

**E' IRRAZIONALE ED INUTILMENTE VESSATORIO PRETENDERE  
L'ACCERTAMENTO DELLA COPERTURA ASSICURATIVA DI  
RESPONSABILITÀ CIVILE TERZI: COME REQUISITO DI  
PARTECIPAZIONE ALLA GARA: E PERCIÒ DA RICHIEDERE  
(EVENTUALMENTE) SOLO A SEGUITO DELL'AGGIUDICAZIONE  
DELLA GARA.**

Il Consiglio di Stato afferma che la copertura assicurativa sulla responsabilità civile per danni a terzi assume rilievo solo in sede di prestazione del servizio e non di partecipazione alla procedura., va quindi accetta l'impresa che ha presentato solo l'impegno di una Compagnia a sottoscrivere la polizza in caso di aggiudicazione

Invero, sia il bando di gara (Sez. III, punto 2.1. con riferimento alle condizioni minime di carattere economico e tecnico da dimostrare , a pena di esclusione), sia il Capitolato d'oneri e condizioni per l'appalto (art. 11- requisiti di partecipazione alla gara, punto 4) prevedevano espressamente, a pena d'esclusione, per l'ammissione alla gara, tra l'altro, una "polizza assicurazione RCT per copertura assicurativa lavoratori somministrati di importo minimo di euro 1.500.000,00".\_Né si pone nella presente controversia un problema di determinazione del corretto contenuto della clausola (assicurazione per i lavoratori ordinariamente somministrati da parte del somministratore o limitatamente ai lavoratori da somministrare alla provincia di Latina), aspetto sul quale si soffermano sia l'appellante che le parti resistenti, in quanto la ricorrente non ha prodotto alcuna polizza assicurativa, ma solo si è dichiarata disponibile a farlo in caso di aggiudicazione della gara.\_ .Peraltro la richiesta di detto requisito in sede di ammissione alla gara deve ritenersi illegittima, come dedotto dall'appellante, in quanto in contrasto con i principi che regolano i requisiti di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, con la conseguenza che è invalida per l'illegittimità derivata l'esclusione della ricorrente .\_ Al riguardo il Collegio non ha motivi per discostarsi da una recente decisione della Sezione (n. 37/2007), che si è pronunciata su una fattispecie analoga, con l'affermazione del principio secondo cui la copertura assicurativa sulla responsabilità civile per danni a terzi assume rilievo solo in sede di prestazione del servizio.\_Tale principio va confermato nel caso in esame in cui la finalità perseguita, attraverso la prescrizione della copertura assicurativa della responsabilità civile, alla quale si riconnette l'obbligazione della compagnia assicurativa a favore del soggetto che contrae l'assicurazione (somministratore), concerne i rischi arrecati ai terzi dall'attività svolta dal prestatore di lavoro in somministrazione nell'esercizio delle sue mansioni e della quale in mancanza dell'assicurazione dovrebbe rispondere l'utilizzatore ai sensi dell'art. 26 D. L.vo 10 settembre 2003 n. 276 e successive modificazioni.. **appare senz'altro irrazionale ed inutilmente vessatorio pretendere l'accertamento della copertura assicurativa come requisito di partecipazione alla gara, in funzione trasversale di dimostrazione di una determinata capacità economica e finanziaria dell'offerente o della sua capacità tecnica, trattandosi di rischio connesso unicamente allo svolgimento delle specifico servizio e perciò da richiedere (eventualmente) solo a seguito dell'aggiudicazione della gara.**

Merita di essere segnalata la decisione numero 4283 dell' 8 settembre 2008 , emessa dal Consiglio di Stato

<Di conseguenza, a prescindere dalla legittimità o meno di tale trasferimento di responsabilità dall'utilizzatore al somministratore in relazione alle numerose cautele che il legislatore ha posto per considerare lecito il contratto di somministrazione di lavoro nel menzionato decreto legislativo n.276/2003 e successive modificazioni (aspetto che in questo giudizio non viene in rilievo), appare senz'altro irrazionale ed inutilmente vessatorio pretendere l'accertamento della copertura assicurativa

come requisito di partecipazione alla gara, in funzione trasversale di dimostrazione di una determinata capacità economica e finanziaria dell'offerente o della sua capacità tecnica, trattandosi di rischio connesso unicamente allo svolgimento del servizio e perciò da richiedere (eventualmente) solo a seguito dell'aggiudicazione della gara.

**Invero, anche se deve ammettersi una certa discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge (cfr. le decisioni di questo Consiglio, sez. v , 17 maggio 2005 n. 2465; sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442), deve comunque coesistere il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare. La relativa scelta poi può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6967), come nel caso in questione.**

6.2.3. Contrariamente a quanto sostenuto dall'aggiudicataria, la fattispecie in considerazione non è diversa da quella oggetto della decisione della Sezione n. 37/2007, trattandosi in entrambi i casi di copertura assicurativa per danni cagionati a terzi da prestatori di lavoro di carattere professionale o generico che sono alle dipendenze di imprese che partecipano alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto (cfr., per quanto concerne il contratto di somministrazione di lavoro, l'art. 23 del D. Lvo n.276/2003 , il quale espressamente si riferisce ai "lavoratori dipendenti dal somministratore..." nel comma 1° e prevede che l'esercizio del potere disciplinare "è riservato al somministratore ...." nel comma 7°).>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA      N. 4283/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO      N. 5691      REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)      ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5691/2007, proposto dalla ALFA S.p.A. - Agenzia per il lavoro, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gabriele Gatti e Maria Tiziana Saffioti, con domicilio eletto in Roma, Via Gramsci, 14 presso l'avv. Gabriele Gatti;

contro

la Provincia di Latina, rappresentata e difesa dall'avv. Corrado De Martini, con domicilio eletto in Roma, via F. Siacci 2/B il suo studio;

e nei confronti

della BETA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Fantini e Andrea Patrizi, con domicilio eletto in Roma Via Principessa Clotilde, 7 presso l'avv. Alberto Fantini;

della IETA ITALIA - Agenzia per il lavoro S.r.l., non costituitasi;

della DELTA - Agenzia per il lavoro S.p.A., non costituitasi;

l'GAMMA - Agenzia per il lavoro S.p.A., non costituitasi;

la ZETA ITALIA - Agenzia per il lavoro S.p.A., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio - Latina n. 137/2007, resa tra le parti, concernente gara per affidamento somministrazione di lavoro ALFAaneo ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Latina e della BETA S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 14 Marzo 2008, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avv.ti Dinacci, su delega dell'avvocato Saffiotti, l'avv.ssa Lollini, su delega dell'avv. De Martini e l'avv. Fantini;

Visto il dispositivo di decisione n. 239/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza gravata, il TAR Lazio, Sezione staccata di Latina, ha respinto il ricorso (e relativi motivi aggiunti) proposto dalla società ALFA avverso le determinazioni in data 13 marzo 2006 e 4 maggio 2006, con le quali la provincia di Latina aveva aggiudicato prima in via provvisoria e poi in via definitiva alla società BETA la gara mediante pubblico incanto, con aggiudicazione secondo il criterio del massimo ribasso, per l'affidamento della somministrazione di lavoro a tempo determinato per la durata di un anno, salvo proroga alle medesime condizioni, indetta con determinazione del 9 novembre 2005 per l'importo base di euro 930.000,00.

2. Al riguardo il TAR, dopo aver sottolineato che il capitolato speciale d'appalto prevedeva tra i requisiti di partecipazione, a pena di esclusione, una "assicurazione RCT per copertura lavoratori", ha ritenuto corretta l'esclusione della ricorrente per aver presentato, in violazione di detta prescrizione, una dichiarazione di impegno a presentare polizza assicurativa RTC, essendo il contenuto della clausola agevolmente ricostruibile alla luce delle disposizioni di bando e della normativa di settore e finalizzato a spostare sul soggetto autorizzato ai sensi degli artt. 3 e 5 del D. L.vo n.276/2003 l'obbligazione risarcitoria, con la dimostrazione di una capacità rilevante in sede partecipazione che deve essere dimostrata nei termini fissati dal capitolato e non come possibilità di costituire idonea garanzia solo per il caso di eventuale aggiudicazione.

3. Nel corso del giudizio di 1° grado, l'istanza cautelare, respinta dal TAR (ordinanza n. 542/2006), è stata poi accolta da questa Sezione (ordinanza n. 6086/2006), apparendo il motivo di esclusione in palese contrasto con la clausola del bando, indipendentemente dalla pretesa ambiguità della clausola stessa.

4. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, che ha dedotto quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la ricorrente non ha confuso la natura della cauzione provvisoria, prevista dall'art. 13 del capitolato speciale d'appalto, con la natura della polizza assicurativa RCT di cui all'art. 11 del medesimo capitolato;

- ambiguità della clausola in contestazione e comunque tale clausola si pone in contrasto con i principi che regolano i requisiti di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, secondo quanto precisato dalla decisione della Sezione V n. 37/2007, essendo la copertura assicurativa in questione rilevante solo per gli eventuali danni prodotti a terzi durante la prestazione del servizio, per cui l'interesse dell'Amministrazione è oggettivamente riferibile alla fase successiva all'individuazione del contraente e non al momento della presentazione dell'offerta;

- ne discende che correttamente la ricorrente aveva considerato la previsione del possesso della polizza assicurativa quale requisito comprovante la possibilità di poter contrarre successivamente all'aggiudicazione con un primario istituto di assicurazione tale polizza assicurativa;

- in caso contrario, si tratterebbe di un requisito di ammissione non pertinente e non proporzionale all'oggetto della gara;

- l'esclusione dalla gara è avvenuta per aver presentato la ricorrente una polizza assicurativa difforme da quella prevista dal Capitolato, ma in tal modo sono stati violati i principi di massima partecipazione e concorrenza propri delle gare di appalto; in ogni caso doveva essere consentito alla ricorrente di integrare la documentazione presentata ai sensi dell'art. 16 D. L.vo n. 157/1995;

- illegittimità del bando per aver fatto riferimento prima al massimo ribasso e poi al costo orario minimo offerto e quindi all'offerta economicamente più vantaggiosa;

- l'Amministrazione ha illegittimamente proceduto all'aggiudicazione definitiva e quindi alla stipulazione del contratto (in data 4 maggio 2006) nonostante la pendenza del ricorso.

Ha concluso chiedendo il risarcimento del danno, quantificato nel 10 % dell'importo a base d'asta, come ribassato in sede di offerta.

4. Costituitasi in giudizio, la provincia di Latina ha chiesto il rigetto dell'appello, rilevando che la ricorrente non aveva prodotto la polizza assicurativa espressamente richiesta a pena di esclusione dal Capitolato e perciò era stata legittimamente esclusa dalla gara; che lo scopo della disposizione era quello di consentire la verifica dell'affidabilità del concorrente e quindi essa non poteva considerarsi irragionevole, arbitraria o illogica; che non poteva farsi luogo ad integrazione della documentazione in quanto non vi era un documento da integrare; che il criterio di aggiudicazione era stato chiaramente indicato nel prezzo più basso nella disciplina di gara, per cui il riferimento nel verbale di gara all'offerta economicamente più vantaggiosa, doveva considerarsi una mera imprecisione terminologica; che la stipulazione del contratto era doverosa per l'Amministrazione una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva della gara; che la richiesta di risarcimento non poteva essere accolta in quanto per effetto dell'esclusione della gara l'offerta della ricorrente non era stata valutata e perciò non vi sono elementi per stabilire l'esito della gara nel caso di ammissione della sua offerta.

Costituitasi in giudizio, la società aggiudicataria ha dedotto doglianze analoghe a quelle dell'Amministrazione provinciale, facendo presente in particolare che ben sei Ditte partecipanti alla gara (BETA, Intèrim, DELTA, ZETA, Manpower e Articolo I) avevano ritenuto che il requisito in contestazione fosse necessario per la partecipazione alla gara e non per la sua aggiudicazione; che la decisione invocata dall'appellante (Sez. V n.37/2007) si riferiva ad un caso sensibilmente diverso, in quanto la polizza assicurativa riguardava la responsabilità civile professionale di un gabinetto medico che agisce in nome e per conto proprio attraverso personale specializzato la cui affidabilità può rilevare solo ai fini di ciascun servizio svolto su incarico dell'Amministrazione.

5. Con memoria conclusiva, l'appellante ha ulteriormente illustrato le doglianze proposte, soffermandosi sull'entità del danno sofferto.

All'udienza del 14 marzo 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. L'appello è fondato nei limiti appresso indicati.

6.1. Priva di pregio è la doglianza con la quale si sostiene l'equivocità della clausola sulla cui base la ricorrente è stata esclusa dalla gara.

Invero, sia il bando di gara (Sez. III, punto 2.1. con riferimento alle condizioni minime di carattere economico e tecnico da dimostrare, a pena di esclusione), sia il Capitolato d'oneri e condizioni per l'appalto (art. 11- requisiti di partecipazione alla gara, punto 4) prevedevano espressamente, a pena d'esclusione, per l'ammissione alla gara, tra l'altro, una "polizza assicurazione RCT per copertura assicurativa lavoratori somministrati di importo minimo di euro 1.500.000,00".

Né si pone nella presente controversia un problema di determinazione del corretto contenuto della clausola (assicurazione per i lavoratori ordinariamente somministrati da parte del somministratore o limitatamente ai lavoratori da somministrare alla provincia di Latina), aspetto sul quale si soffermano sia l'appellante che le parti resistenti, in quanto la ricorrente non ha prodotto alcuna polizza assicurativa, ma solo si è dichiarata disponibile a farlo in caso di aggiudicazione della gara.

6.2. Peraltro la richiesta di detto requisito in sede di ammissione alla gara deve ritenersi illegittima, come dedotto dall'appellante, in quanto in contrasto con i principi che regolano i requisiti di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, con la conseguenza che è invalida per l'illegittimità derivata l'esclusione della ricorrente.

6.2.1. Al riguardo il Collegio non ha motivi per discostarsi da una recente decisione della Sezione (n. 37/2007), che si è pronunciata su una fattispecie analoga, con l'affermazione del principio secondo cui la copertura assicurativa sulla responsabilità civile per danni a terzi assume rilievo solo in sede di prestazione del servizio.

Tale principio va confermato nel caso in esame in cui la finalità perseguita, attraverso la prescrizione della copertura assicurativa della responsabilità civile, alla quale si riconnette l'obbligazione della compagnia assicurativa a favore del soggetto che contrae l'assicurazione (somministratore), concerne i rischi arrecati ai terzi dall'attività svolta dal prestatore di lavoro in somministrazione nell'esercizio delle sue mansioni e della quale in mancanza dell'assicurazione dovrebbe rispondere l'utilizzatore ai sensi dell'art. 26 D. L. n. 10 settembre 2003 n. 276 e successive modificazioni.

6.2.2. Di conseguenza, a prescindere dalla legittimità o meno di tale trasferimento di responsabilità dall'utilizzatore al somministratore in relazione alle numerose cautele che il legislatore ha posto per considerare lecito il contratto di somministrazione di lavoro nel menzionato decreto legislativo

n.276/2003 e successive modificazioni (aspetto che in questo giudizio non viene in rilievo), appare senz'altro irrazionale ed inutilmente vessatorio pretendere l'accertamento della copertura assicurativa come requisito di partecipazione alla gara, in funzione trasversale di dimostrazione di una determinata capacità economica e finanziaria dell'offerente o della sua capacità tecnica, trattandosi di rischio connesso unicamente allo svolgimento dello specifico servizio e perciò da richiedere (eventualmente) solo a seguito dell'aggiudicazione della gara.

Invero, anche se deve ammettersi una certa discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge (cfr. le decisioni di questo Consiglio, sez. v , 17 maggio 2005 n. 2465; sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442), deve comunque coesistere il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare. La relativa scelta poi può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6967), come nel caso in questione.

6.2.3. Contrariamente a quanto sostenuto dall'aggiudicataria, la fattispecie in considerazione non è diversa da quella oggetto della decisione della Sezione n. 37/2007, trattandosi in entrambi i casi di copertura assicurativa per danni cagionati a terzi da prestatori di lavoro di carattere professionale o generico che sono alle dipendenze di imprese che partecipano alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto (cfr., per quanto concerne il contratto di somministrazione di lavoro, l'art. 23 del D. Lvo n.276/2003 , il quale espressamente si riferisce ai "lavoratori dipendenti dal somministratore..." nel comma 1° e prevede che l'esercizio del potere disciplinare "è riservato al somministratore ...." nel comma 7°).

6.2.4. La doglianza accolta soddisfa in pieno l'interesse della ricorrente la cui offerta, inizialmente esclusa dalla gara, dovrà essere riesaminata dalla Commissione di gara al fine di stabilire sia pure in modo virtuale l'aggiudicatario, essendo stato probabilmente l'appalto (di durata annuale salvo proroga) nelle more del giudizio completamente eseguito.

7. Deve essere pertanto dichiarata inammissibile allo stato la domanda di risarcimento del danno, non essendo prevedibile l'esito del riesame che la commissione di gara dovrà effettuare.

8. Per quanto sopra esposto, assorbite le ulteriori doglianze, il ricorso in appello deve essere accolto in parte, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso originario, salvo le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

Condanna le parti resistenti (Provincia di Latina e BETA S.p.A.) al pagamento delle spese di giudizio, liquidate complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila,00) a favore dell'appellante.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 14 Marzo 2008 con l'intervento dei Signori:

Pres. Raffaele Iannotta

Cons. Giuseppe Severini

Cons. Caro Lucrezio Monticelli

Cons. Aniello Cerreto Est.

Cons. Giancarlo Giambartolomei

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto F.to Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

F.to Agatina Maria Vilaro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 8-09-08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC. 5691/07

N°. RIC. 5691/07

SC