

Nel servizio assicurativo di copertura della responsabilità civile verso terzi appare importante il rapporto fra capitale sociale ed esposizione finanziaria della Compagnia di Assicurazioni; negli appalti di servizi, le stazioni appaltanti devono precisare nei bandi i parametri di misurazione della capacità economica e finanziaria: il capitale sociale non rappresenta soltanto l'entità numerica che esprime in termini monetari il valore complessivo dei conferimenti dei soci, ma anche quella parte del patrimonio sociale che costituisce la garanzia delle obbligazioni assunte dalla società nei confronti dei terzi.

Per quanto concerne le cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, non esiste la discrezionalità dell'amministrazione a enumerare le situazioni soggettive di preclusione alla sottoscrizione del contratto

La fattispecie emarginata, Consiglio di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5942, si occupa di un appalto di servizio assicurativo di copertura della responsabilità civile verso terzi nella quale emerge l'importanza del **rapporto fra capitale sociale ed esposizione finanziaria della Compagnia di Assicurazioni**.

In merito alla presunta illegittimità della richiesta dell'amministrazione di possesso di "capitale sociale di almeno 200 miliardi di lire italiane (euro 103.291.379,81) o controvalore per le compagnie straniere al 31 dicembre 1999" così si esprimono i giudici di Palazzo Spada nell'emarginata decisione: " Chiarito, dunque, che quello del capitale sociale non era l'unico requisito richiesto, né che aveva un peso prevalente rispetto agli altri, deve dirsi che, come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, la scelta effettuata dall'Amministrazione appare legittima, alla stregua della funzione e dell'importanza che assume il capitale sociale nell'ambito delle società di capitali, laddove, mancando, a differenza delle società di persone, la responsabilità personale e solidale dei soci per l'adempimento delle obbligazioni sociali, i creditori sociali non hanno altra garanzia: i soci, infatti, si sono obbligati a dare alla società, anche qualora il patrimonio della società si riveli insufficiente a soddisfare i creditori, soltanto quanto si erano impegnati a conferirle.

Il capitale sociale, quindi, non rappresenta soltanto l'entità numerica che esprime in termini monetari il valore complessivo dei conferimenti dei soci, ma anche quella parte del patrimonio sociale che costituisce la garanzia delle obbligazioni assunte dalla società nei confronti dei terzi.

E, pertanto, il capitale sociale, indicando il valore delle attività patrimoniali che i soci si sono impegnati a mantenere in società e a non distrarre dall'attività di impresa, rappresenta un'indubbia garanzia per i creditori e i terzi, garanzia che, del resto, la legge si preoccupa di assicurare mediante la previsione di vari strumenti tesi alla protezione della sua integrità (cfr., ad es., art.2433, comma 3°, che, nel caso in cui si verifichi una perdita del capitale sociale, dispone che non possa farsi luogo a ripartizione degli utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente) e a far sì che non si alteri il rapporto del capitale con il patrimonio sociale, in modo che il valore attribuito al capitale sottoscritto tenda a coincidere col valore (effettivo) del patrimonio sociale, cioè dei beni conferiti nella società (cfr. art.2446 c.c., in tema di riduzione del capitale).

Dalla normativa civilistica emerge, dunque, l'importanza che, sul piano strettamente patrimoniale, riveste il capitale sociale, il che, come rilevato dal giudice di primo grado, rende legittima la scelta dell'A.N.A.S. di considerarlo parametro indefettibile per la dimostrazione della solidità economico-finanziaria del soggetto con il quale si andava ad assumere l'impegno contrattuale."

La ratio della richiesta di un capitale così determinato, si trova, secondo il supremo giudice amministrativo, negli avvenimenti che hanno proceduto la necessità di appaltare la garanzia:

" Nella specie, come fondatamente rilevato dal giudice di primo grado, l'unica valutazione che poteva ritenersi in astratto ammissibile era quella riguardante **il rapporto fra capitale sociale ed esposizione finanziaria** conseguente all'eventuale aggiudicazione, senza che con ciò potesse dirsi realizzata una discriminazione fra i vari operatori di mercato interessati ad assumere la commessa.

Occorre, poi, rilevare che il contratto di assicurazione è diretto al trasferimento di un'alea economica (c.d. rischio) da una delle parti (l'assicurato) all'altra (l'assicuratore); esso costituisce per l'impresa assicuratrice una speculazione, mentre per l'assicurato un atto di previdenza. Nelle assicurazioni contro

i danni (tra le quali rientra anche l'assicurazione per la responsabilità civile verso terzi), l'assicurazione costituisce un atto di previdenza diretto a riparare la perdita che può prodursi in un determinato patrimonio; in tale ramo, dunque, assume particolare rilevanza l'interesse dell'assicurato al risarcimento del danno, tant'è che la sussistenza di tale interesse è richiesta quale requisito di validità del contratto di assicurazione (cfr. art.1904 c.c.).

Da tale punto di vista, valutando il servizio che si andava a commissionare e, segnatamente, i rischi assicurati ed i relativi massimali, appare, dunque, pienamente giustificata e non (manifestamente) illogica la richiesta di un capitale sociale così elevato per le imprese assicurative concorrenti.

A conferma della validità della scelta operata in concreto dalla stazione appaltante di richiedere, quale requisito di partecipazione, un capitale sociale di £. 200 miliardi, vi è, del resto, pure la circostanza, rilevata dall'appellata ***** e affatto smentita dall'appellante ****, che **il precedente contratto triennale di copertura dei rischi assicurativi era stato disdettato dall'aggiudicataria, provvista di un capitale sociale di £. 150 miliardi, per eccesso di sinistrosità, ciò che, oltre a costituire indice della inadeguatezza (e, quindi, della inidoneità economico-finanziaria) di un'impresa dotata di un tale capitale a sopportare i rischi derivanti dal contratto in questione, giustificava l'opportunità di richiedere nella gara successiva un capitale sociale più elevato.**"

Concludono quindi i giudici : " Premesso, infatti, che il bene giuridico protetto dalla norma in questione (art.13 D.Lgs. n.157/95) non è quello di favorire la massima partecipazione alla gara, bensì quello di **garantire l'Amministrazione dell'affidabilità economica e finanziaria del futuro contraente**, si rileva altresì che appare infondato l'assunto secondo cui la norma riserverebbe la valutazione della capacità economica e finanziaria ad una successiva fase rispetto a quella della preselezione, con conseguente divieto di introdurre clausole volte all'automatica esclusione delle imprese partecipanti."

Così nella massima ufficiale del Consiglio di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5942. Mentre l'art.12, del D.Lgs. 157/1995, intitolato "Esclusione dalla partecipazione alle gare", enumera una serie di situazioni soggettive dell'imprenditore, quali lo stato di fallimento e la presenza di precedenti penali, che costituiscono condizioni ostative a detta partecipazione, per converso l'art.13 si limita, con elencazione non tassativa, ad indicare i documenti idonei a dare dimostrazione della sussistenza della necessaria capacità economica e finanziaria, con l'intento, chiaramente enunciato nel secondo comma, di imporre alle Amministrazioni appaltanti di precisare nel bando su quali documenti intendano effettuare detto accertamento. Rimane, pertanto, del tutto integra la facoltà delle stazioni appaltanti di individuare i parametri di misurazione della capacità economica e finanziaria necessaria per l'assunzione di un determinato servizio, parametri che, a differenza delle condizioni di cui all'art.12 cit., vanno opportunamente calibrati caso per caso. Quanto rilevato in ordine alla facoltà delle Amministrazioni appaltanti di chiedere nel bando ulteriori referenze in ordine alla capacità economico-finanziaria delle società partecipanti alla gara trova, del resto, esplicita conferma nell'art.31 della direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), direttiva attuata col D.Lgs. n.157 del 1995 cit.. Stabilisce, infatti, tale disposizione (art.31 direttiva cit.) che: << 1. In linea di massima, la prova della capacità finanziaria ed economica del prestatore di servizi può venire fornita mediante una o più delle seguenti referenze: idonee dichiarazioni bancarie o prova di un'assicurazione contro i rischi d'impresa; la presentazione del bilancio o di estratti dello stesso, qualora la pubblicazione del bilancio sia prescritta dal diritto societario del paese nel quale il prestatore di servizi è stabilito; una dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato per i servizi cui si riferisce l'appalto, relativa ai tre ultimi esercizi finanziari. Le amministrazioni precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, la referenza o le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le eventuali altre referenze da presentare >>. A sua volta l'art.13 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n.157, di attuazione della direttiva predetta in materia di appalti pubblici di servizi, estende a tale materia le disposizioni contenute nell'art.13 del D.Lgs. 24 luglio 1992, n.358, in materia di appalti pubblici di forniture, norma quest'ultima che così recita:<< 1. La dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti

documenti: idonee dichiarazioni bancarie; bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; dichiarazione concernente l'importo globale delle forniture (ergo: dei servizi) e l'importo relativo alle forniture (ergo: ai servizi) identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi. 2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara quali dei documenti indicati al comma 1 devono essere presentati, nonché gli altri eventuali che ritengano di richiedere >>. In base alle summenzionate disposizioni dell'ordinamento nazionale e di quello comunitario, deve, pertanto, ammettersi che l'amministrazione appaltante possa richiedere nel bando (o nella lettera di invito) ulteriori referenze in ordine alla capacità economico-finanziaria delle società partecipanti alla gara. La P.A., nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo e non una semplice valutazione tecnica laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale soltanto allorché appaiano viziate da eccesso di potere per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (cfr. C.G.A., 21 novembre 1997, n.500). Il reale contenuto precettivo dell'art.13 D.Lgs. 157/95 è quello di imporre all'Amministrazione, ai fini del rispetto del principio della trasparenza, nonché a garanzia della par condicio dei singoli partecipanti, la predeterminazione degli elementi sui quali essa procederà ad effettuare la verifica dell'affidabilità economica e finanziaria dei concorrenti rispetto al servizio che intende appaltare. Se, dunque, è questo lo scopo della norma, allora è altrettanto chiaro che è nel bando, *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che l'Amministrazione deve procedere alla predeterminazione di detti parametri, avvenendo, invece, la valutazione delle offerte e, conseguentemente, l'aggiudicazione dell'appalto secondo criteri puramente matematici e, dunque, del tutto oggettivi.

A cura di Sonia LAZZINI

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.11456/01 proposto da *****- ***** S.p.a.,

contro

l'ANAS, Ente Nazionale per le Strade, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita nella presente fase di giudizio;

e nei confronti di

*****. - ., società agente della ***** S.p.a.,

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sez. III, n.5795 del 27 giugno 2001, resa *inter partes* e non notificata.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società *****;

Visto il fascicolo di primo grado e gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 204 dell'11.4.2002;

Udito alla pubblica udienza del 9 aprile 2002 il relatore Cons. Nicola Russo ed udito l'avv. A. Police;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso al TAR per il Lazio l'***** S.p.a. - pugnava il provvedimento dell'A.N.A.S., Ente Nazionale per le Strade, comunicato con nota 15 dicembre 2000, prot. n.4227, che disponeva l'esclusione della ricorrente dalla gara a licitazione privata ristretta per l'affidamento dell'appalto del servizio assicurativo di copertura della responsabilità civile verso terzi, di durata triennale, nonché l'art. 13, lett. h), del bando di gara, pubblicato in data 6 novembre 2000, nella parte in cui richiedeva, quale requisito di partecipazione, il possesso di un capitale sociale di almeno 200 miliardi di lire (euro 103.291.379,81).

Deduceva i seguenti motivi di gravame:

violazione dell'art.13 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, in quanto l'accertamento del possesso della capacità economica e finanziaria necessaria per l'assunzione della prestazione da appaltare prevederebbe un esame complessivo degli elementi disponibili, mentre il dato preso in considerazione – il capitale sociale – sarebbe di per sé non significativo, tanto più in quanto appannaggio di poche compagnie di assicurazione;

ulteriore violazione del citato art.13, riferita all'art.13 del bando, che determinerebbe un'eccessiva ed ingiustificata compressione dei possibili concorrenti, in violazione del principio della massima partecipazione alle gare di evidenza pubblica, mentre l'art.13 del citato D.Lgs. n. 157/95 non indicherebbe il capitale sociale quale elemento dimostrativo della capacità finanziaria;

violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione ed eccesso di potere per disparità di trattamento, risultando del tutto irrazionale l'azione amministrativa, anche alla stregua dei principi costituzionali di cui alle suddette norme;

eccesso di potere per irragionevolezza, in quanto l'A.N.A.S. avrebbe utilizzato un parametro che si rivelerebbe inadeguato per eccesso rispetto all'interesse perseguito, con ingiustificata compressione della sfera dei destinatari della sua azione;

violazione e falsa applicazione dell'art.3 della Costituzione, *sub specie* di violazione del principio di imparzialità, in quanto l'A.N.A.S. sarebbe stata in condizione di determinare *a priori* il nominativo del possibile aggiudicatario.

L'***** notificava, poi, motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione nel frattempo intervenuta, proponendo gli stessi motivi di doglianza già formulati nel ricorso principale, con in più il motivo della illegittimità derivata dell'atto finale del procedimento.

Resistevano l'A.N.A.S., a mezzo del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, che controdeduceva specificamente ai motivi di doglianza, nonché la controinteressata aggiudicataria, ***** S.p.a., quale agente della ***** , che eccepiva l'inammissibilità del ricorso, per mancata impugnazione dell'aggiudicazione e, nel merito, l'infondatezza dello stesso.

Il TAR adito, respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla ***** , in base al rilievo che l'***** , avuta notizia dell'aggiudicazione, aveva prontamente notificato motivi aggiunti, aventi ad oggetto proprio tale provvedimento di affidamento del servizio, definiva il giudizio nel merito con sentenza 27 giugno 2001, n.5795, con cui respingeva il ricorso per la ritenuta infondatezza dei motivi di gravame proposti, e condannava la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, quantificate in complessive £. 6.000.000, da suddividersi in parti uguali fra A.N.A.S. e controinteressata.

Avverso tale sentenza l'***** , con ricorso notificato il 22 novembre e depositato il 5 dicembre 2001, propone appello, affidato a quattro motivi.

Resiste all'appello la ***** , eccependo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità dell'impugnazione avversaria, in quanto notificata, oltre che all'Amministrazione resistente, solo ad essa ***** e non anche alla ***** , quale controinteressata e, nel merito, l'infondatezza del gravame, chiedendone il rigetto.

L'A.N.A.S., invece, benché ritualmente intimata presso l'Avvocatura Generale dello Stato, costituita in primo grado, non si è costituita nel presente grado di giudizio.

Alla pubblica udienza del 9 aprile 2002, sentiti i difensori delle parti costituite, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'esame dell'eccezione pregiudiziale di inammissibilità sollevata dall'appellata ***** in quanto l'appello è infondato nel merito.

Con il primo motivo l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha rigettato il primo motivo di ricorso inerente la pretesa illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara e, correlativamente, dell'art.13 del bando, per violazione e falsa applicazione dell'art.13 del D.Lgs. 157/1995.

Afferma l'appellante che, poiché dalla lettura dell'art.12 D.Lgs. 157/1995 si evincerebbe che il legislatore, laddove abbia inteso individuare un requisito condizionante *ex se* l'esclusione dalla gara, lo ha fatto esplicitamente, non sarebbe in alcun modo consentito all'Amministrazione, ai fini dell'idoneità economica e finanziaria dei singoli concorrenti *ex art.13*, individuare singoli e specifici requisiti al cui riscontro ed alla cui verifica subordinare la loro ammissione alla procedura concorsuale, in quanto

intenzione del legislatore sarebbe quella di attribuire all'Amministrazione il compito di procedere all'accertamento dell'idoneità economico-finanziaria delle singole imprese sulla scorta di una valutazione complessiva di tutti gli elementi disponibili.

Il motivo è infondato.

Come, infatti, correttamente rilevato dal Tribunale, non può condividersi la lettura che dei citati artt.12 e 13 D.Lgs. 157/1995 ha effettuato la ricorrente, odierna appellante, in quanto, mentre l'art.12, intitolato "Esclusione dalla partecipazione alle gare", enumera una serie di situazioni soggettive dell'imprenditore, quali lo stato di fallimento e la presenza di precedenti penali, che costituiscono condizioni ostative a detta partecipazione, per converso l'art.13 si limita, con elencazione non tassativa, ad indicare i documenti idonei a dare dimostrazione della sussistenza della necessaria capacità economica e finanziaria, con l'intento, chiaramente enunciato nel secondo comma, di imporre alle Amministrazioni appaltanti di precisare nel bando su quali documenti intendano effettuare detto accertamento.

Rimane, pertanto, del tutto integra la facoltà delle stazioni appaltanti di individuare i parametri di misurazione della capacità economica e finanziaria necessaria per l'assunzione di un determinato servizio, parametri che, a differenza delle condizioni di cui all'art.12 cit., vanno opportunamente calibrati caso per caso.

E nella specie l'A.N.A.S., come meglio si vedrà in prosieguo, ha indicato con precisione quali documenti riteneva indispensabili per effettuare la verifica della sussistenza della necessaria capacità economico-finanziaria.

Quanto rilevato dal giudice di prime cure in ordine alla facoltà delle Amministrazioni appaltanti di chiedere nel bando ulteriori referenze in ordine alla capacità economico-finanziaria delle società partecipanti alla gara trova, del resto, esplicita conferma nell'art.31 della direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), direttiva attuata col D.Lgs. n.157 del 1995 cit.. Stabilisce, infatti, tale disposizione (art.31 direttiva cit.) che:

<< 1. In linea di massima, la prova della capacità finanziaria ed economica del prestatore di servizi può venire fornita mediante una o più delle seguenti referenze:

idonee dichiarazioni bancarie o prova di un'assicurazione contro i rischi d'impresa;

la presentazione del bilancio o di estratti dello stesso, qualora la pubblicazione del bilancio sia prescritta dal diritto societario del paese nel quale il prestatore di servizi è stabilito;

una dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato per i servizi cui si riferisce l'appalto, relativa ai tre ultimi esercizi finanziari.

2. Le amministrazioni precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, la referenza o le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le eventuali altre referenze da presentare >>.

A sua volta l'art.13 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n.157, di attuazione della direttiva predetta in materia di appalti pubblici di servizi, estende a tale materia le disposizioni contenute nell'art.13 del D.Lgs. 24 luglio 1992, n.358, in materia di appalti pubblici di forniture, norma quest'ultima che così recita:

<< 1. La dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

idonee dichiarazioni bancarie;

bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

dichiarazione concernente l'importo globale delle forniture (*ergo*: dei servizi) e l'importo relativo alle forniture (*ergo*: ai servizi) identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara quali dei documenti indicati al comma 1 devono essere presentati, nonché gli altri eventuali che ritengano di richiedere >>.

In base alle summenzionate disposizioni dell'ordinamento nazionale e di quello comunitario, deve, pertanto, ammettersi che l'amministrazione appaltante possa richiedere nel bando (o nella lettera di invito) ulteriori referenze in ordine alla capacità economico-finanziaria delle società partecipanti alla gara.

Quanto alla referenza aggiuntiva nella specie richiesta, l'appellante *****contesta che l'A.N.A.S., nella clausola del bando impugnata, avrebbe assunto un dato fenomenico assai poco o affatto significativo, quale il capitale sociale, come unico parametro su cui fondare la valutazione dell'affidabilità economico-finanziaria delle imprese concorrenti, parametro che, invece, andava comparato con gli altri elementi

dimostrativi della sussistenza di tale affidabilità, che avrebbero dovuto essere predeterminati nel bando; tale parametro, inoltre, nemmeno sarebbe ricompreso tra la documentazione elencata dal legislatore all'art.13, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n.157/1995 cit. ai fini della dimostrazione della idoneità in questione.

L'appellante, aggiunge, poi, che nemmeno potrebbe opporsi che l'accertamento dell'idoneità economico-finanziaria costituisca una valutazione tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale.

Tali doglianze sono infondate.

Deve, anzitutto, essere rimarcato che nella specie l'A.N.A.S. non ha assolutamente individuato il capitale sociale quale unico parametro sul quale fondare la valutazione dell'affidabilità, sotto il profilo economico-finanziario, delle imprese concorrenti.

Il bando in esame, infatti, al punto 13 così stabilisce:

<<Requisiti richiesti: dichiarazioni, successivamente verificabili, sottoscritte ai sensi della vigente normativa, dal legale rappresentante, dal prestatore dei servizi, da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione, da cui risultino:

l'inesistenza delle cause di esclusione ai sensi delle norme richiamate dall'art.12 decreto legislativo n.157/1995;

il possesso di idonee referenze bancarie;

i risultati di bilancio riferiti all'ultimo triennio;

l'importo totale dei servizi esperiti e l'importo relativo a servizi identici a quelli oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi;

elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date, dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi;

l'iscrizione alla CCIAA ovvero al competente albo professionale o ad analogo registro dello Stato aderente UE di data non anteriore a sei mesi dalla data di presentazione della domanda da cui risulti che l'oggetto dell'attività ricomprende la prestazione offerta;

l'autorizzazione o l'avvenuta comunicazione per l'accesso all'esercizio dell'attività lavorativa di cui al punto 4 a) del presente bando;

il possesso, secondo i dati ufficiali ANIA per le imprese italiane e le rappresentanze estere e i bilanci ufficiali ... dei seguenti requisiti minimi di partecipazione:

capitale sociale di almeno 200 miliardi di lire italiane (euro 103.291.379,81) o controvalore per le compagnie straniere al 31 dicembre 1999; ...>>.

Dalla lettura dell'art.13 del bando appare, dunque, evidente che diversi erano i requisiti all'uopo richiesti dalla stazione appaltante, in quanto, oltre all'indice del capitale sociale, vi erano, ad esempio, il possesso di idonee referenze bancarie, i risultati di bilancio riferiti all'ultimo triennio, ecc., in linea con quanto stabilito nell'art.13 del D.Lgs. n.157/1995.

Da ciò consegue che, contrariamente all'assunto di parte appellante, l'intenzione dell'Amministrazione appaltante era di verificare la sussistenza della capacità economica e finanziaria in base ad un paradigma complesso e composito, nel quale si inseriva anche il documento richiesto, ma senza quel peso decisivo e prevalente rispetto agli altri che l'appellante gli vorrebbe assegnare, in quanto ciascun requisito richiesto dal bando al punto 13 aveva un peso determinante e decisivo ai fini dell'ammissione alla gara, trattandosi di requisiti richiesti espressamente "a pena di esclusione".

Chiarito, dunque, che quello del capitale sociale non era l'unico requisito richiesto, né che aveva un peso prevalente rispetto agli altri, deve dirsi che, come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, la scelta effettuata dall'Amministrazione appare legittima, alla stregua della funzione e dell'importanza che assume il capitale sociale nell'ambito delle società di capitali, laddove, mancando, a differenza delle società di persone, la responsabilità personale e solidale dei soci per l'adempimento delle obbligazioni sociali, i creditori sociali non hanno altra garanzia: i soci, infatti, si sono obbligati a dare alla società, anche qualora il patrimonio della società si riveli insufficiente a soddisfare i creditori, soltanto quanto si erano impegnati a conferirle.

Il capitale sociale, quindi, non rappresenta soltanto l'entità numerica che esprime in termini monetari il valore complessivo dei conferimenti dei soci, ma anche quella parte del patrimonio sociale che costituisce la garanzia delle obbligazioni assunte dalla società nei confronti dei terzi.

E, pertanto, il capitale sociale, indicando il valore delle attività patrimoniali che i soci si sono impegnati a mantenere in società e a non distrarre dall'attività di impresa, rappresenta un'indubbia garanzia per i creditori e i terzi, garanzia che, del resto, la legge si preoccupa di assicurare mediante la previsione di vari strumenti tesi alla protezione della sua integrità (cfr., ad es., art.2433, comma 3°, che, nel caso in cui si verifichi una perdita del capitale sociale, dispone che non possa farsi luogo a ripartizione degli utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente) e a far sì che non si alteri il rapporto del capitale con il patrimonio sociale, in modo che il valore attribuito al capitale sottoscritto tenda a coincidere col valore (effettivo) del patrimonio sociale, cioè dei beni conferiti nella società (cfr. art.2446 c.c., in tema di riduzione del capitale).

Dalla normativa civilistica emerge, dunque, l'importanza che, sul piano strettamente patrimoniale, riveste il capitale sociale, il che, come rilevato dal giudice di primo grado, rende legittima la scelta dell'A.N.A.S. di considerarlo parametro indefettibile per la dimostrazione della solidità economico-finanziaria del soggetto con il quale si andava ad assumere l'impegno contrattuale.

Infondati appaiono, altresì, i rilievi dell'appellante circa la sindacabilità della scelta nella specie effettuata dall'Amministrazione anche sotto il profilo della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo.

La sentenza appellata ha ritenuto che sul punto ci si muova nell'ambito della discrezionalità tecnica, insindacabile in sede giurisdizionale se non per illogicità manifesta.

L'appellante sostiene, invece, sulla base della recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione possa svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

L'assunto dell'appellante è infondato.

Premesso che la stessa giurisprudenza invocata dall'appellante distingue nettamente la discrezionalità tecnica dal merito amministrativo (cfr. Cons. St., V, 5 marzo 2001, n.1247, riguardante la fattispecie relativa alla congruità delle offerte anomale nelle gare di appalto) e che il bando di gara consta di un complesso di regole fissate dalla legge e dai capitolati, costituenti il suo nucleo minimo essenziale, e di una serie di disposizioni elaborate discrezionalmente dalla P.A. in funzione di cura dell'interesse pubblico, deve dirsi che, ad avviso del Collegio, la P.A., nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo e non una semplice valutazione tecnica laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo *ex lege* previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale soltanto allorché appaiano viziate da eccesso di potere per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (cfr. C.G.A., 21 novembre 1997, n.500).

Assume, inoltre, l'appellante che ulteriore vizio degli atti impugnati in primo grado sarebbe costituito dalla irragionevolezza della soglia minima di capitale sociale richiesta a pena di esclusione (200 miliardi di lire italiane, pari a euro 103.291.379,81): ciò in quanto non si sarebbe tenuto conto sia del fatto che soltanto poche imprese sarebbero in possesso di un simile requisito, sia del fatto che queste ultime, per lo più, sarebbero abilitate al ramo danni congiuntamente a quello vita, con conseguente maggiore esposizione finanziaria.

Anche tale rilievo appare privo di pregio.

Intanto occorre considerare che erano abilitate a partecipare alla gara non solo le imprese di assicurazione italiane, ma anche quelle degli altri paesi della Comunità; inoltre, occorre tener presente che la P.A., allorché proceda ad indire una gara non è tenuta a verificare in concreto chi possa risultare in possesso dei requisiti richiesti.

Unici accertamenti condizionanti la legittimità dell'azione amministrativa sono, infatti, quello inerente alla verifica, da effettuarsi in generale, circa l'esistenza di una pluralità di imprese in possesso del requisito richiesto e quello relativo alla verifica della rispondenza, in concreto, del detto requisito alle reali necessità ed esigenze del servizio oggetto dell'appalto.

Nella specie, come fondatamente rilevato dal giudice di primo grado, l'unica valutazione che poteva ritenersi in astratto ammissibile era quella riguardante il rapporto fra capitale sociale ed esposizione finanziaria conseguente all'eventuale aggiudicazione, senza che con ciò potesse dirsi realizzata una discriminazione fra i vari operatori di mercato interessati ad assumere la commessa.

Occorre, poi, rilevare che il contratto di assicurazione è diretto al trasferimento di un'alea economica (c.d. rischio) da una delle parti (l'assicurato) all'altra (l'assicuratore); esso costituisce per l'impresa assicuratrice una speculazione, mentre per l'assicurato un atto di previdenza. Nelle assicurazioni contro i danni (tra le quali rientra anche l'assicurazione per la responsabilità civile verso terzi), l'assicurazione costituisce un atto di previdenza diretto a riparare la perdita che può prodursi in un determinato patrimonio; in tale ramo, dunque, assume particolare rilevanza l'interesse dell'assicurato al risarcimento del danno, tant'è che la sussistenza di tale interesse è richiesta quale requisito di validità del contratto di assicurazione (cfr. art.1904 c.c.).

Da tale punto di vista, valutando il servizio che si andava a commissionare e, segnatamente, i rischi assicurati ed i relativi massimali, appare, dunque, pienamente giustificata e non (manifestamente) illogica la richiesta di un capitale sociale così elevato per le imprese assicurative concorrenti.

A conferma della validità della scelta operata in concreto dalla stazione appaltante di richiedere, quale requisito di partecipazione, un capitale sociale di £. 200 miliardi, vi è, del resto, pure la circostanza, rilevata dall'appellata ***** e affatto smentita dall'appellante ***** , che il precedente contratto triennale di copertura dei rischi assicurativi era stato disdettato dall'aggiudicataria, provvista di un capitale sociale di £. 150 miliardi, per eccesso di sinistrosità, ciò che, oltre a costituire indice della inadeguatezza (e, quindi, della inidoneità economico-finanziaria) di un'impresa dotata di un tale capitale a sopportare i rischi derivanti dal contratto in questione, giustificava l'opportunità di richiedere nella gara successiva un capitale sociale più elevato.

Lamenta, infine, l'appellante ***** che la *ratio legis* dell'art.13 del D.Lgs. 157/95, chiaramente finalizzata ad operare una selezione preventiva delle imprese partecipanti, mediante riscontro della loro serietà, non dovrebbe pregiudicare il bene giuridico protetto dalla norma e consistente nel favorire la massima partecipazione numerica alla gara. Poiché, infatti, la norma riserverebbe la valutazione della capacità economica e finanziaria ad una successiva fase rispetto a quella di preselezione, non sarebbe consentito imporre clausole volte ad escludere in via automatica i partecipanti e ciò alla luce del principio giurisprudenziale secondo cui le clausole debbono essere interpretate in modo da assicurare la massima partecipazione delle imprese alle gare.

Anche tale motivo è infondato.

Premesso, infatti, che il bene giuridico protetto dalla norma in questione (art.13 D.Lgs. n.157/95) non è quello di favorire la massima partecipazione alla gara, bensì quello di garantire l'Amministrazione dell'affidabilità economica e finanziaria del futuro contraente, si rileva altresì che appare infondato l'assunto secondo cui la norma riserverebbe la valutazione della capacità economica e finanziaria ad una successiva fase rispetto a quella della preselezione, con conseguente divieto di introdurre clausole volte all'automatica esclusione delle imprese partecipanti.

E, invero, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, il reale contenuto precettivo dell'art.13 D.Lgs. 157/95 è quello di imporre all'Amministrazione, ai fini del rispetto del principio della trasparenza, nonché a garanzia della *par condicio* dei singoli partecipanti, la predeterminazione degli elementi sui quali essa procederà ad effettuare la verifica dell'affidabilità economica e finanziaria dei concorrenti rispetto al servizio che intende appaltare.

Se, dunque, è questo lo scopo della norma, allora è altrettanto chiaro che è nel bando, *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che l'Amministrazione deve procedere alla predeterminazione di detti parametri, avvenendo, invece, la valutazione delle offerte e, conseguentemente, l'aggiudicazione dell'appalto (nella specie, al prezzo più basso) secondo criteri puramente matematici e, dunque, del tutto oggettivi.

Del tutto inconferente appare, poi, il richiamo operato dall'appellante al criterio ermeneutico volto ad assicurare la massima partecipazione, in quanto tale criterio si applica in caso di clausole di incerto o dubbio significato (cfr. Cons. St., V, 1° febbraio 1995, n.160) e solo nel caso in cui l'inosservanza delle regole poste dal bando (o dalla lettera di invito) non sia espressamente sanzionata a pena di esclusione (cfr. Cons. St., VI, 6 ottobre 1986, n.765; Cons. St., V, 7 settembre 1995, n.1277; Cons. St., IV, 5 luglio 1994, n.550; Cons. St., V, 20 maggio 1992, n.443).

Nella gara in esame, invece, non si poneva né si è posto alcun dubbio interpretativo sul significato della clausola impugnata, essendo ben chiare le disposizioni del bando e, inoltre, l'Amministrazione si era

autovincolata con una specifica disciplina, espressamente sanzionata, in caso di sua inosservanza, a pena di esclusione.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante *****censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha rigettato il motivo di ricorso relativo alla illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt.97 e 3 Cost., nonché all'eccesso di potere per disparità di trattamento.

L'appellante, dopo aver premesso che è diretta derivazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa quello secondo cui il raggiungimento del proprio obiettivo sia ottenuto dall'Amministrazione mediante il minor sacrificio degli interessi privati o comunque secondari, deduce che nella specie detto principio sarebbe stato stravolto; l'A.N.A.S., infatti, a suo dire, avrebbe, in via del tutto arbitraria, assolutizzato il dato formale (possesso di un requisito discriminante) a scapito di quello sostanziale richiesto dalla norma (valutazione complessiva della capacità economico-finanziaria dei concorrenti), a scapito dell'interesse dell'Amministrazione ad avere la più ampia compagine partecipativa di soggetti "affidabili".

Afferma, inoltre, l'appellante che sarebbe del tutto illogico e discriminatorio fondare la valutazione della capacità economico-finanziaria su di un solo parametro "ex se assolutamente privo di concreta significanza".

Anche tale censura è infondata alla luce di quanto sopra si è detto in ordine alla natura esemplificativa dell'elencazione di cui all'art.13, comma 1, D.Lgs. n.157/1995 cit., al potere dell'Amministrazione appaltante di richiedere ulteriori referenze in ordine alla capacità economica e finanziaria delle società partecipanti alla gara, alla funzione e all'importanza, in senso assoluto, che assume il capitale sociale nell'ambito delle strutture societarie e alla logicità della scelta nella specie effettuata dall'Amministrazione alla luce della rispondenza, in senso relativo, della cautela aggiuntiva richiesta (possesso di un capitale sociale non inferiore a 200 miliardi di lire) - non da sola, ma assieme ad altre, quale requisito soggettivo - all'interesse obiettivo dell'Amministrazione, desumibile dalle finalità perseguite con l'espletamento della gara.

Quanto alla censura relativa alla disparità di trattamento, è noto che tale vizio è configurabile solo nell'ipotesi in cui si proceda a trattare diversamente soggetti che versino in situazioni oggettivamente e soggettivamente identiche, oppure si proceda a trattare in maniera identica soggetti che versino in situazioni oggettivamente e soggettivamente differenti.

Nella specie, l'appellante censura la clausola del bando con cui l'Amministrazione ha individuato *ex ante* un requisito soggettivo per l'ammissione alla gara, requisito da essa non posseduto; è evidente, allora, che il semplice fatto che l'appellante non sia in possesso di tale requisito non è sufficiente a ritenere discriminatorio il comportamento dell'Amministrazione, poiché a ragionare in tal modo si dovrebbe ritenere viziato ogni e qualsiasi requisito soggettivo individuato dall'Amministrazione; e, invece, essendosi essa autovincolata in sede di bando, avrebbe finito certamente coll'alterare la *par condicio* dei partecipanti ove non avesse tenuto conto di tale prescrizione, provvedendo a disapplicarla.

Quanto sopra detto in ordine alla logicità della scelta, dal punto di vista qualitativo e quantitativo, fatta nella specie e alla adeguatezza del limite richiesto alla natura e all'oggetto dell'appalto da aggiudicare, consente, a ben vedere, di ritenere destituite di fondamento anche le ulteriori censure sollevate dall'appellante, con cui essa ha riproposto i motivi di difetto di proporzionalità delle misure in concreto adottate dalla P.A. per la selezione delle imprese concorrenti, nonché di eccesso di potere per disparità di trattamento e di violazione e falsa applicazione dell'art.3 Cost..

L'appello in esame deve, in conclusione, essere respinto.

Le spese del presente grado seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della società appellata delle spese ed onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessive 4.000,00 (quattromila/00) euro.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 aprile 2002, con l'intervento dei seguenti signori:

Stenio RICCIO
Aldo SCOLA
Giuseppe CARINCI
Anna LEONI
Nicola RUSSO
L'ESTENSORE

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere
Consigliere, est.
IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO