



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Berkshire Hathaway International Insurance Limited Rappresentanza Generale per l'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli, Maria Alessandra Bazzani, Francesca Maria Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio dell'avvocato Valerio Zimatore, in Catanzaro, alla via Buccarelli, n. 49;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Marafioti, con domicilio eletto presso l'Avvocatura regionale, in Catanzaro, alla Cittadella regionale; Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della Regione Calabria, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale

dello Stato di Catanzaro, domiciliato presso gli uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

nei confronti

AmTrust Assicurazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata e Alfredo Gualtieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio di quest'ultimo, in Catanzaro, alla via Vittorio Veneto, n. 48; A.O. Bianchi Melacrino Morelli, A.O. Cosenza, A.O. Pugliese Ciaccio, A.O.U. Mater Domini, Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, Azienda Sanitaria Provinciale di Crotone, Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del decreto del dirigente generale della Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria del 21 dicembre 2021, n. 13335, avente ad oggetto *“Procedura aperta con modalità telematica per l'affidamento del servizio di copertura assicurativa RCT/O per le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Calabria” Aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i.*”, recante l'aggiudicazione della predetta procedura in favore di AmTrust Assicurazioni S.p.a., comunicato a Berkshire Hathaway International Insurance Limited in pari data, con comunicazione a mezzo piattaforma SISGAP, che parimenti si impugna;
- di tutti i verbali della procedura, tutti completi dei relativi allegati, e in particolare del verbale della seduta del 7 dicembre 2021, del verbale di gara n. 1 del 17 dicembre 2021, del verbale di gara n. 2 del 17 dicembre 3 2021, compresa la graduatoria ivi formata e di ogni ulteriore verbale di gara;

- del disciplinare di gara e, ove occorra, del bando, del capitolato tecnico e degli ulteriori elaborati della *lex specialis*;

- nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso, ivi compreso il decreto di indizione e approvazione atti del 4 novembre 2021, n. 11264, la delibera a contrarre e il decreto dirigenziale del 9 dicembre 2021, n. 12636, recante ammissioni ed esclusioni;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'amministrazione contraente e l'aggiudicataria, manifestando sin d'ora la disponibilità al subentro.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria, del Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della Regione Calabria e dell'Amtrust Assicurazioni S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2022 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Berkshire Hathaway International Insurance Limited – Rappresentanza Generale per l'Italia, contesta, con ricorso seguito da motivi aggiunti, l'esito della gara, gestita dalla Regione Calabria quale Stazione Unica Appaltante, per la fornitura alle aziende sanitarie e ospedaliere della Calabria del servizio di copertura assicurativa RCT/O.

1.1. – In particolare, il concorrente ricorrente domanda l'annullamento dell'aggiudicazione per i motivi di seguito sintetizzati.

I) Violazione lex specialis. Sviamento. Violazione par condicio. Violazione art. 30 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 42 D.Lgs. 50/2016. Violazione l'art. 24 Direttiva 2014/24/UE. Violazione artt. 93 e 103 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 97 cost.

La garanzia provvisoria presentata dall'aggiudicataria è stata fornita da Elba Assicurazioni S.p.a. per il tramite di AON S.p.a. Insurance & Reinsurance Brokers. Tale impresa, però, è anche quella di cui la Regione Calabria si avvale per la gestione ed esecuzione dell'assicurazione RCT/RCO, la cui remunerazione è a carico della compagnia assicuratrice aggiudicataria.

Vi sarebbe, dunque, un conflitto di interesse rilevante, in quanto si sarebbe verificata la commistione tra i soggetti coinvolti nella procedura di affidamento e quelli coinvolti nell'affidamento medesimo.

II) Violazione lex specialis. Illogicità. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Travisamento.

L'offerta dell'aggiudicataria non sarebbe conforme al bando, in quanto nella busta telematica contenente l'offerta economica è indicato il costo del personale nella misura di € 13.977.745,76, quanto l'art. 27.4 del disciplinare di gara prevedeva a pena di esclusione che il valore di questa voce dovesse essere 0.

Inoltre, nell'offerta di AmTrust non si trova: la dichiarazione di sottoscrizione del 100% dei rischi e la dichiarazione di vincolo all'offerta per 240 giorni.

1.2. – In via subordinata, chiede l'annullamento dell'intera gara per le seguenti ragioni.

III) Illogicità. Sviamento. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Difetto del presupposto. Travisamento. Irragionevolezza. Violazione principio di proporzionalità. Violazione par condicio.

Violazione art. 95 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 1 legge 241/1990. Violazione art. 97 Cost.. Violazione art. 30 D.Lgs. 50/2016.

La formula adoperata per calcolare il punteggio attribuito al criterio di valutazione n. 7 “*Franchigia per sinistro*” dell’offerta tecnica è, a differenza degli altri criteri di valutazione, determinato secondo la seguente formula: “- *Franchigia pari a 250.000 euro punti 0 - Franchigia inferiore a 250.000 euro il punteggio verrà attribuito mediante la formula: $20 * (V_{max} / V_i)$ dove V_{max} è il valore di franchigia offerto dai concorrenti più conveniente per l’Amministrazione e V_i è il valore di franchigia offerto dal concorrente “iesimo”*”.

Tale formula avvantaggerebbe eccessivamente chi offra la franchigia comparativamente più bassa, indipendentemente dalla reale significatività di tale aspetto dell’offerta tecnica.

Ed in effetti, nel caso di specie l’aggiudicataria, proponendo un ribasso di soli € 1.000,00 per sinistro rispetto alla franchigia, ha ottenuto 20 punti (sui 70 attribuibili all’offerta tecnica), mentre la ricorrente, che ha ritenuto di non dover diminuire la franchigia, ha ottenuto 0 punti.

Peraltro, l’applicazione di tale formula ha avuto come effetto che la diminuzione di soli € 1.000,00 per sinistro della franchigia ha determinato la sterilizzazione del rilevante risparmio di spesa (di circa € 1.600.000,00) che per l’amministrazione avrebbe comportato l’aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Ancora più in radice, parte ricorrente assume che il criterio di valutazione *de quo* dovrebbe appartenere non già al profilo tecnico dell’offerta, bensì al suo profilo economico. Inserito, però, nel contesto dell’offerta tecnica, tale criterio di valutazione ha alterato la proporzione tra la componente tecnica e la componente economica dell’offerta.

IV) Violazione lex specialis come in esposizione. Difetto di motivazione. Difetto di istruttoria. Travisamento. Difetto del presupposto. Errore di fatto. Violazione art. 1 legge 241/1990. Violazione art. 97 Cost.. Violazione art. 30 D.Lgs. 50/2016.

L'elemento di valutazione n. 10 prevede l'assegnazione di un punteggio sino a 8 per il "percorso formativo a favore del personale delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della Regione Calabria". Il disciplinare di gara precisa che "ai fini della valutazione saranno considerate: adeguatezza, esaustività e contestualizzazione e le modalità operative offerte". Si tratterebbe, invero, di un criterio di valutazione piuttosto generico, che avrebbe necessitato della puntuale giustificazione, da parte del seggio di gara, del punteggio attribuito. Non-dimeno, non vi sarebbe un'adeguata motivazione alle valutazioni operate dalla commissione valutatrice.

1.3. – Con primi i motivi aggiunti deduce un ulteriore motivo.

V. Violazione art. 83 D.Lgs. 50/2016. Illogicità. Irragionevolezza. Sviamento. Violazione principio proporzionalità. Violazione par condicio. Contraddittorietà. Violazione art. 30 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 97 Cost.. Difetto di motivazione. Violazione art. 45 bis D.Lgs. 209/2005. Violazione art. 45 quater D.Lgs. 209/2005. Violazione artt. da 45 bis a 51 D.Lgs. 209/2005.

Il disciplinare di gara consente una modalità alternativa di dimostrazione della capacità economica, e cioè l'attestazione di "un indice di solvibilità che deve essere pari o superiore al 1% (unopercento)".

Si tratterebbe, però, di un indice inadeguato a dimostrare la solidità economica, atteso che corrisponde al requisito minimo di legge richiesto in Italia per poter operare come compagnia di assicurazioni in base agli artt. da 45 bis a 51 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, recante il Codice delle Assicurazioni Private.

Peraltro, si tratterebbe di un indice piuttosto volatile, e come tale inidoneo a dimostrare la capacità economica.

Poiché l'aggiudicataria si è avvalsa di tale modalità di dimostrazione della propria capacità economica, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. In via subordinata, è l'intera gara ad essere illegittima e a dover essere annullata.

1.4. – Sono stati proposti anche secondi motivi aggiunti

VI. Violazione divieto modifica offerta. Violazione par condicio. Sviamento. Violazione lex specialis come in esposizione. Violazione principio di segretezza. Violazione art. 30 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 97 Cost.. Violazione art. 1 legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione art. 106 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 32 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 76 D.Lgs. 50/2016.

L'art. 31 del contratto stipulato recepisce, con riferimento al programma di formazione, le previsioni del Capitolato di Polizza, senza contenere però le proposte migliorative che pure erano state formulate dalla controinteressata in sede di gara.

Si sarebbe verificata, così, un'illegittima modifica della prestazione offerta.

2. – Si è costituita la Regione Calabria, difendendo il proprio operato quale Stazione Unica Appaltante.

Si è costituito il Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della Regione Calabria, eccedendo la propria estraneità alla controversia.

3. – AmTrust Assicurazioni S.p.a., nel costituirsi e resistere all'avversa pretesa, ha proposto ricorso incidentale.

Con esso si assume che Berkshire Hathaway avrebbe violato l'art. 95, comma 10 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per aver indicato i costi di manodopera in misura pari a

0, difformemente dalla previsione legislativa che richiede l'indicazione dei costi della manodopera.

4. – Il ricorso è stato trattato nel merito e spedito in decisione all'udienza pubblica del 13 aprile 2022.

5. – Va preliminarmente rilevato che il Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della Regione Calabria non ha svolto alcun ruolo nel contesto della procedura di evidenza pubblica.

Esso, pertanto, è privo della legittimazione passiva al giudizio, e il ricorso deve essere dichiarato inammissibile nella misura in cui sia stato proposto nei suoi confronti.

6. – I primi due motivi di ricorso sono infondati.

6.1. – Quanto alla prima censura, AON S.p.a. si è limitata a coadiuvare l'aggiudicatario nel reperimento sul mercato della garanzia assicurativa, senza che questa attività possa aver influito sulla determinazione dell'offerta da parte di tale soggetto, sicché non si configura – nemmeno in via potenziale – un conflitto di interessi.

6.2. – Quanto al secondo motivo, l'art. 6 del disciplinare prevede la presentazione di una dichiarazione di impegno a garantire il 100% dei rischi solo per il caso di coassicurazione, ipotesi che nel caso di specie non ricorreva.

L'art. 13, dal canto suo, chiarisce che l'offerta vincolerà il concorrente, ai sensi dell'art. 32, comma 4 d.lgs. n. 50 del 2016, per almeno 240 giorni dalla scadenza del termine indicato per la presentazione dell'offerta, ma non prevede che il concorrente dichiari tale impegno, che deriva direttamente dalla legge speciale di gara.

6.3. – Rimanendo al secondo motivo di ricorso, cui corrisponde il contrario motivo di ricorso incidentale, il Tribunale rileva che la legge di gara imponeva l'indicazione del valore 0 nella voce relativa ai costi della manodopera, in difformità da quanto invece specificato dall'art. 95, comma 10 d.lgs. n. 50 del 2010.

La società ricorrente si è pienamente conformata alla *lex specialis*, indicando un importo uguale a 0. Dunque, deve escludersi che fosse necessario disporre l'esclusione, in ossequio ai principi dettati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE, Sez. IX, 2 maggio 2019 in causa C-110/2019, fatta propria da Cons. Stato, Ad Plen.2 aprile 2020, n. 7), per cui, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi della manodopera 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.

Risulta pertanto infondato il ricorso incidentale.

Di converso, nemmeno può essere ipotizzata l'esclusione della AmTrust, che dal canto suo si è conformata alla previsione legislativa.

7. – Risultano invece fondati sia il terzo motivo del ricorso principale che i motivi aggiunti.

7.1. – Innanzitutto, il terzo motivo è tempestivo, in quanto, non essendo rivolto avverso una clausola escludente, non avrebbe potuto essere proposto in un momento antecedente a quello di contestazione degli esiti della gara (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2021, n.1804).

Nel merito, va ricordata la consolidata giurisprudenza (cfr. per tutti Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498) per cui la scelta operata dall'amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché

sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili.

Laddove i criteri siano definiti con formule (fenomeno invero più frequente nella valutazione dell'offerta economica) esse debbono essere tali da assicurare un'attribuzione proporzionale del punteggio rispetto alla vantaggiosità di quell'aspetto dell'offerta presa in considerazione (cfr., con riferimento all'offerta economica, TAR Emilia – Romagna - Bologna, Sez. I, 2 dicembre 2019, n. 915; TAR Lazio – Roma, Sez. II, 24 marzo 2016, n. 3756).

Ebbene, nel caso di specie, la formula prescelta si rivela illogica in quanto essa è idonea a determinare, come è avvenuto nel caso di specie, un vantaggio nell'attribuzione del punteggio del tutto sproporzionato rispetto alla differenza di qualità tra le offerte.

E in effetti, a fronte di una franchigia più bassa del 1.000,00 rispetto alla franchigia-base di € 250.000,00 (pari allo 0,4%), vi è stata l'attribuzione di ben 20 punti sui 70 riservati all'offerta tecnica.

Un simile effetto pregiudica la finalità di *“permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto quale definito nelle specifiche tecniche”* (considerando n. 92 della 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).

È ben vero che – come sottolineato dalla controinteressata – è stata una precisa scelta della ricorrente quella non offrire una franchigia più bassa di quella prevista nella legge di gara, accettando così di ricevere 0 come punteggio per tale voce di valutazione.

Ma tale rilievo e l'invocazione del principio di autoresponsabilità non valgono a rendere logico e razionale un criterio di valutazione dell'offerta tecnica che, come già sottolineato, assegna un punteggio assai rilevante (20 punti) a fronte di un minimo vantaggio per l'amministrazione.

7.2. – Quanto al quinto motivo di ricorso, è pacifico che un indice di solvibilità pari al 100% corrisponde al requisito minimo richiesto dalla legge per l'esercizio dell'attività assicurativa.

Ne deriva che tale criterio di dimostrazione della capacità economica, prescelto dalla controinteressata, non è idoneo a selezionare soggetti aventi capacità economiche coerenti con il servizio messo a gara.

7.3. – L'accoglimento dei due motivi sopra individuati comporta la necessità di ripetizione della gara sin dalla predisposizione del bando.

Il quarto motivo del ricorso principale e i secondi motivi aggiunti rimangono quindi assorbiti.

Risulta superflua, altresì, l'istanza istruttoria formulata da parte ricorrente.

8. – Risulta che nelle more del giudizio il contratto sia stato stipulato.

8.1. – In proposito, parte ricorrente ha lamentato la violazione della regola del c.d. *standstill*, fissata dall'art. 32, comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016, nonché degli obblighi di comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. *d*) del medesimo testo normativo.

Rileva il Tribunale che, in realtà, la stipula del contratto di assicurazione tra la Regione Calabria e la AmTrust deve essere inquadrata nell'istituto della consegna anticipata di cui all'art. 32, comma 8 d.lgs. n.50 del 2018, espressamente autorizzata dall'art. 8, comma 1 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. con l. 11 settembre 2020, n. 120, finalizzata a garantire la persistenza della copertura assicurativa per la

responsabilità civile delle aziende sanitarie e ospedaliere della Calabria. Infatti, il servizio assicurativo non poteva essere reso che mediante la stipula del contratto di assicurazione.

Non vi è stata, pertanto, violazione delle regole di c.d. *standstill*.

8.2. – Nondimeno, il contratto stipulato deve essere dichiarato inefficace.

Al fine di assicurare in ogni caso la copertura assicurativa per la responsabilità civile delle aziende sanitarie e ospedaliere della Calabria, occorre però differire nel tempo l'inefficacia del contratto sino al 31 dicembre 2022, o, se anteriore, sino alla stipula di un nuovo contratto all'esito della rinnovata procedura di evidenza pubblica.

9. – Le spese di lite sono regolate secondo il principio della soccombenza tra Berkshire Hathaway da un lato, e Regione Calabria e AmTrust Assicurazioni dall'altro.

Le spese possono essere compensate tra le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) lo dichiara inammissibile nei confronti del Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della Regione Calabria;
- b) lo accoglie nel resto e, per l'effetto, annulla, nei sensi e per le ragioni di cui in motivazione, il bando e il disciplinare relativi alla "Procedura aperta con modalità telematica per l'affidamento del servizio di copertura assicurativa RCT/O per le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Calabria", nonché tutti gli atti successivi;
- c) condanna Regione Calabria, in persona del Presidente in carica, e Amtrust Assicurazioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore di Berkshire Hathaway International Insurance Limited – Rappresentanza Ge-

nerale per l'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura complessiva di € 20.000,00, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CAP come per legge;
d) compensa le spese di lite tra le altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere, Estensore

Alberto Ugo, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO