

APPALTI - SERVIZI - ASSICURAZIONE - SUDDIVISIONE IN LOTTI - DEROGABILITA' - UNITARIETA' DEL SERVIZIO - MOTIVAZIONE ADEGUATA

Il principio della suddivisione dell'appalto in lotti può essere derogato qualora l'esigenza di unitarietà, adeguatamente motivata dalla stazione appaltante, sia imposta dall'oggetto dell'appalto. È unitaria la copertura assicurativa in relazione alla quale sia previsto il versamento di un unico contributo per tipologie di rischio differenti ma rispondenti alla medesima esigenza di garanzia.

TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, sentenza n. 608/2019

Pubblicato il 16/01/2019

N. 00608/2019 REG.PROV.COLL.

N. 05863/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5863 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da Rbm Assicurazione Salute S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giampiero Proia, Carlo Comandè, Annunziata Testone, con domicilio eletto presso lo studio Giampiero Proia in Roma, via Pompeo Magno 23/A;

contro

Fondazione Enpam – Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri, in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Gen.Le Dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Piazza, Anna Leone, con domicilio eletto presso lo studio Angelo Piazza in Roma, piazza San Bernado 101; Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Gen.Le Dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Societa' Cattolica di Assicurazione - Societa' Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuele Grippo, Gaetano Alfarano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gaetano Alfarano in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del bando di gara, del disciplinare di gara e, ove occorra, del capitolato nonché di ogni altro atto ad esso connesso ed allegato relativo alla “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a primi 30 giorni di malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” (CIG:706719951B), pubblicato sulla G.U.U.E. n. S 90 del 11 maggio

2017 e sulla G.U.R.I. serie speciale n. 59 del 24 maggio 2017, nella parte in cui:

- a) non prevede la divisione in lotti dell'affidamento per il ramo Malattia e per il ramo Infortuni (art. II.1.8 del bando);
- b) fissa i criteri speciali di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla procedura di gara richiedendo il possesso di un capitale sociale versato di euro 70 milioni e il possesso di un fatturato nel ramo Infortuni non inferiore a 10 milioni di euro (art. III.2.2. del bando e art. III.1.2. del disciplinare di gara);
- c) prevede che il contratto di avvalimento dovrà recare anche l'indicazione in modo dettagliato delle risorse umane, attrezzature, e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente e ciò anche nell'ipotesi in cui il requisito prestato attenga alla sola capacità economica e finanziaria (art. III.1.3 del disciplinare di gara).

Nonché del Chiarimento n. 6 del 6 giugno 2017, pubblicato nel sito internet della Fondazione Enpam, nella parte in cui la stazione appaltante afferma che anche nel caso di avvalimento di carattere economico-finanziario per la dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria di cui all'art. III.1.2. lett. b) (fatturato) il contratto di avvalimento dovrà recare l'indicazione in modo dettagliato delle risorse umane, attrezzature, e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti :

- del bando di gara, del disciplinare di gara e, ove occorra, del capitolato nonché di ogni altro atto ad esso connesso ed allegato relativo alla “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a primi 30 giorni di malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” (CIG:706719951B), pubblicato sulla G.U.U.E. n. S 90 del 11 maggio 2017 e sulla G.U.R.I. serie speciale n. 59 del 24 maggio 2017, nella parte in cui:

a) non prevede la divisione in lotti dell'affidamento per il ramo Malattia e per il ramo Infortuni (art. II.1.8 del bando);

b) fissa i criteri speciali di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla procedura di gara richiedendo il possesso di un capitale sociale versato di euro 70 milioni e il possesso di un fatturato nel ramo Infortuni non inferiore a 10 milioni di euro (art. III.2.2. del bando e art.

III.1.2. del disciplinare di gara);

c) prevede che il contratto di avvalimento dovrà recare anche l'indicazione in modo dettagliato delle risorse umane, attrezzature, e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente e ciò anche nell'ipotesi in cui il requisito prestato attenga alla sola capacità economica e finanziaria (art. III.1.2 del disciplinare di gara);

- Nonché del Chiarimento n. 6 del 6 giugno 2017, pubblicato nel sito internet della Fondazione Enpam, nella parte in cui la stazione appaltante

afferma che anche nel caso di avvalimento di carattere economico finanziario per la dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria di cui all'art. III.1.2. lett. b) (fatturato) il contratto di avvalimento dovrà recare l'indicazione in modo dettagliato delle risorse umane, attrezzature, e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente.

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale ad oggi sconosciuto

QUANTO AL RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI:

- della lettera di invito prot. 0075882 del 26 luglio 2017 e dei relativi allegati inviata da ENPAM a RBM Assicurazione Salute S.p.A. avente a oggetto “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a “Primi 30 giorni di malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” autorizzata con delibera del Consiglio di Amministrazione n. 42 del 28.04.2017. Codice identificativo gara (CIG): 706719951B”

Per quanto riguarda i motivi aggiunti :

- della Delibera del Consiglio di Amministrazione dell'ENPAM n. 98 del 10 novembre 2017, con la quale è stata disposta ai sensi dell'art. 32, comma 5 del D.lgs. n. 50/2016 l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a primi 30 giorni di malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza

primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” al costituendo RTI tra Cattolica Assicurazioni società Cooperativa e Groupama Assicurazioni s.p.a.;

- della comunicazione di aggiudicazione del 14 novembre 2017 trasmessa alla società ricorrente ai sensi dell'art. 76 del D.lgs. n. 50/2016;

- dell'avviso di aggiudicazione dell'appalto pubblicato sulla G.U.E.E. il 21 novembre 2017 e sulla G.U.R.I. il 1 dicembre 2017;

- ove occorra dei verbali di gara relativi alle sedute di gara del 27/09/2017, del 05/10/2017, del 09/10/2017, del 23/10/2017 e del 09/11/2017, prodromici al provvedimento di aggiudicazione;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Enpam – Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri e di Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri e di Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2018 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con il ricorso in oggetto sono stati impugnati il bando di gara, il disciplinare di gara e, ove occorra, il capitolato nonché di ogni altro atto ad esso connesso ed allegato relativo alla “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a primi 30 giorni di

malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” (CIG:706719951B), pubblicato sulla G.U.U.E. n. S 90 del 11 maggio 2017 e sulla G.U.R.I. serie speciale n. 59 del 24 maggio 2017, nella parte in cui:

- a) non prevede la divisione in lotti dell'affidamento per il ramo Malattia e per il ramo Infortuni (art. II.1.8 del bando);
- b) fissa i criteri speciali di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla procedura di gara richiedendo il possesso di un capitale sociale versato di euro 70 milioni e il possesso di un fatturato nel ramo Infortuni non inferiore a 10 milioni di euro (art. III.2.2. del bando e art. III.1.2. del disciplinare di gara);
- c) prevede che il contratto di avvalimento dovrà recare anche l'indicazione in modo dettagliato delle risorse umane, attrezzature, e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente e ciò anche nell'ipotesi in cui il requisito prestato attenga alla sola capacità economica e finanziaria (art. III.1.3 del disciplinare di gara).

2. Viene impugnato anche il chiarimento n. 6 del 6 giugno 2017, pubblicato nel sito internet della Fondazione Enpam, nella parte in cui la stazione appaltante afferma che anche nel caso di avvalimento di carattere economico-finanziario per la dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria di cui all'art. III.1.2. lett. b) (fatturato) il contratto di avvalimento dovrà recare l'indicazione in modo dettagliato

delle risorse umane, attrezzature, e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente.

3. Con atto di motivi aggiunti, sono stati impugnati, poi,:

la lettera di invito prot. 0075882 del 26 luglio 2017 e i relativi allegati inviata da ENPAM a RBM Assicurazione Salute S.p.A. avente a oggetto “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a “Primi 30 giorni di malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” autorizzata con delibera del Consiglio di Amministrazione n. 42 del 28.04.2017. Codice identificativo gara (CIG): 706719951B”;

- la Delibera del Consiglio di Amministrazione dell'ENPAM n. 98 del 10 novembre 2017, con la quale è stata disposta ai sensi dell'art. 32, comma 5 del D.lgs. n. 50/2016 l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto “Procedura ristretta per l'affidamento di una copertura assicurativa relativa a primi 30 giorni di malattia ed eventuali conseguenze economiche di lungo periodo per i medici di assistenza primaria, continuità assistenziale ed emergenza sanitaria territoriale” al costituendo RTI tra Cattolica Assicurazioni società Cooperativa e Groupama Assicurazioni s.p.a.;

la comunicazione di aggiudicazione del 14 novembre 2017 trasmessa alla società ricorrente ai sensi dell'art. 76 del D.lgs. n. 50/2016;

l'avviso di aggiudicazione dell'appalto pubblicato sulla G.U.E.E. il 21 novembre 2017 e sulla G.U.R.I. il 1 dicembre 2017;

- ove occorra i verbali di gara relativi alle sedute di gara del 27/09/2017, del 05/10/2017, del 09/10/2017, del 23/10/2017 e del 09/11/2017, prodromici al provvedimento di aggiudicazione.

4. La gara in esame trova il proprio fondamento nell'Accordo Collettivo Nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale (testo integrato con l'Accordo del 29.7.2009), il quale, per l'assistenza primaria, all'art. 60, comma 4, prevede che "Per far fronte al pregiudizio economico derivante dall'onere di sostituzione per eventi di malattia e di infortunio, anche in relazione allo stato di gravidanza è posto a carico del servizio pubblico

un onere pari allo 0,72% dei compensi ... da utilizzare per la stipula di apposite assicurazioni."

Il comma cinque prevedeva che con le stesse scadenze previste per il versamento del contributo previdenziale di cui al comma uno le aziende versano all'Ente il contributo di cui al comma quattro affinché provveda a riversarlo alla compagnia assicuratrice con la quale i sindacati maggiormente rappresentativi avranno provveduto, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del presente accordo, a stipulare apposito contratto di assicurazione mediante procedura negoziale aperta a evidenza pubblica.

Il testo oggi vigente invece prevede che con le stesse scadenze previste per il versamento del contributo previdenziale le aziende versano all'Ente il contributo di cui al precedente comma quattro affinché provveda in merito .

Dunque oggi la competenza a indire le gare per la stipula di apposite assicurazioni con la ditta vincitrice spetta all'ENPAM .

Del resto il Consiglio di Stato con la decisione numero 8401 del 2010 aveva espressamente affermato che l'attività di sottoscrizione della polizza viene svolta dai sindacati in sostituzione dell'ENPAM, quale attività amministrativa diretta a organizzare un servizio previdenziale volto al perseguimento di un interesse pubblicistico, con fondi pubblici e con atipica traslazione di funzioni sostanzialmente amministrative in capo ai sindacati firmatari dell'accordo collettivo.

5. Ciò premesso, con il primo motivo la ricorrente contesta la disciplina di gara che, in violazione

dell'art. 51 del D.lgs. n. 50/2016 ("Codice"), avrebbe accorpato in un unico lotto anziché due

(ramo malattia e ramo infortuni) la copertura assicurativa oggetto della gara pur trattandosi di due differenti tipologie di rischio, né avrebbe adeguatamente motivato in merito alla deroga operata.

6. Viene eccepita l'inammissibilità della censura per assoluta carenza di interesse, posto che RBM Assicurazione Salute S.p.A. ricorrente ha regolarmente partecipato alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese con Elipse Life Ltd., dimostrando il possesso di tutti i requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara e collocandosi al terzo posto.

Non si sarebbe, pertanto, verificata alcuna preclusione alla partecipazione dell'impresa ricorrente, con conseguente assenza di qualsivoglia lesione alla sua sfera giuridica.

E ciò troverebbe conferma nella decisione di partecipare alla gara in RTI “che tradisce una chiara e diversa valutazione operata dalla società, in perfetta antitesi rispetto all'interesse fatto valere nel ricorso e nei successivi motivi aggiunti.”(cfr. pag.2 memoria resistente).

7. L'eccezione deve essere respinta, posto che la ricorrente impugna la clausola che va qualificata come escludente proprio sotto il profilo della impossibilità in forza della stessa di autonoma partecipazione alla gara, sicchè, a tale fine, è del tutto irrilevante che poi sia riuscita a partecipare, appunto, ma solo in associazione con altro soggetto.

8. La censura è, peraltro, infondata nel merito.

L'art. 51 del Codice, pur esprimendo un favor di massima per la suddivisione in lotti, non impone una simile soluzione in termini assoluti e inderogabili, facendo espressamente salva la potestà discrezionale dell'Amministrazione di derogare motivatamente a tale regola generale.

Si tratta, infatti, come affermato dalla giurisprudenza, di una “...scelta discrezionale non

suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui

l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto...” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, **15**

maggio 2017, n. 2607; Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081).

La gara in esame, come detto, trova il proprio fondamento nell'Accordo Collettivo Nazionale per la

disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale (testo integrato con l'Accordo del

29.7.2009), il quale, per l'assistenza primaria, all'art. 60, commi 4 , prevede che “Per far

fronte al pregiudizio economico derivante dall'onere di sostituzione per eventi di malattia e di

infortunio, anche in relazione allo stato di gravidanza è posto a carico del servizio pubblico

un onere pari allo 0,72% dei compensi ... da utilizzare per la stipula di apposite assicurazioni.”

E al comma 5”... Con le stesse scadenze previste per il versamento del contributo previdenziale, le Aziende versano all'ENPAM il contributo di cui al precedente comma 4 affinché provveda in merito”.

Tale importo unitario deve, pertanto, essere utilizzato sia per il rimborso delle spese sostenute

dall'assicurato per la sostituzione in caso di malattia, gravidanza o infortunio, sia per infortuni e invalidità permanente.

Si tratta allora di un onere unitario, posto a copertura di entrambi i rischi (sia quello derivante da infortuni che da malattia), con conseguente impossibilità di distinguere preventivamente l'importo che verrà utilizzato per la copertura di ciascuno dei due rischi sopra citati, posto che l'interesse sotteso è comunque il medesimo, ovvero quello di garantire la sostituzione del medico che risulti assente per una delle ragioni indicate.

Ne deriva che la scelta discrezionale di non suddividere l'appalto in lotti è assolutamente logica

e ragionevole, essendo giustificata dall'oggettiva impossibilità di distinguere i due autonomi

affidamenti, ed è esattamente quanto esplicitato nella lettera di invito:

“...ai sensi dell'art. 51, c. 1 del D. Lgs. n. 50/2016, si precisa che l'appalto non è stato suddiviso in lotti vista l'impossibilità di distinguere i premi relativi al ramo malattia e ramo infortuni da porre a base di gara..”.

A ulteriore conforto dell'aggregazione in un unico lotto del ramo malattia e del ramo infortuni possono poi richiamarsi:

- l'art. 2, comma 4, del D.lgs. n. 209/2005, laddove prevede che per i rami “infortuni” e “malattia” possa essere rilasciata cumulativamente un'unica autorizzazione;

- il Regolamento CE n. 213/2008 del 28/11/2007, che prevede un unico codice per entrambi i rami in questione n. 66512000-2.

La fondatezza delle considerazioni che precedono trova, infine, ulteriore conferma nella circostanza di fatto che tutti i principali operatori del settore, ivi inclusa la ricorrente, hanno preso parte alla procedura selettiva, taluni in forma individuale (AIG Europe, Reale Mutua), altri in coassicurazione (Generali Italia e Unipolsai Assicurazione) e altri ancora in costituenda ATI (RMB-Elipse Life e Cattolica-Groupama Assicurazioni).

9. Anche il secondo motivo deve essere respinto.

Con tale doglianza viene dedotta la violazione dell'art. 83, comma 4, del Codice in quanto sarebbe stato previsto un requisito di capacità economico e finanziaria "sproporzionato" rispetto all'oggetto e al valore dell'appalto.

In particolare, ENPAM avrebbe richiesto tra i suddetti requisiti il possesso di un capitale sociale

versato non inferiore a 70 milioni di euro (cfr. punto III.1.2), lett. a, del Disciplinare di gara)

non espressamente previsto dalla norma sopra richiamata, con l'effetto di restringere la platea dei concorrenti in quanto "manifestamente sproporzionato".

Orbene, il requisito di capacità economico e finanziaria richiesto dalla lex specialis non risulta

eccedente posto che la stessa può essere provata mediante il richiamo al capitale sociale versato, mentre quanto al fatturato annuo, l'importo, ritenuto dalla ricorrente irragionevolmente eccessivo rispetto all'oggetto e al valore dell'appalto, è conforme alla previsione di cui all'art.83 comma 5 del Codice dei contratti laddove prevede che il fatturato minimo richiesto non possa superare il doppio del valore dell'appalto, che è pari a 40 milioni di euro, come risulta dal punto III.2.1 del Bando di gara, potendosi poi prevedere il superamento motivato.

Il che dimostra che la soglia che il legislatore ha individuato come parametro di ragionevolezza relativamente ai requisiti di capacità economica e finanziaria non costituisce limite invalicabile, se lo sfioramento risulti assistito da congrua motivazione.

Che nella specie è presente, sia nel bando che nel disciplinare, ove si legge che “i requisiti di capacità economica e finanziaria ora esposti sono richiesti in quanto l'oggetto dell'affidamento costituisce attività strategica e fondamentale per Enpam ai fini del miglior perseguimento delle proprie finalità istituzionali”, aggiungendo anche che “La circostanza che i concorrenti abbiano raggiunto determinati livelli di fatturato costituisce un indice di valutazione necessaria per attestare la solidità del futuro contraente”.

10. Va dunque respinto anche il terzo motivo con cui viene dedotta la violazione dell'art. 83, comma 2, del Codice in relazione alla irragionevolezza dell'ulteriore requisito di capacità economica relativo al

possesso di un fatturato di euro 10 milioni nel ramo infortuni di cui all'art. III.1.2, lett. b, del Disciplinare di gara.

11. Con l'ultimo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 89 del Codice, sul presupposto che la disciplina di gara, anche con riguardo all'avvalimento dei requisiti di capacità economica, avrebbe imposto l'indicazione dettagliata nel relativo contratto "delle risorse umane, attrezzature e organizzazione che l'ausiliario metterà a disposizione del concorrente".

Ma, come esattamente eccepisce la resistente, la censura è inammissibile per carenza di interesse,

dato che la ricorrente non ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento per partecipare alla gara né

risulta che sia stata esclusa per non aver sufficientemente dato prova del possesso degli elementi indicati.

Il ricorso deve dunque essere respinto, pur potendosi compensare le spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente, Estensore

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO