



# DELIBERA N. 40

1 febbraio 2023

## Oggetto

Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dal RTP con mandataria Iencon S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e direzione operativa dei lavori per l'intervento denominato "Completamento interventi sul porto di Ortona - approfondimento dragaggio e prolungamento diga sud" - Importo a base di gara euro: 1.194.908,58 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Azienda Regionale Attività Produttive (ARAP) Abruzzo

**PREC 176/2022/S**

## Riferimenti normativi

Art. 83 d.lgs. 50/2016

## Parole chiave

Requisiti capacità economico-finanziaria – Copertura assicurativa – raggruppamento temporaneo di professionisti - Modalità di comprova dei requisiti

## Massima

**Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di capacità economico finanziaria – Copertura assicurativa – Raggruppamento temporaneo di professionisti - Modalità di Comprova – Prescrizioni lex specialis – Vincolatività.**

**Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di capacità economico finanziaria – Copertura assicurativa – Mandataria – Importo inferiore al massimale – Soccorso istruttorio – Attivazione - Condizioni**

*Nel caso in cui il raggruppamento temporaneo di professionisti, ai fini della comprova del requisito di partecipazione consistente nel possesso di una copertura assicurativa con un certo massimale, opti per*



*la presentazione di un'unica polizza intestata alla mandataria ma estesa anche ai mandanti, di importo, tuttavia, inferiore al massimale richiesto dagli atti di gara, non è consentito comprovare il raggiungimento della soglia del massimale richiesto dalla lex specialis mediante la somma degli importi delle polizze dei professionisti raggruppati.*

*Qualora la copertura assicurativa dell'impresa mandataria sia di importo inferiore al massimale richiesto dalla lex specialis e non contenga l'impegno dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto in caso di aggiudicazione, non è consentita l'attivazione del soccorso istruttorio per consentire all'impresa di aumentare il massimale della polizza.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 febbraio 2023

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 104479 del 13 dicembre 2022, con cui il RTP con mandataria la Soc. Iencon a r.l. ha contestato la delibera con cui l'Azienda Regionale per le attività produttive della Regione Abruzzo (d'ora in avanti, per brevità, ARAP) ha disposto la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto;

RILEVATO che la suddetta delibera ha recepito la proposta di esclusione del raggruppamento istante, formulata dal RUP per le seguenti ragioni:

- a) Il raggruppamento sarebbe carente del requisito di partecipazione fissato dall'art. 7.2 lett. f) del disciplinare di gara, consistente nel possesso di una copertura assicurativa con massimale non inferiore a 3.000.000,00 euro. Secondo le prescrizioni del disciplinare, nel caso di raggruppamento temporaneo di professionisti, tale requisito poteva essere soddisfatto o attraverso *i)* la somma dei massimali delle polizze dei singoli operatori del raggruppamento o con *ii)* un'unica polizza della mandataria per il massimale indicato, con copertura estesa ai mandanti. Il raggruppamento si era avvalso della opzione *iii)*, in quanto ciascun professionista aveva presentato la propria polizza; tuttavia, ad un più attento esame delle dichiarazioni e della documentazione trasmessa era emerso che uno dei mandanti, il dott. Salvatore Agizza, era sprovvisto di una propria copertura assicurativa. Arap attivava, pertanto, il soccorso istruttorio, in esito al quale il RTP produceva una polizza del geologo, stipulata, tuttavia, in data successiva alla scadenza dei termini per la partecipazione alla gara e, per tale ragione, non utilizzabile, pena la violazione della *par condicio competitorum*; successivamente, il mandatarario del RTP, Iencon S.r.l., rappresentava che la propria polizza professionale conteneva una clausola (art. 8) che consentiva di estenderne gli effetti anche agli altri professionisti del raggruppamento e segnalava, contestualmente, che la circostanza che il massimale della propria polizza fosse inferiore a quanto richiesto dal disciplinare era del tutto irrilevante in quanto la somma di tutte le polizze presentate dai componenti il RTP (pari a 7.500.000,00) era comunque notevolmente superiore all'importo richiesto dal bando. Il RUP ha ritenuto di non poter ammettere il RTP a tale modalità di prova del requisito di partecipazione – consistente, nella sostanza, nel cumulo delle opzioni *i)* e *ii)* – in quanto non prevista dagli atti di gara;



- a) La somma delle quote di partecipazione al raggruppamento, indicate dai singoli professionisti in sede di offerta, risultano superiori al 100%. Secondo l'istante, si tratterebbe di un mero errore materiale, rettificabile in sede di soccorso istruttorio, anche in ragione del fatto che l'art. 48, comma 4, del Codice e le stesse prescrizioni del disciplinare di gara stabiliscono che negli appalti di servizi è necessario indicare solo le parti del servizio che ciascun operatore si impegna ad eseguire e non anche le quote di partecipazione. ARAP, invece, ha rilevato che, sebbene con riferimento agli appalti di servizi la normativa imponga agli operatori economici di specificare solo le parti svolte da ogni componente del RTP, l'Autorità, nella delibera n. 122 del 10/02/2021, ha affermato che tale indicazione può essere effettuata anche mediante indicazione della relativa percentuale, modalità adottata dal RTP "Iencon Scarl e più" e che l'indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento in sede di offerta costituisce un elemento essenziale dell'offerta stessa come più volte affermato dal Consiglio di Stato anche in sede collegiale (vedi sentenza n. 4927/2020) per cui l'errore non è sanabile mediante soccorso istruttorio in quanto andrebbe a costituire una modifica dell'offerta in violazione del principio della *par condicio*;

VISTE le censure sollevate dall'istante avverso i predetti motivi di esclusione. Relativamente alla mancanza di copertura assicurativa del componente del RTP dott. Salvatore Agizza, l'istante evidenzia che questo mandante, come del resto tutti gli altri mandanti del RTP, è garantito dalla copertura assicurativa contro i rischi professionali stipulata dalla IENCON e presentata dalla medesima nella sua qualità di capogruppo-mandatario del RTP, estesa, per espressa previsione dell'art. 8 della stessa polizza, anche alle attività espletate dai mandanti costituenti il RTP. Né è meritevole di accoglimento l'eccezione formulata dalla Stazione appaltante secondo la quale la possibilità di unica polizza assicurativa della mandataria non sarebbe applicabile in quanto la mandataria IENCON ha una copertura assicurativa dichiarata limitata a € 1.500.000,00 inferiore all'importo richiesto dal bando di € 3.000.000,00. Infatti, la delibera ANAC n.290 del 21/06/2021, ha affermato che *"..... il nuovo comma 5-bis dell'art. 83 del Codice, inserito dal Decreto Semplificazioni (art. 8, comma 5, lett. c) del d.l. n. 76/2020 conv. con mod. in l. n. 120/2020) chiarisce che, ai fini del rispetto del requisito, non è necessario che il massimale della polizza sia adeguato al valore della base d'asta già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ritenendo sufficiente un impegno della compagnia assicurativa ad adeguare il massimale nel caso in cui l'operatore economico risulti aggiudicatario. Tale previsione si pone in linea con l'orientamento giurisprudenziale che, preferendo l'interpretazione che impone il costo minore per gli operatori economici, ha ritenuto che il livello adeguato di copertura assicurativa possa essere raggiunto anche per gradi e con una pluralità di strumenti negoziali, giungendo ad escludere che la norma richieda necessariamente l'allegazione di un nuovo contratto di assicurazione con un massimale già adeguato al valore dell'appalto (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 27 febbraio 2017, n. 282)".* Infine, il raggruppamento evidenzia che comunque i componenti del RTP – ad eccezione, si ripete, del dott. Agizza – hanno esibito e trasmesso alla stazione appaltante anche le loro singole polizze, la cui somma conduce ad un massimale complessivo (sommato) pari a euro 7.500.000,00, garantendo quindi una cifra abbondantemente al di sopra di quella richiesta da ARAP. Per quanto concerne, poi, l'errore di indicazione delle quote di partecipazione nel RTP, che, secondo il RUP, non è rettificabile senza determinare una modifica all'offerta con conseguente violazione della *par condicio* dei partecipanti, tale fattispecie è chiaramente infondata. Infatti trattasi di mero errore materiale che assolutamente non può essere invocato per l'esclusione dalla gara del RTP. Il riconoscimento di tale errore materiale non ha bisogno di complesse indagini ricostruttive ed è anzi agevolmente ricostruibile da parte di chiunque;

VISTE, alla luce degli elementi di fatto e di diritto forniti, le specifiche questioni su cui l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi: 1) se, nel caso di Raggruppamento Temporaneo di Professionisti (RTP), il



requisito relativo alla copertura assicurativa contro i rischi professionali possa essere soddisfatto dal RTP nel suo complesso mediante un'unica polizza della mandataria per il massimale richiesto dal disciplinare con copertura estesa a tutti gli operatori del RTP; 2) qualora la polizza della mandataria sia espressamente estesa a tutti i componenti del RTP ma non copra il massimale richiesto dal disciplinare, se questo costituisca motivo di esclusione del RTP dalla gara oppure la stazione appaltante sia tenuta ad attivare il soccorso istruttorio per chiedere alla mandataria di aumentare il massimale fino all'importo richiesto nel disciplinare di gara; 3) nel caso le quote di partecipazione di tutti i componenti al RTP superino il valore del 100%, se questo è motivo di esclusione del RTP dalla gara oppure costituisca errore sanabile e la stazione appaltante è tenuta ad attivare il soccorso istruttorio per consentire la rettifica/correzione delle quote;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 106632 del 19 dicembre 2022;

VISTE le memorie dell'istante, acquisite al prot. n. 108214 del 23 dicembre 2022;

VISTE le memorie della Stazione appaltante, acquisite al prot. n. 108684 del 27 dicembre 2022;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 (introducendo un elemento di novità rispetto all'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006) attribuisce al potere discrezionale delle stazioni appaltanti la facoltà di richiedere negli appalti di servizi e forniture, quali requisiti di capacità economica e finanziaria, "c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali";

CONSIDERATO altresì che il nuovo comma 5-bis dell'art. 83 del Codice, inserito dal Decreto Semplificazioni (art. 8, comma 5, lett. c) del d.l. n. 76/2020 conv. con mod. in l. n. 120/2020), prevede che la valutazione circa l'"adeguatezza" della copertura assicurativa sia condotta dalla stazione appaltante sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità. La novella, inoltre, chiarisce che, ai fini del rispetto del requisito, non è necessario che il massimale della polizza sia adeguato al valore della base d'asta già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ritenendo sufficiente un impegno della compagnia assicurativa ad adeguare il massimale nel caso in cui l'operatore economico risulti aggiudicatario. Tale previsione si pone in linea con l'orientamento giurisprudenziale che, preferendo l'interpretazione che impone il costo minore per gli operatori economici, ha ritenuto che il livello adeguato di copertura assicurativa possa essere raggiunto anche per gradi e con una pluralità di strumenti negoziali, giungendo ad escludere che la norma richieda necessariamente l'allegazione di un nuovo contratto di assicurazione con un massimale già adeguato al valore dell'appalto (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 27 febbraio 2017, n. 282). Nella citata pronuncia, il Collegio ha ritenuto che "l'esclusione dalla gara è una sanzione ragionevole e proporzionata solo quando la stazione appaltante sia esposta al rischio di selezionare un aggiudicatario non in grado di attivare immediatamente la copertura assicurativa. Al contrario, se vi è la certezza che la copertura assicurativa richiesta dal bando o dal disciplinare di gara sarà presente al momento dell'aggiudicazione, e che l'attivazione della suddetta copertura dipende solo dalla volontà dell'aggiudicatario, e non dall'assenso di terzi, l'interesse pubblico può dirsi tutelato, e di conseguenza risulta indifferente lo strumento negoziale che ha reso possibile il risultato. La clausola di incremento del massimale riferita alla polizza già stipulata dalla cooperativa ricorrente rientra perfettamente in tale schema, perché, come si è visto, non lascia spazio a ulteriori contrattazioni con la compagnia di assicurazione. L'attivazione della garanzia con il massimale richiesto è una potestà rimessa esclusivamente alla parte contraente una volta verificatasi l'aggiudicazione";

RILEVATO che, nel caso di specie, l'art. 7.2, lett. f) del disciplinare di gara richiedeva, a comprova della capacità economico finanziaria dell'operatore economico, una copertura assicurativa contro i rischi



professionali per un massimale non inferiore ad € 3.000.000,00; il successivo art. 7.4 – conformemente alle previsioni del bando tipo Anac n. 3 – stabiliva che *“Il requisito relativo alla copertura assicurativa contro i rischi professionali di cui al punto 7.2 lett. f) deve essere soddisfatto dal raggruppamento nel complesso, secondo una delle opzioni di seguito indicate: a) somma dei massimali delle polizze dei singoli operatori del raggruppamento; in ogni caso, ciascun componente il raggruppamento deve possedere un massimale in misura proporzionalmente corrispondente all’importo dei servizi che esegue; b) unica polizza della mandataria per il massimale indicato, con copertura estesa a tutti gli operatori del raggruppamento”*;

RILEVATO che, dall’esame della documentazione in atti, risulta che il RTP con mandataria la Soc. lencon S.r.l. non soddisfa alcuna delle due opzioni previste dal disciplinare: non l’opzione a), in quanto il mandante - geologo risulta sfornito di una polizza professionale stipulata in data antecedente alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte. Anche l’opzione b) non risulta soddisfatta, atteso che il massimale della polizza stipulata dalla lencon S.r.l. è di importo inferiore a quello richiesto dagli atti di gara e, diversamente dal caso affrontato nella richiamata pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, e che ha costituito l’antecedente della novella legislativa del 2020 –inapplicabile *ratione temporis* al caso di specie atteso che il bando di gara è stato pubblicato nel 2019 – la polizza della mandataria non contiene l’impegno dell’assicuratore ad elevare gli importi del massimale, in caso di aggiudicazione, su semplice richiesta dell’assicurato. Tale carenza impedisce anche l’attivazione del soccorso istruttorio per incrementare il massimale. Come già rappresentato dall’Autorità, il requisito della copertura assicurativa è richiesto ai fini dell’ammissione alla gara – requisito di natura economica in alternativa al classico requisito del fatturato – e non ai fini dell’esecuzione del servizio, per cui qualsiasi modifica sostanziale della documentazione attestante il suo possesso successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte non può considerarsi ammissibile perché in violazione del principio della *par condicio competitorum*, posto a garanzia della regolarità della procedura concorsuale, nell’interesse sia della pubblica amministrazione che dei partecipanti (cfr. Delibera Anac n. 419 del 15 maggio 2019; Delibera ANAC n. 290 del 21 giugno 2022). In altri termini, se venisse attivato il soccorso istruttorio, si consentirebbe all’operatore economico di dotarsi *ex post* di un requisito di partecipazione di natura economica che, per sua intrinseca natura, deve essere posseduto entro la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, violandosi, in tal modo, il principio cardine delle procedure ad evidenza pubblica, quello della *par condicio competitorum*;

CONSIDERATO, inoltre, che è da escludersi anche la soluzione suggerita dall’istante, ovvero quella di mixare le due opzioni, ritenendo, per un verso, che la copertura assicurativa della mandataria lencon S.r.l. copra anche la posizione del mandante, dott. Agizza, e che, al contempo, il massimale dei 3.000.000,00 euro richiesto dal disciplinare possa essere soddisfatto cumulando gli importi delle polizze dei singoli operatori riuniti. Tale soluzione si scontra infatti con il dato letterale della *lex specialis* - conforme, peraltro, alle indicazioni bando tipo n. 3 - che impone, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito, di ricorrere a due modalità alternative: *tertium non datur*;

RITENUTO, in conclusione, che il provvedimento di esclusione, relativamente alla riscontrata carenza del requisito di partecipazione consistente nel possesso di una copertura assicurativa con massimale non inferiore a 3.000.000,00 euro, da dimostrarsi secondo una delle modalità fissate dal disciplinare, sia conforme alla normativa di settore, alla *lex specialis*, al bando tipo n. 3 e ai principi elaborati alla Giurisprudenza e dall’Autorità in tema di limiti all’esperibilità del soccorso istruttorio;

CONSIDERATO che la seconda questione, relativa alla possibilità di rettificare un errore materiale nell’indicazione delle quote di partecipazione è da ritenersi assorbita alla luce del condiviso principio



secondo il quale, laddove una determinazione amministrativa di segno negativo tragga forza da una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali sia di per sé idonea a supportarla in modo autonomo, è sufficiente che anche una sola di esse passi indenne alle censure mosse in sede giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti esente dall'annullamento (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 29 febbraio 2016 n. 5; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2013 n. 1373 e 27 settembre 2004 n. 6301; Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010 n. 4243);

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il provvedimento di esclusione del RTP con mandataria la Soc. lencon S.r.l., con riferimento alla carenza del requisito di partecipazione consistente nel possesso di una copertura assicurativa con massimale non inferiore a 3.000.000,00 euro, da comprovare, per i raggruppamenti temporanei, secondo una delle modalità fissate dal disciplinare, è conforme alla normativa di settore, alla *lex specialis*, al bando tipo n. 3 e ai principi elaborati alla Giurisprudenza e dall'Autorità in tema di limiti all'attivazione del soccorso istruttorio. Resta assorbita la questione relativa all'errata indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 febbraio 2023  
Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente