

Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza n. 1898 del 14 aprile 2015

Incongruenze tra chiarimenti forniti dalla stazione appaltante e previsioni del bando – Illegittima l'esclusione – Rilevante la lex specialis di gara

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9033 del 2014, proposto da:

Società Generale di Mutuo Soccorso Basis Assistance, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, Via

contro

Agenzia del Demanio, in persona del Direttore pro-tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione III, n. 6244/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di assistenza sanitaria integrativa per il personale impiegatizio e quadro dell'agenzia del demanio - esclusione dalla gara - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2015 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per la parte appellante l'avvocato e l'Avvocato dello Stato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso al T.A.R. Lazio, la Società Generale di Mutuo Soccorso Basis Assistance, iscritta all'anagrafe dei fondi sanitari, ha impugnato il provvedimento prot. 2013/25774/DMC-G del 28 ottobre 2013, con il quale è stata esclusa dalla procedura di gara per l'aggiudicazione del servizio di assistenza sanitaria integrativa per il personale impiegatizio e quadro dell'Agenzia del demanio, di cui al bando pubblicato il 6 agosto 2013, per mancanza del requisito economico-finanziario richiesto, consistente nell' "... aver raccolto, nel triennio compreso tra agosto 2010 e agosto 2013 premi nel ramo assicurativo malattia, per un importo non inferiore complessivamente a € 1.500.000".

La ricorrente Società denunciava la violazione dell'art. 41 del D.lgs. 162/2006, dell'art. 1 della legge n. 241/1990, del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, della lex specialis di gara, del principio del "favor participationis", degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1367 del cod. civ, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta, la perplessità dei fini, la carenza dei presupposti e di motivazione, la violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del D.lgs 163/2006, la violazione del principio di proporzionalità.

Diversamente da quanto previsto dal provvedimento di esclusione, la lex specialis di gara avrebbe consentito agli enti assistenziali di partecipare autonomamente.

Il requisito della raccolta premi non inferiore a € 1.500.000 sarebbe riferibile esclusivamente alle Compagnie di Assicurazione e/o dovrebbe interpretarsi in senso "atecnico", riferibile anche ai "contributi", rivolto ad accertare, compatibilmente con la natura giuridica dell'offerente, se quest'ultimo abbia raccolto somme superiori a quelle indicate nel bando, nel ramo afferente il servizio oggetto di gara.

Le disposizioni del disciplinare, mentre impongono alle Società assicurative di partecipare in ATI o avvalendosi delle Società assistenziali, non imporrebbero a queste ultime una partecipazione congiunta con una compagnia di assicurazione.

In ogni caso, a fronte di clausole non univoche del bando, occorrerebbe propendere per l'interpretazione che assicura la massima partecipazione alla gara.

La ricorrente ha provato, a seguito di richiesta della stazione appaltante, di aver raccolto nel detto periodo € 8.446.169,00 nel ramo malattie, dimostrando così la propria capacità.

In subordine, la ricorrente Società impugnava la lex di gara, ove interpretata nel senso voluto dalla stazione appaltante, perché impone requisiti di partecipazione eccessivi rispetto alle attività oggetto della gara, denunciando la violazione di principi e norme che presiedono all'attività contrattuale della P.A..

2. - Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. ha rigettato il ricorso, rilevando che dalla lex specialis, nella parte in cui richiede i requisiti economico – finanziari, si desume la necessità della contemporanea presenza, nel soggetto partecipante alla gara, sia degli Enti Assistenziali che delle Compagnie di Assicurazione.

Il disciplinare, in particolare, ha previsto il requisito c), ossia “aver raccolto, nel triennio agosto 2010/agosto 2013, premi nel ramo assicurativo malattia per un importo non inferiore complessivamente ad € 1.500.000”.

La richiesta di un requisito che riguarda specificamente le Compagnie di Assicurazione, qual'è quello della “raccolta premi nel ramo assicurativo malattia”, rende evidente che gli Enti Assistenziali, al fine di partecipare alla gara, avrebbero dovuto avvalersi o raggrupparsi con una Compagnia di Assicurazione.

Inoltre, anche a voler ritenere che il punto 7 del disciplinare, dedicato ai “soggetti ammessi alla gara”, possa aver ingenerato degli equivoci in mancanza di una esplicita disposizione che imponesse la partecipazione agli enti assistenziali in forma plurima, la necessità di una partecipazione congiunta con la compagnia di assicurazione si ricaverebbe, secondo il T.A.R., chiaramente, dal paragrafo dedicato ai requisiti economico – finanziari, che con l'espressione “raccolta premi” si riferisce in modo non equivoco all'attività propria delle compagnie di assicurazione.

In senso contrario, non può valere la risposta solo apparentemente favorevole fornita dal RUP in esito alla richiesta di chiarimenti della ricorrente.

In relazione al secondo motivo di ricorso il T.A.R. ha, poi, osservato che i requisiti di partecipazione previsti si rivelano del tutto proporzionati rispetto alla natura del servizio da svolgere.

Neppure sussisterebbe la denunciata impossibilità di presentare l'offerta per gli enti assistenziali perché, per l'ipotesi di partecipazione in forma plurima, i requisiti economico-finanziari devono essere posseduti dal RTI/consorzio nel suo complesso.

3. - Con l'appello in esame, la Società deduce l'ingiustizia della sentenza, con dovizia di argomenti.

4. - Resiste in giudizio l'Amministrazione intimata.

5. - All'udienza del 3 febbraio 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello merita accoglimento.

1.1. - La ricorrente ha forma giuridica di "società di mutuo soccorso", organizzazione non profit regolamentata dalla l. 15.4.1886, n. 3818, iscritta all'anagrafe dei fondi sanitari di cui al DM 27.10.2009, abilitata a gestire, mediante convenzione con enti pubblici e privati, fondi integrativi sanitari finalizzati a fornire servizi di assistenza sanitaria integrativa.

La ricorrente ha preso parte alla gara per l'affidamento del servizio di assistenza sanitaria integrativa per il personale impiegatizio e quadro dell'Agenzia del Demanio di cui al bando pubblicato il 6 agosto 2013, che ammetteva a gara le società di mutuo soccorso e le società assicurative, precisando, con riguardo a queste ultime, che la partecipazione è consentita purché sia garantita la disponibilità per l'intera durata contrattuale di un ente assistenziale (art. 7 del disciplinare).

Con riguardo agli enti assistenziali, invece, la lex specialis non prevedeva alcuna necessaria forma di compartecipazione con altri soggetti.

La ricorrente veniva esclusa dalla gara per non aver "interessato al servizio" alcuna compagnia di assicurazioni, grazie alla quale soddisfare il requisito del "premio" nel ramo assicurativo-malattia, nell'ammontare richiesto dalla lex di gara.

2. - Fondati sono i motivi di appello con cui si impugna tanto l'esclusione che la lex specialis.

2.1. - Già nelle premesse del bando, al punto "Informazioni relative ad una particolare professione" si legge che "il servizio dovrà essere reso da compagnie di assicurazione o da enti assistenziali anche in RTI, consorzio, o con le modalità di cui all'art. 49 del D.Lgs 163/06".

L'utilizzo della disgiunzione lascia intendere che la partecipazione sarebbe consentita disgiuntamente e individualmente all'ente assistenziale.

La partecipazione è consentita non solo agli enti assistenziali, quali soggetti che devono eseguire le prestazioni contrattuali, ma anche alle compagnie di assicurazione, con la condizione che si avvalgano di un ente assistenziale per tutta la durata del contratto (art. 7 del disciplinare).

Il capitolato, punto 8.A.4, nella parte relativa ai requisiti economico-finanziari, dispone il possesso del requisito di cui alla lett. a) - aver gestito nel triennio agosto 2010/agosto 2013, piani sanitari analoghi a quello oggetto dell'appalto, ricevendo contributi ed assumendo la contraenza per un numero non inferiore a 3000 assistiti -, che ben poteva essere dimostrato da entrambe le categorie di operatori economici.

Il capitolato, inoltre, prevede i requisiti di cui alle lettere b) e c) che riguardano, specificamente, il primo -lett. b)- "aver gestito, nel triennio agosto 2010/agosto 2013, piani sanitari analoghi a quello oggetto dell'appalto, ricevendo contributi ed assumendo la contraenza per un numero non inferiore a € 1.200.000"; ed il secondo - lett. c) - "aver raccolto, nel triennio agosto 2010/agosto 2013, premi nel ramo assicurativo malattia, per un importo non inferiore complessivamente a euro 1.500".

Tale ultimo requisito (lett. c) riguarda evidentemente le compagnie di assicurazione, essendo utilizzato il termine "premi" che ricorre, di regola, solo in ambito assicurativo.

Il T.A.R. ha ritenuto di trarre da tali disposizioni la conclusione che gli enti assistenziali, al fine di partecipare alla gara, avrebbero dovuto avvalersi o raggrupparsi con una compagnia di assicurazione.

2.2. Il Collegio ritiene, invece, che non può farsi carico ai concorrenti al fine di partecipare ad una gara di procedere ad una complessa e discutibile interpretazione sistematica del bando per desumere da tale esegesi le regole di partecipazione, che debbono, invece, essere chiare nello stabilire i requisiti di ammissione, a tutela del basilare principio di trasparenza e imparzialità, nonché di affidamento e concorrenza.

La regola di gara che sopra si è riportata non era affatto chiara.

Se il requisito economico-finanziario di "aver raccolto premi nel ramo assicurativo malattia" fosse da intendersi in senso letterale (escludendo qualsiasi altra forma di fatturato conseguito nel settore oggetto di gara), avrebbe dovuto essere espresso nel bando con la stessa chiarezza con cui è stata prescritta alle compagnie di assicurazione la condizione di partecipazione in associazione (o con avvalimento) di un ente assistenziale.

2.3. - In senso contrario, non ha valenza decisiva la risposta fornita dal RUP, in data 3.9.2013, alla richiesta di chiarimenti della ricorrente; nel confermare all'interessata che avrebbe potuto partecipare alla gara, il RUP ha precisato che sarebbe rimasto "fermo (...) il possesso degli ulteriori requisiti previsti dal bando", senza, dunque, chiarire l'interpretazione del bando che la stazione appaltante avrebbe poi seguito.

La risposta del RUP è, in altri termini, eccessivamente sibillina per potersi desumere che la stazione appaltante avesse chiarito alla ricorrente che avrebbe potuto partecipare alla gara solo raggruppandosi con una compagnia di assicurazione, atteso il rinvio dello stesso responsabile alle condizioni di partecipazione di cui al bando.

2.4. - Invero, la lex di gara è quantomeno equivoca e, se letta nel significato seguito dall'amministrazione, è manifestamente illogica.

La clausola dell'art. 7 del disciplinare di gara, che concernente i soggetti ammessi a partecipare, ha un univoco significato semantico: mentre espressamente consente la partecipazione delle compagnie di assicurazione, solo se raggruppate o avvalendosi degli enti assistenziali, non dice altrettanto chiaramente che questi ultimi possono partecipare solo se raggruppati o avvalendosi di compagnie assicurative, in coerenza, d'altra parte, con l'oggetto dell'appalto.

Unica condizione alla partecipazione degli enti assistenziali è la richiesta iscrizione all'anagrafe dei Fondi Integrativi sanitari di cui al Decreto del Ministero del Lavoro del 27.10.2009.

Attribuire alle richiamate disposizioni del bando, del capitolato e del disciplinare un significato diverso da quello reso palese dall'espressione letterale e dal significato logico non risponderebbe ai canoni ermeneutici, né all'interesse pubblico: deve essere chiaramente e facilmente intellegibile ai concorrenti la scelta dell'amministrazione circa i soggetti ammessi a partecipare, in coerenza con l'oggetto del servizio, stante il generale disposto dell'art. 34 del codice dei contratti pubblici che ammette sia la partecipazione individuale degli operatori economici, sia sotto forma di raggruppamento, senza che sia necessario ricorrere ad interpretazioni sistematiche per poter conoscere la possibilità e i requisiti di partecipazione; e ciò - ripetesi - sia a tutela della par condicio e della affidabilità dei rapporti tra i contraenti, sia a tutela dei principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, al fine di consentire anche la stessa celere decisione sull'ammissione dei soggetti alla gara.

2.5. - Infine, neppure può valere ad attribuire chiarezza alle clausole degli atti di gara la risposta al quesito n. 8, pubblicata sul sito internet dell'Agenzia, in data 6 settembre 2013, con cui la stazione appaltante aveva dato un'interpretazione del requisito economico/finanziario, in cui si afferma che "in caso di partecipazione alla gara di un ente assistenziale, il requisito in questione dovrà essere soddisfatto ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, ovvero mediante costituzione di un RTI o consorzio con compagnia di assicurazione".

A proposito dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (come nella fattispecie), la giurisprudenza ritiene che i chiarimenti non possono

valere a modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, per come scolpita nella *lex specialis* (Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1666).

Solo nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, le relative precisazioni costituiscono una sorta di interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione aggiudicatrice chiarisce la propria volontà provvedimento (Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4305).

Ma nel caso in esame, vi sarebbe un evidente contrasto tra quanto enunciato al punto 7 del bando, dove nulla è detto sulla necessaria partecipazione degli enti assistenziali unitamente ad una compagnia di assicurazione, e quanto precisato con il richiamato chiarimento.

3. - In ordine ai requisiti di capacità tecnico-finanziario richiesti per la partecipazione ad una gara, va precisato, ancora, che lo scopo è assicurare la stazione appaltante sulla capacità imprenditoriale di gestire un servizio di pari entità a quello che s'intende appaltare (C.d.S. III, 23.12.2014, n.6367).

Appare, allora, illogica una disposizione del bando (come pure un'interpretazione sistematica della *lex di gara*) che porti all'esclusione della società appellante, ente mutualistico assistenziale che possiede senza dubbio la capacità tecnica in relazione al servizio oggetto di affidamento e che la propria idoneità finanziaria ha dimostrato producendo la documentazione afferente allo svolgimento di servizi analoghi per un congruo importo.

Non convince, invece, l'argomentazione del primo giudice, secondo cui il requisito previsto dalla lett. c) (aver raccolto, nel triennio agosto 2010/ agosto 2013, premi nel ramo assicurativo malattia, per un importo non inferiore complessivamente ad € 1.500.000), nel mentre non impedisce la partecipazione alla gara degli Enti Assistenziali, assolverebbe all'esigenza di garantire la partecipazione (insieme agli enti assistenziali) di una Compagnia di Assicurazione "capace di disporre di un capitale sufficiente per erogare i sussidi dovuti, garanzia che non può essere assolta da una società di assistenza che non svolge in modo principale attività a fini di lucro".

A parte la discutibilità dell'apodittico non riconoscimento di "solidità finanziaria" di una società che non ha fini di lucro, il Collegio osserva che la capacità di erogare i sussidi richiesti è rinvenibile anche in capo alla società di mutuo soccorso che raccoglie "contributi", anziché "premi", risultando, pertanto, così altrettanto dotata di capitali, e per giunta potendo usufruire di agevolazioni fiscali non estese alle compagnie assicurative (ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lg. n. 346 del 1990 – cfr. Cassazione civile, sez. trib., 2/10/2000, n. 12992).

5. - In conclusione, l'appello va accolto.

6. - Le spese si compensano per la peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

--