

Publicato il 28/07/2020

N. 04806/2020REG.PROV.COLL.  
N. 10599/2019 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10599 del 2019, proposto da

Axa Assicurazioni s.p.a. in proprio e in qualità di delegataria, Hdi Assicurazioni s.p.a. in proprio e in qualità di coassicuratrice, Poste Assicura s.p.a. in proprio e in qualità di coassicuratrice, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Enrico Lubrano, Filippo Lubrano, Pietro Laffranco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Enrico Lubrano in Roma, via Flaminia, 79;

*contro*

Associazione della Croce Rossa Italiana-Organizzazione di Volontariato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Tedeschini, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Messico, 7;

*nei confronti*

Generali Italia s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con Società Cattolica di Assicurazione - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, 24 settembre 2019, n. 11287, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Generali Italia s.p.a., che ha spiegato anche appello incidentale, e dell'Associazione della Croce Rossa Italiana- Organizzazione di Volontariato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 23 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84, il consigliere Angela Rotondano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Associazione della Croce Rossa Italiana (di seguito "*Croce Rossa Italiana*" o "*Stazione appaltante*") bandiva una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di copertura assicurativa della medesima Associazione, suddivisa in tre lotti, della durata di 36 mesi.

1.1. In particolare, il lotto 3, di interesse del presente giudizio, aveva ad oggetto la copertura assicurativa degli *“Infortuni per il personale volontario”* ed era di importo complessivo a base d’asta pari ad € 9.000.000,00.

1.2. Alla gara per l’aggiudicazione del su indicato lotto partecipavano sia il raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Axa Assicurazioni s.p.a., in qualità di delegataria, HDI Assicurazioni s.p.a. e Poste Assicura s.p.a., in qualità di coassicuratrici (d’ora in avanti *“RTI AXA”* o *“Axa Assicurazioni”*), sia l’associazione temporanea tra Generali Italia s.p.a., mandataria, e la Società Cattolica di Assicurazione- Società cooperativa (di seguito *“Generali”* o *“r.t.i. Generali”*).

1.3. Con note inviate alla Commissione di gara (il 3 ottobre, il 6 ottobre e il 22 ottobre 2018) Generali contestava l’omessa indicazione degli oneri di sicurezza da parte del r.t.i. Axa, non sanabile a suo avviso mediante soccorso istruttorio, chiedendone perciò l’esclusione.

1.4. La Commissione riscontrava la richiesta con nota prot. n. 39325 del 18 ottobre 2018, rappresentando il proprio convincimento circa la regolarità della posizione di AXA: dall’omissione lamentata non poteva, a suo avviso, derivare l’esclusione dalla gara di quest’ultima, stante, da un lato, l’insussistenza di un tale obbligo dichiarativo per i servizi di natura intellettuale ai sensi dell’art. 95 comma 10 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ai quali avrebbe dovuto ricondursi, per costante giurisprudenza, anche il servizio di copertura assicurativa oggetto di affidamento, e dall’altro l’inesistenza di apposita previsione escludente per tale omissione nella *lex specialis* di gara (che, in ogni caso, anche ove stabilita, sarebbe stata nulla per contrasto con la

disciplina normativa e violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione).

1.5. Pertanto, il r.t.i. Axa, avendo ottenuto il miglior punteggio sia per l'offerta tecnica che per quella economica, era individuato quale aggiudicatario provvisorio (come da verbale di gara n. 5).

1.6. Tuttavia, il RUP, sulla base un parere legale *pro veritate* ove era richiamata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II *Quater*, 3 dicembre 2018, n. 11717 (che, in analogo contenzioso concernente una gara avente ad oggetto i servizi assicurativi, aveva ritenuto legittima l'esclusione della concorrente per mancata indicazione degli oneri di sicurezza), escludeva dalla gara (con provvedimento prot. n. 49239 del 18 dicembre 2018) il r.t.i. AXA per l'omessa dichiarazione "*nell'offerta economica degli oneri aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sul luogo di lavoro, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. 50/2016*"; disponeva altresì contestualmente l'aggiudicazione provvisoria del lotto 3 a favore del raggruppamento Generali.

2. Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Axa Assicurazioni impugnava il provvedimento di esclusione nei suoi confronti e l'aggiudicazione a favore del r.t.i. Generali, nonché ogni altro atto o provvedimento connesso, presupposto o conseguente, formulando domanda demolitoria, cautelare e risarcitoria.

2.1. Il ricorso era affidato a tre motivi di censura, con cui AXA in particolare lamentava: *I)* l'insussistenza dell'obbligo di dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale per i servizi assicurativi, in quanto rientranti tra i servizi di natura intellettuale espressamente esclusi dall'obbligo dichiarativo in questione secondo la normativa vigente;

II) in ogni caso, l'insussistenza di un automatismo espulsivo per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, in particolar modo per i c.d. servizi assicurativi, laddove tali oneri avevano una dimensione del tutto irrilevante; III) l'eccesso di potere per contraddittorietà della Stazione appaltante che aveva prima previsto dei requisiti finanziari estremamente rigorosi (si da ammettere alla gara solo operatori estremamente qualificati), per poi disporre l'esclusione dell'aggiudicataria, senza neppure soccorso istruttorio, per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza di importo irrisorio.

2.2. La ricorrente chiedeva, pertanto, oltre all'annullamento degli atti impugnati con inibitoria alla stipula del contratto, il risarcimento in forma specifica, mediante subentro nel contratto, ove *medio tempore* stipulato, previa dichiarazione di inefficacia, o in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente monetario.

2.3. Si costituivano in resistenza la Croce Rossa Italiana e la controinteressata Generali Assicurazioni, chiedendo entrambe il rigetto del ricorso.

2.4. Generali Assicurazioni, sulla base della documentazione amministrativa prodotta da AXA, acquisita all'esito dell'accesso agli atti, spiegava altresì ricorso incidentale, censurando l'ammissione alla gara delle ricorrenti principali, sulla base di tre motivi di doglianza, con cui deduceva: "1) *Violazione dell'art. 4.1. del Disciplinare di Gara. Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria*; 2) *Violazione dell'art. 4.1. del Disciplinare di Gara. Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria*; 3) *Violazione dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 4.2. del Disciplinare. Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria.*"

2.5. In particolare, Generali impugnava il verbale che aveva ritenuto regolare la documentazione amministrativa presentata da AXA e la sua ammissione alla gara, assumendo che:

- la ricorrente principale Axa fosse carente del requisito di idoneità professionale prescritto dall'art. 4.1. del Disciplinare che richiedeva *“l'esecuzione, nell'ultimo biennio, di almeno un servizio analogo a quello di cui al presente appalto a favore di Enti/ Associazioni di cui alla L. 106/2016 e L. 64/2001”*; la Stazione appaltante, con il chiarimento n. 3, precisava che il requisito era riferito *“alla disciplina degli organismi del terzo settore, cui appartiene l'Associazione della Croce Rossa Italiana. In particolare, la legge 106/2016 concerne la “Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale”. È stata richiamata in quanto l'intero articolato normativo si applica a CRI”*; sennonché nessuno dei servizi analoghi dichiarati dalle tre imprese del raggruppamento rientrava nel c.d. Terzo settore ai sensi della su indicata disciplina normativa;
- il r.t.i. Axa andasse anche escluso per carenza del requisito di capacità economica e finanziaria previsto dall'art. 4.2. del Disciplinare a mente del quale l'impresa partecipante doveva *“aver realizzato nel triennio una raccolta premi non inferiore a 500 milioni di euro per ciascun lotto”*, avendo indicato un importo inferiore a detta cifra seppure afferente al ramo *“Infortuni”*, di cui al lotto 3, oltre a non esser chiaro se l'importo dichiarato da Poste Assicura si riferisse al ramo *“Infortuni”* o al ramo *“Danni”*;
- una delle componenti del raggruppamento (la coassicuratrice HDI Assicurazioni) non avesse fornito le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti morali per partecipare alle gare pubbliche dei

Sindaci (sia dei titolari che di quelli supplenti), come sarebbe emerso dalla visura camerale.

3. Il giudizio era definito con la sentenza indicata in epigrafe con cui il Tribunale amministrativo, richiamate le motivazioni di cui alla citata sentenza dello stesso T.a.r., II *quater*, n. 11717 del 2018, ha respinto il ricorso principale del raggruppamento Axa (esaminato con priorità in quanto non escludente, secondo i principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 30 gennaio 2014) per la ritenuta infondatezza di tutti i motivi di censura ivi proposti e ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale di Generali Assicurazioni.

3.1. In particolare, il Tribunale amministrativo ha ritenuto che i servizi assicurativi (al contrario del c.d. *brokeraggio*) non hanno natura intellettuale sì da poter beneficiare della deroga alla separata e specifica indicazione di detti oneri, che la riscontrata carenza dichiarativa non fosse perciò soccorribile e che non rilevasse neppure la mancanza di un apposito spazio nel modello predisposto per la presentazione della domanda (in quanto l'allegato sull'offerta economica prescriveva che tale indicazione dovesse essere contenuta nella stessa offerta) né l'irrisorietà degli oneri poiché l'obbligo deriverebbe direttamente dal dato normativo primario inderogabile.

4. Avverso la sentenza il r.t.i. Axa ha proposto appello, deducendone l'erroneità e ingiustizia per aver respinto tutte le censure articolate con il ricorso principale di primo grado, e ne ha chiesto la riforma per i seguenti motivi:

*“1. Insussistenza dell'obbligo di dichiarazione degli oneri di sicurezza per i c.d. servizi assicurativi. Assoluto difetto di motivazione della sentenza impugnata*

*Assoluto difetto di motivazione della sentenza appellata (mero richiamo a precedente del TAR Lazio);*

*2. Insussistenza, nella specie, nella normativa speciale (lex contractus), della previsione delle indicazioni degli oneri assicurativi. In via subordinata, assoluta ambiguità degli atti relativi e conseguente obbligo di fare ricorso al soccorso istruttorio. Insussistenza di un automatismo espulsivo per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, in particolar modo per i servizi assicurativi, laddove tali oneri hanno una dimensione macroscopicamente irrilevante;*

*3. Omessa valutazione del terzo motivo di ricorso di primo grado. Eccesso di potere per contraddittorietà della Stazione appaltante, laddove prima ha previsto requisiti finanziari estremamente rigorosi (in modo da garantirsi la partecipazione solo di operatori estremamente qualificati) e poi ha disposto l'esclusione diretta dell'aggiudicatario, senza neanche soccorso istruttorio, per avere formulato l'offerta senza indicazione degli oneri di sicurezza di importo irrisorio.”*

4.1. Si è costituita la Croce Rossa Italiana, argomentando l'infondatezza dell'appello e insistendo per il suo rigetto.

4.2. Si è costituita anche Generali Assicurazioni, nella qualità indicata in epigrafe, la quale ha resistito anch'essa al gravame, chiedendone la reiezione, ed ha altresì spiegato appello incidentale condizionato con cui ha riproposto due dei (tre originari) motivi di illegittimità dedotti con il ricorso incidentale di primo grado contro l'ammissione delle ricorrenti principali, non esaminati dalla sentenza appellata stante la ritenuta infondatezza, con valenza assorbente, del ricorso principale.

4.3. Il raggruppamento Axa ha riproposto l'eccezione di irricevibilità del gravame incidentale per tardività ex art. 120, comma 2 *bis* Cod. proc. amm., applicabile *ratione temporis*, respinta dalla sentenza.



4.4. Alla camera di consiglio del 23 gennaio 2020, con l'accordo delle parti, è stato disposto l'abbinamento al merito dell'esame della domanda cautelare.

4.5. Nelle memorie difensive depositate in vista dell'udienza fissata per la trattazione del merito, ciascuna parte ha ribadito le proprie tesi, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni rispettivamente formulate.

4.5. All'udienza del 23 aprile 2020, tenuta mediante collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del d. l. n. 18 del 17 marzo 2020, la causa è stata trattenuta in decisione sulla base degli atti depositati.

## DIRITTO

5. Con l'odierno appello il raggruppamento Axa contesta le statuizioni della sentenza di prime cure che ha respinto il ricorso introduttivo avverso il provvedimento di esclusione per omessa dichiarazione nell'offerta economica degli oneri per la sicurezza aziendale ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 dalla gara per l'affidamento dei servizi di copertura assicurativa (concernenti gli *"Infortuni per il personale volontario"* di cui al lotto 3) indetta dalla Croce Rossa Italiana.

5.1. Come in precedenza accennato, la sentenza ha, infatti, escluso la riconducibilità dei servizi assicurativi alla categoria di *"servizi di natura intellettuale"*, per i quali l'art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, in via eccezionale, l'esenzione dell'obbligo di specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendali in sede di offerta, sulla base delle argomentazioni svolte nel proprio precedente richiamato anche nel provvedimento di esclusione (T.a.r. Lazio, Sez. II *quater*, 3 dicembre 2018, n. 11717).

5.2. Ha poi ritenuto che non fosse neppure condivisibile la censura con cui il raggruppamento AXA lamentava l'insussistenza di un automatismo espulsivo per l'omessa indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza e che non fosse attivabile nella fattispecie l'invocato soccorso istruttorio che, in base alla disciplina di cui all'art. 83, comma 9, del Codice dei Contratti pubblici, non è consentito per gli elementi dell'offerta tecnica ed economica (laddove gli oneri di sicurezza aziendale costituiscono, appunto, un elemento essenziale dell'offerta economica): tanto più nella fattispecie in esame ove, da un lato, l'allegato all'offerta economica recava l' *"esplicita istruzione sulla Dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale"*, sulla cui natura cogente non potevano, ad avviso del primo giudice, nutrirsi dubbi *"stante il tenore letterale dell'istruzione sopra riportata"*, dall'altro anche la *lex specialis* di gara (art. 8 del Disciplinare) *"escludeva espressamente il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica economica"*.

5.3. Richiamati, dunque, gli arresti della più recente giurisprudenza nazionale e comunitaria *in subiecta materia* (Cons. di Stato, Ad. Plen., 24 gennaio 2019, n. 3 e Corte di Giustizia UE 2 maggio 2019, n. 309/2018), la sentenza appellata ha concluso per l'impossibilità di invocare il beneficio del soccorso istruttorio per l'ipotesi di mancata indicazione separata, da parte della concorrente, degli oneri per la sicurezza dei lavoratori, anche nel caso in cui tale obbligo legale di puntuale indicazione e la comminatoria di esclusione nel caso di sua violazione non siano richiamati in modo espresso dalla *lex specialis* di gara, discendendo comunque tale obbligo e la relativa sanzione espulsiva, in via immediata e diretta, dalle previsioni, adeguatamente chiare e sufficientemente conoscibili, di cui all'art. 95, comma 10 cit.

5.4. Su queste basi, la sentenza ha dunque ritenuto che, in conclusione, non sussistessero le condizioni per applicare la disciplina che, in via eccezionale, esenta le imprese concorrenti dall'obbligo di puntuale indicazione degli oneri, poiché i servizi assicurativi oggetto di affidamento, al contrario del brokeraggio, non sono qualificabili in termini di servizi di natura intellettuale, in quanto non prevalentemente caratterizzati *“dal profilo professionale, e dunque, personale della prestazione resa”*, senza che neppure potesse rilevare, a fronte della cogenza dell'obbligo di esplicita dichiarazione di tali oneri, l'eventuale esiguità del loro importo.

6. I motivi di appello, con cui il raggruppamento Axa Assicurazioni ripropone sostanzialmente le censure formulate in primo grado, riconducibili a tre profili di doglianza, tutti infondati per la sentenza impugnata, possono essere così sinteticamente illustrati.

6.1. Con il primo motivo, parte appellante torna a sostenere l'insussistenza dell'obbligo di dichiarazione degli oneri di sicurezza per i c.d. servizi assicurativi che avrebbero natura intellettuale, lamentando al contempo l'assoluto difetto di motivazione sul punto della sentenza appellata, la quale si sarebbe limitata al mero richiamo al precedente conforme del T.a.r. Lazio, senza considerare affatto le argomentazioni prospettate dall'appellante.

Per l'appellante, infatti, poiché il servizio assicurativo è reso attraverso un'attività intellettuale del tutto predominante, troverebbe applicazione nella fattispecie l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 nella versione *ratione temporis* applicabile (come modificato dall'art. 60 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) a mente del quale *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di*

*salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)''.*

Le motivazioni della sentenza appellata (fondate per lo più sul richiamo al precedente conforme) non sarebbero, di conseguenza, idonee a sovvertire tali conclusioni in punto di qualificazione dei servizi assicurativi, né varrebbe a negare la natura intellettuale di questi ultimi il mero raffronto con il servizio di *brokeraggio*.

Secondo l'appellante va infatti considerata, ai fini della qualificazione dei servizi in oggetto, la sostanza dell'attività resa sulla base del contratto di assicurazione, nel cui ambito rilievo preponderante assume l'attività di valutazione e perimetrazione del rischio che ne determina il contenuto, esprimendo il limite dei diritti dell'assicurato e degli obblighi dell'assicuratore, e della cui natura intellettuale non potrebbe dubitarsi, considerata, per un verso, la mutabilità del rischio, per sua natura variabile, che impone la necessità di correlare l'oggetto della prestazione assicurativa alle specificità del caso concreto, e per altro verso la c.d. aleatorietà contrattuale che inevitabilmente influisce sulla strutturazione del contratto.

Tali elementi accomunano, sempre ad avviso dell'appellante, il contratto di assicurazione al *brokeraggio*, sicché, a fronte di tali attività non materiali e giuridiche, tutt'altro che standardizzate e perciò certamente di natura intellettuale, che rivestono rilievo preminente, risulterebbero del tutto trascurabili e irrilevanti le ulteriori attività materiali, di carattere meramente accessorio e strumentale, per l'esecuzione del contratto assicurativo (quali, in particolare, la valutazione del danno e la liquidazione dell'indennizzo, a seguito della richiesta di risarcimento da parte dell'assicurato); specie ove poi

si consideri che tali attività vengono per lo più svolte, per conto delle compagnie di assicurazione, da figure professionali esterne.

Sotto altro concorrente profilo, non potrebbe poi obliterarsi l'univocità tipologica delle attività svolte da imprese di assicurazione e dai c.d. *broker*, che svolgono entrambi, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (*Codice delle assicurazioni private*) la medesima attività di distribuzione assicurativa, consistente nel proporre prodotti assicurativi o nel prestare assistenza o consulenza.

Implicita conferma di ciò si trarrebbe, ad avviso dell'appellante, da altre analoghe gare per l'affidamento di servizi assicurativi (citate nel ricorso in appello p. 10) i cui relativi bandi e disciplinari non hanno affatto previsto espressamente l'obbligo di separata e puntuale indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, a ragione del rilievo estremamente limitato di tali oneri per i servizi intellettuali che, in quest'ultima tipologia di appalti, come affermato dalla giurisprudenza richiamata nel ricorso, "*sono ontologicamente, prima ancora che giuridicamente*) *insussistenti*" (Cons. di Stato, Sez. V, 31 maggio 2018, n. 3262).

Costituirebbe poi ulteriore conferma dell'insussistenza o irrilevanza dei costi per la sicurezza nell'appalto *de quo*, sì da rendere irragionevole l'esclusione disposta nei confronti dell'appellante per la loro omessa dichiarazione, la circostanza che la stessa controinteressata Generali ha dichiarato costi della sicurezza pari soltanto ad € 99,60 rispetto ad un'offerta economica complessiva pari ad € 1.245.000,00 (con un'incidenza di tali costi del tutto irrisoria rispetto all'offerta economica pari solo a circa lo 0,0008%).

In conclusione, per gli appalti di servizi intellettuali, quali sarebbero quelli oggetto della presente gara, per i quali gli oneri per la sicurezza

aziendale hanno rilevanza estremamente limitata e trascurabile rispetto all'attività da svolgersi (la quale configurerebbe, in tesi, ideazione di soluzioni senza comportare rischi per i lavoratori), la mancata indicazione non costituirebbe un'omessa dichiarazione e non comporterebbe di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale (per violazione di legge o delle previsioni della *lex specialis*), dovendosi soltanto verificare se tale dichiarazione sia congrua e se l'operatore economico abbia considerato sostanzialmente i costi in questione *ex ante* nella propria offerta economica e che non proceda *ex post*, in sede di giustificazioni dell'anomalia dell'offerta, a "*fantasiosi allocazioni postume di valori indeterminati*".

6.2. Con il secondo motivo di impugnazione il r.t.i. appellante torna a sostenere altresì l'insussistenza, nella *lex specialis* di gara (ivi incluso l'allegato "*Modello di offerta economica*" previsto per ciascun lotto), della previsione delle indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, lamentando che la controinteressata Generali, la quale ha invece effettuato tale dichiarazione, avrebbe in effetti modificato il modulo che non prevedeva l'indicazione di tali oneri e non recava alcuno spazio apposito e dedicato a tal fine.

Avrebbe dunque errato la sentenza appellata, a fronte di una formulazione ambigua degli atti di gara, nel riconoscere rilievo dirimente, ai fini della legittimità della disposta esclusione, alla circostanza che l'allegato sull'offerta a pagina 1 (recante la mera indicazione delle "*modalità di presentazione dell'offerta economica*") prevedesse esplicitamente che "*la Dichiarazione dell'offerta dovrà contenere la specifica indicazione del costo relativo alla sicurezza*".

In via subordinata, anche ove si volesse desumere implicitamente tale obbligo da quest'ultima precisazione, l'assoluta ambiguità degli atti di gara (che imponevano la dichiarazione di offerta conforme al modello, senza integrazioni di alcun genere a pena di esclusione), idonei perciò ad indurre in errore le imprese concorrenti, avrebbero imposto il ricorso al soccorso istruttorio per superare eventuali irregolarità, senza che fosse pertanto possibile ricavare un automatismo espulsivo per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

6.3. Con il terzo motivo il raggruppamento appellante si duole dell'omessa valutazione da parte della sentenza impugnata del terzo motivo di ricorso di primo grado, con cui aveva dedotto il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante, che, dopo aver previsto requisiti finanziari estremamente rigorosi (prescrivendo in particolare all'art. 4.2 del Disciplinare quale requisito di partecipazione relativamente al lotto 3 l'aver *“realizzato complessivamente negli ultimi 3 (tre) esercizi disponibili una raccolta premi complessiva, nell'ultimo triennio (o alternativamente nel triennio 2014/2016) non inferiore ad euro 500.000.000 (cinquecento milioni)”*), aveva, nondimeno, disposto l'esclusione diretta dell'aggiudicatario, senza neanche soccorso istruttorio, per avere formulato l'offerta senza indicazione degli oneri di sicurezza di importo irrisorio.

La sentenza appellata avrebbe, infatti, erroneamente respinto il terzo motivo di ricorso (con cui in sostanza si lamentava che, a fronte di una previsione normativa, quale quella di cui all'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, regolante il requisito del fatturato minimo pari al doppio del valore del contratto da affidare, la Stazione appaltante avesse invece individuato, per ciascun lotto, un

valore macroscopicamente superiore, e nonostante ciò avesse escluso la concorrente per ragioni assolutamente inconsistenti sotto il profilo della sostenibilità dell'offerta economica, alla luce del carattere irrisorio, rispetto all'importo del contratto, degli oneri di sicurezza aziendali), sulla base del mero rinvio alle statuizioni di rigetto dei primi due motivi, sebbene tra tali mezzi non vi fosse alcun collegamento funzionale, avendo la ricorrente formulato censure del tutto autonome e distinte.

7. L'appello è fondato nei limiti di seguito indicati.

8. Va in primo luogo respinto, perché infondato, il primo motivo di gravame.

8.1. Non può, infatti, condividersi l'assunto dell'appellante principale secondo cui l'oggetto del contratto di assicurazione costituirebbe un servizio di natura intellettuale, come tale sottratto *ex lege* dall'obbligo di indicare nell'offerta economica i costi aziendali in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

8.2. Va, al riguardo, anzitutto osservato che il richiamo da parte della sentenza al proprio precedente in termini (di cui a T.a.r. Lazio, II *quater*, n. 11717 del 2018) non è suscettibile di refluire in un vizio della decisione. Invero, la sentenza appellata ha vagliato le argomentazioni prospettate dalla ricorrente e, con motivazione adeguata, idonea ad illustrare l'*iter* logico della decisione di rigetto del corrispondente motivo di impugnazione, ha compiutamente esternato le ragioni per cui esse non potevano trovare accoglimento e per le quali i servizi assicurativi non rientravano tra quelli di natura intellettuale, specificamente esclusi dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 dall'obbligo legale di separata indicazione degli oneri di sicurezza.



8.3. Come noto il Codice dei contratti pubblici non contiene una specifica definizione di servizi di natura intellettuale.

8.4. In linea generale, la giurisprudenza ha chiarito che *“in coerenza alla ratio dell’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un’attività è l’impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l’impossibilità di calcolarne il costo orario”* e che non può essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che *“ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali”* o che *“non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate”*(cfr. Cons. Stato, III, 19 marzo 2020, n. 1974).

Deve, dunque, evidenziarsi come per servizi di natura intellettuale si intendono quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all’organizzazione di mezzi e risorse; per altro verso, va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l’esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l’elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l’esecuzione di meri compiti standardizzati.

Sulla base di questi principi sono stati ricondotti, in particolare, alla categoria dei servizi di natura intellettuale: il servizio di consulenza assicurativa e brokeraggio (Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1051; VI, 1 agosto 2017, n. 3857); l’attività di progettazione di opere pubbliche che non richieda sopralluoghi, misurazioni e rilievi che esponano a rischi specifici implicante l’adozione di misure di sicurezza a tutela dell’incolumità personale operante (su cui vedi

invece Cons. di Stato, VI, 13 luglio 2016, n. 3139); il servizio di fornitura e manutenzione di un *software* gestionale (Cons. di Stato, VI, 8 maggio 2017, n. 2098); l'attività di interpreti e traduttori di lingue straniere anche se prestata in scuole (Cons. Stato, V, 19 gennaio 2017, n. 223).

8.5. Alla luce di tali coordinate interpretative che emergono dall'esame dei precedenti giurisprudenziali resi sul punto, ritiene il Collegio che correttamente la sentenza appellata abbia escluso la natura intellettuale dei servizi assicurativi, rilevando come, per un verso, la natura intellettuale della prestazione non si esaurisca nel suo carattere immateriale, occorrendo anche che essa sia prevalentemente caratterizzata dal profilo professionale, e dunque personale della prestazione resa, e, per altro verso, che non costituisca a tal fine elemento dirimente il luogo in cui le prestazioni devono essere svolte.

8.6. Su queste basi, bene la sentenza appellata ha rilevato come l'esercizio dei servizi di copertura assicurativa oggetto di affidamento costituisca un'attività connotata dall'assoluta prevalenza dell'elemento aziendale che, a differenza del servizio di *brokeraggio*, non concerne un'attività di consulenza né si svolge esclusivamente nei locali dell'impresa prestatrice del servizio, ma implica una serie di attività materiali e giuridiche inserite in una complessa organizzazione aziendale, in cui difetta un apporto professionale e personale del singolo operatore.

Per tali ragioni, non può condividersi quanto sostiene il r.t.i. appellante sulla sostanziale identità tra i servizi assicurativi e l'attività di *brokeraggio*, per la quale la giurisprudenza ha, come detto, ritenuto che venga in rilievo un'attività intellettuale, svolta per lo più nei locali

dell'impresa prestatrice del servizio, in cui la consulenza assicurativa si esaurisce in se stessa, costituendo *“l' oggetto essenziale e (per chi riconosca la categoria concettuale) il contenuto esclusivo del contratto, senza comportare in via complementare, strumentale ed accessoria l'esecuzione di prestazioni materiali che esponano il personale ad eventuali rischi e pericoli”* (Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1051).

Il *broker* assicurativo è, infatti, un mediatore professionale che organizza una transazione tra un acquirente e un venditore, svolgendo la propria attività su incarico fiduciario del cliente, generalmente allo scopo di reperire sul mercato le soluzioni assicurative rispondenti alle esigenze di coloro che si affidano al suo servizio, remunerato poi alla conclusione dell'affare dalle compagnie di assicurazioni mediante provvigioni commisurate ai premi intermediati.

In particolare, secondo il Regolamento Isvap n. 5 del 2006 *“si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e che non hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione”*.

Pertanto, l'attività di brokeraggio o di intermediazione assicurativa si esaurisce in un'attività di consulenza professionale e precontrattuale indipendente, inerente all'individuazione, acquisto e gestione del prodotto allo scopo di fornire una copertura ad *hoc*, previa ricerca all'interno del mercato delle condizioni più idonee per il cliente, ed è subordinata soltanto all'iscrizione al registro degli intermediari presso l'Ivass; laddove soltanto le imprese di assicurazione svolgono attività soggette ad autorizzazione (consistenti nella realizzazione e nella distribuzione del prodotto) in presenza di elevati requisiti patrimoniali, sono sottoposte a vigilanza dell'Ivass (ex art. 11 e

seguenti del Codice delle assicurazioni) e devono perciò essere dotate di un'adeguata struttura aziendale composta da molteplici figure professionali per seguire la creazione del prodotto, la sua distribuzione e la complessa gestione (ivi inclusa l'attività di liquidazione del danno).

8.7. Ad ulteriore conferma dell'infondatezza di siffatta equiparazione, giova pure evidenziare che anche la *lex specialis* della presente gara, indetta per la copertura assicurativa degli infortuni del personale volontario che presta la propria attività a favore della Stazione appaltante, contiene specifiche previsioni che consentono di escludere la natura intellettuale dei servizi oggetto di affidamento.

Ed infatti, l'art. 51 del Capitolato tecnico prevedeva come servizi migliorativi dell'offerta l'apertura di un call center dedicato alla gestione delle pratiche, la nomina di un responsabile di un servizio e l'apertura di una sede centralizzata, richiedendo altresì all'appaltatore di garantire la presenza di proprio personale presso gli uffici della Croce Rossa per i servizi di assistenza nella gestione del contratto; a tali attività (non meramente accessorie e strumentali) vanno poi aggiunte quelle proprie di ogni servizio assicurativo (come le attività di segreteria amministrativa e tecnica e di liquidazione dei sinistri) che non possono ricondursi a prestazioni materiali del tutto trascurabili e prive di impatto sulla complessiva attività contrattuale.

8.8. È dunque alle concrete modalità di erogazione del servizio e alla sua natura composita, e non già a servizi simili o a gare analoghe che deve riguardarsi ai fini della qualificazione del servizio in oggetto, al fine di determinare la riconducibilità a servizi di natura intellettuale e, di conseguenza, l'esenzione dall'obbligo di specifica e separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale: il che va escluso

nella fattispecie in esame in cui l'oggetto dell'appalto ricomprende prestazioni materiali e giuridiche riconducibili ad una complessa ed articolata organizzazione aziendale e imprenditoriale, nella quale difetta la prevalenza dell'elemento professionale e, dunque, personale delle attività rese dalla compagnia di assicurazioni.

8.9. In conclusione, il primo motivo di appello è infondato e va respinto.

9. È altresì infondato il terzo motivo di appello.

9.1. Una volta acclarato che i servizi assicurativi messi a gara non sono qualificabili come servizi aventi natura intellettuale e che per essi non opera l'eccezionale esenzione dall'obbligo legale di indicazione degli oneri della sicurezza (a prescindere da uno specifico richiamo, contenuto nella *lex specialis* della procedura, a tale obbligo e alla espressa previsione di una sanzione espulsiva), a ragione la sentenza appellata ha ritenuto che non rilevasse ai fini dell'illegittimità del gravato provvedimento di esclusione l'esiguità di tali oneri in rapporto al valore complessivo del contratto: l'irrilevanza di tali costi e la loro asserita trascurabilità (desumibile dalla circostanza che la stessa controinteressata abbia esposto costi del tutto irrisori rispetto all'importo del contratto) non vale, infatti, a superare l'obbligo in parola né consente di ritenere attivabile il soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante.

9.2. Un conto è infatti l'aver previsto nel disciplinare di gara, ai fini dell'ammissione al confronto concorrenziale, requisiti di capacità economica e finanziaria particolarmente rigorosi (non contestati in sé, ma quali meri parametri di illogicità dell'azione amministrativa); altro è invece dolersi dell'esclusione subita per una violazione di carattere formale, a prescindere da ogni verifica della regolarità

sostanziale o della sostenibilità dell'offerta nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

9.3. La specifica quantificazione degli oneri di sicurezza aziendali e la loro asserita inconsistenza è, infatti, ininfluenta sul piano dell'individuazione del perimetro di applicabilità dell'obbligo di indicazione, così come della natura intellettuale o meno della prestazione oggetto di gara, rilevando esclusivamente in sede di valutazione della concreta affidabilità dell'offerta riservata all'Amministrazione, elemento estraneo alla controversia oggetto di giudizio.

Ritenuto, dunque, che, nel caso di specie, sussisteva l'obbligo *ex lege* di indicare espressamente nell'offerta gli oneri per la sicurezza aziendale la cui violazione dava luogo all'esclusione della concorrente senza che fosse consentito il ricorso al soccorso istruttorio non rileva la loro inconsistenza né può inferirsi dalla loro esiguità, rapportata alla previsione degli stringenti requisiti di partecipazione su indicati, la sussistenza di illogicità o di profili di irragionevolezza nella condotta della Stazione appaltante.

10. È invece fondato e va accolto il secondo motivo di appello.

10.1. Con tale mezzo si impugna la sentenza nella parte in cui ha escluso l'ambiguità degli atti di gara e la conseguente necessità del ricorso al soccorso istruttorio, in quanto *“l'allegato sull'offerta a pagina 1 reca la esplicita e inequivocabile dicitura “la Dichiarazione dell'offerta dovrà contenere la specifica indicazione del costo relativo all'offerta economica”.*

10.2. Le motivazioni della sentenza appellata non sono sul punto condivisibili.

10.3. È vero, infatti, che come rammentato dai primi giudici, la giurisprudenza di questo Consiglio (Ad. Pen. 24 gennaio 2019, n. 3),

nel pronunciarsi a favore dell'indirizzo più rigoroso, comportante l'insanabilità dell'omissione dichiarativa in parola (in applicazione del principio di *par condicio competitorum*), ha affermato che *“la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l'esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all'obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. soccorso istruttorio”*, non potendo neppure sostenersi la tesi secondo cui una clausola escludente potrebbe operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a previsioni di legge sufficientemente chiare e conoscibili, come l'articolo 95, comma 10, citato; e che, per altro verso, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (alla quale era stata rimessa dalla stessa Adunanza Plenaria, con l'ordinanza citata, questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE), nel pronunciarsi sulla questione precedentemente posta dal T.a.r Lazio (con ordinanza n. 4562 del 24 aprile 2018), ha affermato che *“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di*

*appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione*” (C. Giust. UE, IX, 2 maggio 2019 C-309/18).

10.4. Sulla base della pronuncia della Corte di giustizia, può dunque considerarsi definitivamente chiarito (come correttamente ritenuto anche dalla sentenza appellata) che *“l’automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell’offerta economica dei costi inerenti alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici è conforme al diritto europeo”* (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604): conclusioni a cui la Corte è giunta sulla base del duplice rilievo che, da un lato, l’art. 83, comma 9, cit. non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l’offerta tecnica o economica, e, dall’altro, qualsiasi operatore economico *“ragionevolmente informato e normalmente diligente”* si presume a conoscenza dell’obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta (cfr. Cons. di Stato, n. 604 del 2020, cit.).

10.5. Tuttavia, la sentenza appellata non può essere seguita quando, dopo aver richiamato le su indicate statuizioni contenute nella prima parte della citata pronuncia della Corte di Giustizia del 2019, tralascia di considerare le rilevanti conseguenze che, nella seconda parte, la Corte, in ossequio ai principi di trasparenza e proporzionalità, ha tratto per l’ipotesi che la mancata indicazione separata degli oneri per la sicurezza, come nella fattispecie, sia stata indotta dalla documentazione di gara.

10.6. Nella richiamata sentenza, la Corte di Giustizia UE ha, infatti, altresì statuito che *“se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non*



*ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”.*

La Corte ha, in particolare, premesso che dalle osservazioni scritte sottoposte dalle parti emergeva che il modulo predisposto che gli offerenti dovevano obbligatoriamente utilizzare “*non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera*” e che “*il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava pure che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice*”: su queste premesse ha dunque concluso che spettava al giudice del rinvio, competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione di gara, “*verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del suddetto codice*”, al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio.

10.7. Orbene, ritiene il Collegio che ricorrono qui le fattispecie che, in base alla sentenza della Corte di Giustizia, consentono di sanare la carenza dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della Stazione appaltante.

10.8. Sebbene, infatti, l'allegato 1 dell'offerta recante le “*modalità di presentazione dell'offerta economica*” richiamasse espressamente l'obbligo di specifica indicazione del costo relativo alla sicurezza, deve ritenersi che tale elemento non sia di per sé dirimente al fine di escludere, nel caso di specie, l'eccezionale ricorso al soccorso istruttorio, in deroga alla regola dell'esclusione automatica dell'offerta priva di tale separata

indicazione: per un verso, ricorreva qui l'ipotesi di materiale impedimento nell'assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere; per altro verso la normativa di gara, per la natura anfibologa di talune specifiche previsioni, era idonea a ingenerare una confusione nei concorrenti (cfr. in termini Cons. di Stato, V, 4 ottobre 2019, n. 6688).

In particolare, ai sensi dell'art. 5.1.3. del Disciplinare di gara era previsto che *“nella busta C-Offerta economica il concorrente dovrà inserire, a pena di esclusione, la dichiarazione di offerta conforme al “Modello di offerta economica” previsto per ciascun lotto e allegato al relativo Capitolato tecnico. Si precisa che la dichiarazione di offerta, a pena di esclusione dalla gara, non dovrà contenere: integrazioni di alcun genere”*.

Alla luce di tali previsioni, deve allora rilevarsi come i concorrenti fossero vincolati nella formulazione dell'offerta ad uno schema rigido, in quanto essa doveva essere, a pena di esclusione, conforme al *“modello di offerta economica”* predisposto dalla Stazione appaltante e allegato alla normativa di gara (con le indicazioni e precisazioni ivi elencate), ma che non conteneva tuttavia alcuno spazio fisico per indicare la voce di costo inerenti agli oneri di sicurezza (come, del resto, riconosciuto dalla stessa sentenza appellata) e non poteva, pena l'esclusione, recare integrazioni di sorta.

Insomma, tale congerie di regole, quanto alla valenza dei modelli di domanda predisposti dalla stazione appaltante (il cui utilizzo era dunque obbligatorio nella presentazione dell'offerta e formalmente imposto dalla *lex specialis*), *“non si profila né omogenea né improntata alla necessaria chiarezza”*: in particolare, essa è sul punto oggettivamente idonea a ingenerare nei partecipanti il dubbio in ordine

all'individuazione di quali siano le non conformità delle offerte rispetto ai modelli allegati soggette alla sanzione espulsiva e, pertanto, a causare il plausibile timore di subire la predetta conseguenza negativa in caso di presentazione di una domanda contenente modifiche o "integrazioni" non consentite al modello allegato alla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, V, n. 6688/2019 cit.).

10.9. A fronte di tali ambigue e perplesse disposizioni della *lex specialis* di gara non vale, dunque, osservare che l'allegato recante le modalità di presentazione dell'offerta economica richiedesse la separata indicazione degli oneri di sicurezza (peraltro senza corredare espressamente siffatto obbligo di espressa sanzione): si tratta, infatti, di argomentazione suggestiva, ma non convincente.

L'offerta presentata doveva, infatti, essere necessariamente conforme al modello che non recava però un'esplicita voce sugli oneri della sicurezza e la cui alterazione (mediante "*integrazione di qualsiasi genere*") avrebbe senz'altro determinato, per espressa previsione del disciplinare, l'esclusione dalla procedura.

L'oggettiva ambiguità delle previsioni relative agli oneri di sicurezza e gli errori che possono esserne derivati nella formulazione dell'offerta non possono, dunque, ridondare in danno dei concorrenti che sul tenore letterale di siffatte previsioni hanno fatto affidamento e ad esse si sono scrupolosamente attenute, redigendo l'offerta conformemente al modello predisposto dalla Stazione appaltante, senza apportarvi, come espressamente richiesto, alcuna integrazione.

In conclusione, doveva essere consentito all'offerente Axa di sanare la propria situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, consentendole di indicare separatamente i propri costi per gli oneri di sicurezza aziendale,

mediante il ricorso nella fattispecie al rimedio del soccorso istruttorio, fatta salva la verifica, all'esito, da parte della Stazione appaltante del rispetto "sostanziale" di tali obblighi di legge al fine di accertare l'attendibilità e serietà, sotto tale profilo, dell'offerta: ciò in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza, se l'insanabilità dell'omissione dichiarativa in questione privilegia il principio di *par condicio competitorum*, deve pure considerarsi che i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del *Codice dei contratti pubblici*, richiedono, in caso di equivocità delle disposizioni della legge di gara che prevedono cause di esclusione, di preferire "l'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione" (in tal senso Cons. di Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554).

11. In conseguenza dell'accoglimento dell'appello principale di Axa Assicurazioni nei limiti sopra indicati, va dunque qui esaminato l'appello incidentale condizionato con cui Generali Assicurazioni ha riproposto due dei tre motivi (segnatamente il primo e il terzo) del ricorso incidentale di primo grado (ritenuto tempestivo, ma dichiarato improcedibile per carenza di interesse e non scrutinato dalla sentenza appellata).

In particolare, Generali è tornata a censurare la carenza del requisito di idoneità professionale dello svolgimento di almeno un servizio analogo a favore di soggetti di diritto privato rientranti nel c.d. Terzo Settore ai sensi della legge 6 giugno 2016, n. 106 (*"Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale"*) e della legge 6 marzo 2001, n. 64 (*"Istituzione del servizio civile nazionale"*), nonché la violazione dell'art. 80 del d.lgs.

n. 50 del 2016, per omessa produzione delle dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti morali in capo ai Sindaci da parte di una società componente del r.t.i. AXA.

12. Deve essere, in primo luogo, scrutinata l'eccezione, respinta dal Tribunale amministrativo e qui riproposta da Axa Assicurazioni, di inammissibilità per tardività del ricorso incidentale in quanto notificato il 5 febbraio 2019 avverso l'ammissione delle ricorrenti (disposta con verbale n. 2 del 25 luglio 2018).

12.1. L'eccezione è infondata.

12.2. La sentenza appellata ha anzitutto rilevato che la controinteressata Generali ha notificato il ricorso incidentale solo dopo aver ottenuto l'accesso alla documentazione amministrativa del raggruppamento ricorrente: su queste premesse e richiamati i principi affermati dalla giurisprudenza (in particolare, dalla recente sentenza di questa Sezione, 5 aprile 2019, n. 2243 e da una pronuncia della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 2019), ha dunque correttamente ritenuto la ricevibilità del ricorso incidentale in applicazione della regola giurisprudenziale secondo cui per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione è necessario conoscere i contenuti della documentazione presentata dall'operatore economico (cfr. tra le altre Cons. Stato, V, 31 ottobre 2018, n. 6187; IV, 21 marzo 2016, n. 1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588).

12.3. A quanto già bene evidenziato dal primo giudice, si aggiunga qui soltanto che l'appellante principale Axa si è limitata ad affermare in astratto l'esistenza dell'onere in capo alla controinteressata di attivarsi immediatamente per conoscere la posizione del raggruppamento ricorrente, già alla data della seduta di gara in cui

erano stati positivamente vagliati in capo a quest'ultimo i requisiti di ammissione (sicché il *dies a quo* per l'impugnazione ex art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm. era il 25 luglio 2018), senza attendere gli esiti della procedura né tantomeno la proposizione del ricorso principale avverso l'esclusione da parte di AXA, ma non ha allegato né tanto meno dimostrato l'esistenza degli elementi (quali, in particolare: la presenza alla seduta di ammissione di un legale rappresentante del r.t.i. Generali; la pubblicazione del provvedimento di ammissione con le modalità previste dall'art. 29 del Codice dei Contratti pubblici; la conoscenza anticipata da parte di quest'ultimo del mancato possesso in capo alla concorrente Axa dei requisiti di ammissione e dei vizi dedotti) che rendevano attuale e concreto l'onere di immediata impugnazione ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm.

12.4. È stato, infatti, chiarito dalla giurisprudenza che *“l'esigenza di “cristallizzazione” della platea dei partecipanti in un momento antecedente all'esame delle offerte implica, quanto più possibile, la sincronicità dei tempi delle differenti azioni giurisdizionali che i diversi partecipanti possono esperire, sincronicità che può essere tendenzialmente perseguita solo a partire dall'individuazione di un dies a quo per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione uguale per tutti i concorrenti e agevolmente individuato in quello di pubblicazione dei relativi provvedimenti, regola che, pur soffrendo di alcune eccezioni (mancata pubblicazione; conoscenza anticipata) delinea una sub-fase che attiene all'ammissione delle offerte e che comprende anche il loro esame estrinseco/formale, al fine di riscontrare l'assenza di irregolarità ovvero carenze documentali tali da comportarne l'esclusione a termini di lex specialis: con la conseguenza che tutte le ragioni di esclusione o mancata esclusione che attengono a questa fase preliminare della procedura devono essere sottoposte al vaglio*

*giurisdizionale, a pena di decadenza, mediante lo speciale rimedio processuale di cui al comma 2-bis dell'art. 120 del Cod. proc. amm., laddove tutte le ragioni di esclusione/mancata esclusione che siano emerse nella successiva fase di valutazione delle offerte ricevono tutela giurisdizionale mediante l'ordinario regime (pure esso, tuttavia, speciale) del processo appalti (Cons. Stato, III, 20 agosto 2018, n. 4983)."* (Cons. Stato, V, n. 2243/2019 cit.).

12.5. Nel caso di specie, tuttavia, nulla è stato dedotto dall'appellante principale Axa Assicurazioni, ai fini delle valutazioni sulla tempestività dell'impugnazione incidentale proposta da Generali, con riferimento alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi alla fase di ammissione, ai sensi dell'art. 29 del *Codice dei Contratti pubblici*, considerato peraltro che quest'ultima norma, per quanto concerne la procedura in esame (il cui bando è stato spedito per la pubblicazione il 6 aprile 2018), trova applicazione nella formulazione modificata dal d.lgs. n. 56 del 2017, contenente la previsione secondo cui il termine per l'impugnativa di cui al ridetto articolo 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm., decorre dalla data in cui sono resi, in concreto disponibili, corredati di motivazione, gli atti di ammissione ed esclusione.

12.6. Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, meritano conferma le statuizioni di prime cure che hanno ritenuto ricevibile il ricorso incidentale, decorrendo il relativo *dies a quo* per la sua proposizione dalla data in cui Generali Assicurazioni ha ottenuto l'accesso (richiesto il 22 gennaio 2019), in applicazione della regola giurisprudenziale secondo cui per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione è necessario conoscere i contenuti della documentazione presentata dall'operatore economico.

13. I motivi riproposti con l'appello incidentale, pur ammissibili, sono comunque infondati nel merito.

14. Con il primo mezzo, l'appellante incidentale torna a contestare l'ammissione del r.t.i. Axa Assicurazione per violazione dell'art. 4.1. del disciplinare di gara ed eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria, lamentando che le ricorrenti principali avrebbero indicato, quali committenti del servizio analogo a quello di cui al presente appalto, soggetti che non rientrano nelle previsioni del disciplinare in quanto non riconducibili ad "*Enti/Associazioni di cui alla L. 106/2016 e L. 64/2001*" facenti parte del c.d. Terzo settore, cui appartiene l'Associazione della Croce Rossa Italiana (secondo quanto precisato da quest'ultima con il chiarimento n. 3).

14.1. Le argomentazioni prospettate non possono trovare accoglimento.

14.2. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante incidentale, le tre società facenti parte del r.t.i. Axa hanno svolto nell'ultimo biennio un servizio a favore di soggetti di diritto privato rientranti nel c.d. Terzo settore ai sensi della legge n. 106 del 2016.

14.3. In particolare, l'art. 1 comma 1 di tale normativa dispone *che "per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi"*.

Sono, dunque, quattro i requisiti che integrano un soggetto qualificabile come ente o associazione facente parte del c.d. Terzo settore ai sensi della legge n. 106 del 2016 (e segnatamente: *a*) la



natura privata del soggetto; *b*) l'assenza di scopo lucro; *c*) le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale in concreto perseguite e sottese all'attività promossa e realizzata; *d*) lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso (alternativamente) l'azione volontaria e gratuita, o la mutualità o la produzione e scambio di beni e servizi): requisiti tutti sussistenti nei tre soggetti dichiarati dalle singole componenti del raggruppamento AXA.

14.4. In dettaglio, deve infatti rilevarsi (come puntualmente dedotto dalla difesa dell'appellante principale) che:

- la Fondazione Teatro dell'Opera di Roma Capitale, dichiarata dalla Società AXA Assicurazioni s.p.a., è disciplinata dal d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367 (*“Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato”*), il cui art. 1 dispone che tali fondazioni sono soggetti diritto privato e il cui art. 3 prevede espressamente che le stesse *“perseguono, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività”*.

- la Federazione Italiana Tennis da Tavolo (FITET), dichiarata dalla Società HDI Assicurazioni s.p.a., è disciplinata dal d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 (*Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano - CONI, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*), il cui art. 14, comma 2, dispone che tali Federazioni *“hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato, esse non perseguono fini di lucro”* e, come affermato dalla giurisprudenza richiamata dall'appellante AXA, esse svolgono attività di interesse generale di utilità sociale (tale essendo la promozione ed organizzazione dello sport) e, peraltro, mutualistico a favore degli affiliati e tesserati;

- la Cassa di assistenza sanitaria, cui ha aderito la Banca del Mezzogiorno Medio Credito Centrale, dichiarata dalla Società Poste Assicura s.p.a., ha autonoma soggettività giuridica, trattandosi di associazione di diritto privato, autonoma e distinta rispetto alla detta Banca (di cui, pertanto, non condivide affatto la personalità giuridica di società di capitali), che svolge attività di interesse generale di tipo mutualistico a favore dei propri iscritti e ai familiari aventi diritto, al fine di concorrere alle spese dagli stessi sostenute per fruire di prestazioni sanitarie fornite da soggetti non operanti nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale od anche erogate nell'ambito di quest'ultimo.

14.5. In conclusione, per le associazioni e gli enti rispettivamente dichiarati dalle società del raggruppamento Axa ai fini della dimostrazione del prescritto requisito di idoneità professionale sono presenti tutti gli elementi richiesti dalla legge ai fini della loro riconducibilità alla definizione normativa del c.d. Terzo settore (trattandosi di soggetti di diritto privato che, senza scopo di lucro, promuovono e realizzano attività di interesse generale e di utilità sociale, con finalità civiche, culturali o mutualistiche a favore dei propri iscritti e associati): dal che l'infondatezza del primo motivo di censura dell'appello incidentale.

15. Con il secondo mezzo Generali Assicurazioni ripropone il terzo motivo del ricorso incidentale di prime cure con cui lamentava che una delle componenti del raggruppamento, HDI Assicurazioni s.p.a., in violazione dell'art. 80 del *Codice dei contratti pubblici*, richiamato sul punto dall'art. 4.1. del Disciplinare, non avrebbe fornito le dichiarazioni attestanti il possesso dei c.d. requisiti morali, necessari ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, dei Sindaci

(sia dei componenti titolari che di quelli supplenti del Collegio sindacale), sebbene la sussistenza di detti requisiti debba essere verificata anche in capo a questi ultimi, in quanto organi di vigilanza e di controllo, provvisti dei relativi poteri (non limitati al mero controllo contabile), all'interno delle società di capitali con sistema di amministrazione tradizionale.

15.1. L'assunto è infondato.

15.2. Non si contesta, infatti, la mancanza dei requisiti in capo ai Sindaci della su indicata società (non avendo Generali né allegato né provato alcunché al riguardo), bensì la mancata dichiarazione in merito al loro possesso, costituente mera irregolarità formale, sanabile attraverso il ricorso al soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

16. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello principale di Axa Assicurazioni va accolto nei limiti di cui in motivazione, mentre va respinto in quanto infondato l'appello incidentale proposto dal r.t.i. Generali.

17. Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità e novità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così decide:

- accoglie l'appello principale nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, accoglie il ricorso principale di primo grado;
- respinge l'appello incidentale.

Compensa integralmente tra le parti costituite le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020 tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Angela Rotondano**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**