in accoglimento della censura esaminata deve essere annullato l'atto di ammissione alla gara dei parte controinteressata.

B.2. Va invece respinta la domanda risarcitoria proposta da parte ricorrente, il cui interesse partecipativo si ritiene integralmente soddisfatto dalla mancata ammissione alla gara anche dell'altro concorrente.

B.3. Quanto alla residua domanda di accesso relativa a tutta la documentazione inerente alla verifica del requisito di cui all'articolo 12.3 lettera i) del disciplinare nei confronti di parte controinteressata, se ne deve dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto, essendo la stessa stata proposta nell'ambito del presente giudizio e nella prospettiva di contestare giudizialmente l'atto di ammissione alla gara del RTI, la definizione della controversia in questa parte in senso favorevole a parte ricorrente priva la stessa di ogni interesse alla conoscenza anche di tale documentazione.

Attesa la reciproca soccombenza e la complessità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali, ad eccezione del contributo unificato versato per i motivi aggiunti che sarà rimborsato a parte ricorrente da

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara l'irricevibilità del ricorso limitatamente alla domanda di annullamento del disciplinare in parte qua;

- respinge la domanda di nullità in parte qua del disciplinare;
 - respinge il primo ed il secondo motivo del ricorso introduttivo ed il secondo motivo aggiunto proposti avverso l'esclusione della ricorrente;
 - accoglie il terzo motivo del ricorso introduttivo ed il primo motivo aggiunto e per l'effetto annulla l'atto di ammissione alla gara del RTI controinteressato.
 - respinge la domanda risarcitoria;
 - dichiara improcedibile la domanda giudiziale di accesso;
 - compensa le spese di giudizio tra le parti ad eccezione del contributo unificato versato per i motivi aggiunti che sarà rimborsato a parte ricorrente da s.p.a..
- Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2018

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO