

Pubblicato il 24/11/2017

N. 02740/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00872/2017 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 872 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
OMISSIS S.C.Ar.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato  
Francesco Zaccone, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Rametta in Catania, via Umberto  
I, 187;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto  
presso il suo studio in Catania, piazza Trento, 2;  
Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in  
persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Dello Stato,  
domiciliata in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando, del disciplinare di gara e di tutti gli atti indittivi della procedura indetta da RFI S.p.A.  
per l'affidamento dell'“Esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Palermo –Catania,  
nella tratta Bicocca-Catenanuova, tra la stazione di Bicocca e Catenanuova compresa la  
progettazione esecutiva”, nella misura in cui, a mezzo degli stessi, la S.A. ha limitato vistosamente  
ed arbitrariamente le possibilità di partecipazione alla gara, restringendo ai minimi la platea dei  
concorrenti ed introducendo condizioni contra ius tali da impedire la stessa possibilità di  
formulazione delle offerte, mediante la previsione di criteri massimamente restrittivi in punto di  
ammissibilità e gradimento dei soggetti abilitati a rendere le cauzioni e garanzie richieste per

l'appalto;

- ove occorra, delle condizioni generali di contratto (art. 11) richiamate nella lex specialis e della “normativa interna” del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. (non altrimenti conosciuta) relativa ai criteri di ammissibilità e/o al gradimento degli operatori fidejudenti e delle cauzioni definitive, nonché della ulteriore regolamentazione interna al Gruppo FSI e degli schemi di polizza da utilizzarsi in relazione al contratto d'appalto oggetto di affidamento

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti null null null

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- dell'atto di rettifica del bando e del disciplinare di gara e, quindi, del bando e del disciplinare così come rettificati, giusta avviso spedito da RFI per la pubblicazione il 17.5.2016;

- della nota Ferrovie dello Stato Italiane UA 9/10/2015 – FS-DCFCP/A001/P/202015/000 del 9.10.2015 recante “valutazione solvibilità e affidabilità economica istituti assicurativi fidejudenti”;

- della nota Ferrovie dello Stato Italiane UA 20/12/2016 – FS-DCFCP/A0011/P/2016/000 0561 del 20.12.2016;

- della disposizione Ferrovie dello Stato Italiane UA 20/1/2017 – FS-DCFCP/A0011/P/2017/000 0023 del 20.1.2017, recante “Aggiornamento valutazione solvibilità e affidabilità economica istituti assicurativi fidejudenti”;

- dello schema di polizza prodotto in giudizio dalla Committenza intimata;

- delle condizioni generali di contratto del Gruppo FSI;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione e di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato e di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1) Con bando pubblicato sul profilo del committente il 13.04.2017 e sulla GURI il 24.04.2017, RFI ha indetto una procedura di gara per l'affidamento dell'“Esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Palermo–Catania, nella tratta Bicocca-Catenanuova, tra la stazione di Bicocca e Catenanuova compresa la progettazione esecutiva”, per un importo complessivo pari ad € 221.424.600,80.

Il termine di presentazione delle offerte era fissato dal bando al giorno 13.07.2017.

Pur rientrando l'appalto nei c.d. settori speciali, il paragrafo III.1.6) del bando richiede espressamente ai concorrenti di prestare in sede di aggiudicazione una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo d'appalto e, quindi, all'aggiudicatario di prestare una cauzione definitiva pari al 10% dell'importo contrattuale

A sua volta, il Disciplinare di gara (pag. 32 e 33), dopo aver ribadito le previsioni del bando in punto di cauzione provvisoria, in merito alla cauzione definitiva nella prima versione disponeva quanto segue:

- “Il soggetto aggiudicatario dell'appalto dovrà costituire una cauzione definitiva (rilasciata da banche, intermediari finanziari o compagnie di assicurazione)...nella misura del 10% dell'importo complessivo netto del contratto...;

- Il soggetto aggiudicatario dell'appalto dovrà comunicare preventivamente a RFI S.p.A. tutti i dettagli per l'univoca identificazione dell'istituto garante e la stessa committente accetterà solo garanzie rilasciate da garanti oggetto di gradimento del Gruppo FS, verificata l'affidabilità creditizia, effettuando la valutazione dei relativi requisiti di natura economico patrimoniale;

- Relativamente agli istituti assicurativi si rendono fin d'ora noti i criteri oggettivi sulla base dei quali RFI S.p.a. valuta l'affidabilità economica degli stessi; l'istituto assicuratore deve:

a. essere autorizzato dall'IVASS ad operare in Italia;

b. avere un indice di solvibilità non inferiore a 1,2;

c. con riferimento alla più recente pubblicazione ANIA denominata “Premi del Lavoro diretto italiano”: i. raccolta premi lordi totali (totale generale) non inferiore a 40 milioni oppure, in alternativa, ii. raccolta premi ramo cauzioni non inferiore a 35 milioni di euro.

- La mancata costituzione della cauzione determina la revoca dell'aggiudicazione e l'acquisizione della cauzione provvisoria, con conseguente comunicazione all'Anac, per l'eventuale inserimento dell'annotazione sul casellario;

- È espressamente esclusa l'applicazione alla presente procedura del beneficio della riduzione percentuale per le imprese in possesso della certificazione di qualità, non trovando applicazione nei settori speciali le disposizioni di cui all'art. 103 del D.lgs. 50/2016.

- Fermo restando quanto sopra, la cauzione definitiva potrà essere costituita: a) mediante fideiussione, utilizzando lo schema allegato al presente disciplinare; b) in numerario mediante

deposito vincolato utilizzando lo schema allegato al presente disciplinare.

- Il soggetto aggiudicatario dovrà versare l'importo della cauzione in contanti su un conto corrente acceso ad hoc presso un Istituto bancario che dovrà essere preventivamente comunicato ad RFI S.p.A.”.

Il ricorrente ha impugnato “il bando, il disciplinare di gara e tutti gli atti indittivi della procedura”, nella misura in cui, “a mezzo degli stessi, la S.A. ha limitato vistosamente ed arbitrariamente le possibilità di partecipazione alla gara, restringendo ai minimi la platea dei concorrenti ed introducendo condizioni contra ius tali da impedire la stessa possibilità di formulazione delle offerte, mediante la previsione di criteri massimamente restrittivi in punto di ammissibilità e gradimento dei soggetti abilitati a rendere le cauzioni e garanzie richieste per l'appalto”.

Dopo una modifica apportata da RFI successiva alla notifica del ricorso, il disciplinare ha poi previsto, per quanto riguarda i criteri oggettivi sulla base dei quali RFI si riservava di valutare l'affidabilità economica degli istituti assicurativi, che questi, oltre ad essere autorizzati a operare in Italia, avrebbero dovuto possedere contemporaneamente i seguenti requisiti:

“a. Indice di solvibilità non inferiore a 1,2;

b. Capitale Sociale pari almeno a 2 volte il valore della fidejussione da prestare;

c. Raccolta Premi Lordi Totale pari ad almeno 100 volte il valore della fidejussione da prestare”.

Inoltre, in seguito alla rettifica del bando e del disciplinare è stata inserita la previsione della riduzione del 50%, sia per la cauzione provvisoria sia per quella definitiva, per gli operatori economici in possesso di certificazione del Sistema di qualità conforme alle norme Europee della Serie UNI CEI ISO 9000.

Anche dopo tali modifiche, però, il ricorrente ha proposto motivi aggiunti, perché ha continuato ad affermare che le suddette clausole “risultano massimamente restrittive della concorrenza e limitative della possibilità di partecipazione, elidendo in radice per l'esponente e, per la più parte degli operatori economici, la possibilità di presentare offerta”.

Ciò perché “il meccanismo di valutazione/gradimento dei soggetti fidejubenti previsto dal Disciplinare rende praticamente impossibile, anche per operatori di medie e grandi dimensioni, rinvenire sul mercato istituti assicurativi accettati da RFI, non essendovi soggetti in grado di soddisfare tali richieste, ovvero soggetti che accettino le condizioni restrittive imposte da RFI se non a patti estremamente onerosi”.

Anzi, secondo il ricorrente in tal modo “RFI ha adottato una disciplina ancor più restrittiva rispetto a quella originariamente prevista, tale da rendere pressoché impossibile la partecipazione alla procedura alla stragrande maggioranza degli operatori economici e, in primis, al Consorzio OMISSIS”.

Infatti, “nessuna compagnia operante nel ramo cauzioni può vantare una raccolta premi di tale ammontare”.

Dopo la rinuncia all'istanza cautelare, alla pubblica udienza del 23.11.2017 la causa è stata posta in decisione.

2) Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per carenza in capo al ricorrente di un interesse attuale all'impugnazione, in relazione al fatto che "di fronte ad una clausola, come nella specie, non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara con la revoca dell'aggiudicazione e, quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare".

Più precisamente, "nella fattispecie le censure di legittimità prospettate dal ricorrente riguardano esclusivamente le clausole della *lex specialis* relative all'obbligo in capo al concorrente aggiudicatario di costituire una cauzione definitiva, pena la revoca dell'aggiudicazione. Dette regole sebbene possano prefigurare, in caso di mancata osservanza, la perdita dell'aggiudicazione, tuttavia non possono annoverarsi tra le clausole c.d. "escludenti" in senso stretto, consentendo al concorrente comunque di poter partecipare alla procedura ad evidenza pubblica e presentare l'offerta, entro il termine perentorio, corredata della cauzione provvisoria avente i requisiti di cui al disciplinare di gara".

Tale eccezione può essere esaminata insieme all'altra di "inammissibilità del ricorso principale per genericità delle censure di legittimità", motivata con riferimento al fatto che "le censure di parte ricorrente si presentano inidonee a chiarire, precisare e specificare, in concreto, la portata restrittiva della *lex specialis* nella quale invero sono stati prescritti specifici requisiti (indice solvibilità, capitale sociale e raccolta premi) in relazione ai quali la difesa del Consorzio non accenna a dedurre specifici vizi di irragionevolezza, sproporzione, né a confrontarli con altri parametri e/o requisiti al fine di comprovare la impossibilità di reperire nel mercato assicurativo imprese corrispondenti a quelli richiesti per il gradimento di RFI e, dunque, l'effettiva portata lesiva della clausola impugnata".

Il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'onere di immediata impugnazione delle previsioni della legge di gara non sorge solo per quelle in senso classico "escludenti", che prevedono requisiti soggetti di partecipazione, ma anche quando vi sia la necessità di "contestare clausole...anche solo impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa, per i concorrenti, la partecipazione alla gara; in questi casi già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione, ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole...che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso; il che comporta per lui un arresto procedimentale perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili" (cfr., ex multis, Cons.St., sez. V, 26/06/2017 n. 3110).

E nel caso di specie, il ricorrente fa valere la circostanza che "l'espressa previsione del disciplinare per cui "la mancata costituzione della cauzione"(per mancato gradimento del fideiussore da parte dell'Amministrazione) "determina la revoca dell'aggiudicazione e l'acquisizione della cauzione provvisoria" (di importo pari a circa € 4.000.000,00) costituisce un deterrente formidabile diretto a scoraggiare ogni possibilità di partecipazione per la stragrande maggioranza degli operatori economici".

Cosicché, secondo il ricorrente, "la *lex specialis* consente la partecipazione ai soli soggetti che, in caso di aggiudicazione, siano in grado di far fronte ad una fidejussione bancaria o ad un deposito vincolato pari a circa € 22.000.000,00"; e tale previsione concretizza un "onere eccessivamente gravoso per quasi tutti gli operatori economici e, per quel che qui rileva, massimamente lesivo della

concorrenza e dei principi di non discriminazione e proporzionalità”.

Per cui, “la società ricorrente, che pure vorrebbe prendere parte alla procedura (in RTI con altri operatori), si vede tuttavia preclusa in radice la possibilità di presentare offerta, stante da un lato la difficoltà (se non l'impossibilità) di costituire una fideiussione bancaria o un deposito vincolato di ammontare pari a circa 22 milioni di euro e, dall'altro lato, il serio rischio di subire l'escussione della cauzione provvisoria, pari a circa 4 milioni di euro, a fronte del mancato gradimento che RFI potrebbe esprimere con riguardo ad eventuali soggetti fidejudenti proposti, per via dell'illegittima previsione dei criteri di gradimento sopra indicati; rischio questo, senz'altro più che attuale, stante l'ormai conclamato non gradimento espresso da RFI nei confronti degli istituti assicuratori operanti nel mercato nazionale”.

E da tali premesse il ricorrente ha concluso che “discende la necessità di impugnare la legge di gara, poiché recante clausole immediatamente preclusive della partecipazione, intese ad imporre oneri irragionevoli, sproporzionati e contra ius agli aspiranti partecipanti e tali da rendere impossibile o, peggio, dannosa la formulazione di un'offerta”.

Circostanza, questa, che a prescindere dalla fondatezza delle censure proposte, che attiene al merito della causa, legittima per il Collegio il Consorzio OMISSIS a proporre il ricorso in esame.

Né può avere rilievo la circostanza che il Consorzio non ha proposto domanda per partecipare alla procedura, perché nei casi in cui si contesti la stessa modalità di partecipazione alla procedura di gara, “la presentazione della domanda di partecipazione avrebbe avuto solo un carattere formale e dunque non necessario a radicare il bisogno di giustizia” (cfr., ex multis, Cons St., sez. V, 26/06/2017 n. 3110; cfr. anche CGA, 20.12.2016 n. 474, che, nel fare proprio l'orientamento descritto in punto di onere di immediata impugnazione, precisa anche che in questi casi non vi è l'onere “di presentarvi una domanda di ammissione”).

3) Il ricorso principale va dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, in relazione alle modifiche apportate a bando e disciplinare, in parte riproduttive delle precedenti previsioni e in parte nuove.

4.1) I motivi aggiunti sono invece infondati.

Il ricorrente sostiene che poiché il D.Lgs.18/04/2016 n. 50, di approvazione del (nuovo)“Codice dei contratti pubblici”, all'art. 30, comma 1, secondo alinea, e comma 2, prevede che “nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità...”, e che “le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici...”, allora, “laddove RFI avesse reputato necessario richiedere ai concorrenti la prestazione di una cauzione definitiva, avrebbe allora dovuto limitarsi ad applicare le norme codicistiche dettate dagli artt. 93 e 103 del D.lgs. 50/2016”, che disciplinano, rispettivamente, le “garanzie per la partecipazione alla procedura” e le “garanzie definitive”.

E ciò perché “seppur i soggetti operanti nei cd settori speciali non sono tenuti all'applicazione di tutte le norme e gli istituti previsti per i cd. settori ordinari (tra i quali l'istituto delle garanzie provvisoria e definitiva), in ragione delle maggior semplicità ed agilità delle procedure richieste dalla specialità del settore, ove ritengano di applicare detti istituti non possono comunque adottare una disciplina maggiormente restrittiva rispetto a quella prevista dalla legge”.

Anche perché, siccome per gli “appalti nei settori speciali”, tra cui rientra quello in esame, l’art. 114 del Codice dispone che “ai contratti pubblici di cui al presente Capo si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58...”, allora va applicato anche il citato art. 30, e i principi da esso enunciati.

Il Collegio ritiene però che il citato art. 30 non autorizzi in alcun modo a trarre le conclusioni che il ricorrente pretende di invocare, sia perché l’obbligo di rispettare “i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità”, rimane su un piano eccessivamente generico e, come meglio si dirà di seguito, non è stato violato nel caso di specie, e sia perché l’art. 114 comunque prevede sì l’applicabilità “delle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58...”, ma non in via generale e pedissequa, bensì solo “in quanto compatibili”.

In ogni caso, un conto è l’art. 30, e cosa affatto diversa sono gli artt. 93 e 103 del Codice, che non rientrano tra le disposizioni richiamate dall’art. 114; per cui, che l’unico modo di rispettare i principi di cui all’art. 30, e in particolare quello di concorrenza, fosse “applicare le norme codicistiche dettate dagli artt. 93 e 103 del D.lgs.”, rimane una affermazione non solo indimostrata ma anche arbitraria.

Da quanto premesso consegue che le disposizioni in materia di cauzioni dettate per i settori ordinari possono trovare applicazione nei settori speciali solo se la *lex specialis* espressamente le richiami.

In altri termini è da condividere la considerazione che nei settori de quibus “alla luce del correlativo e consequenziale espandersi della potestà discrezionale delle stazioni appaltanti nell’individuazione della *lex specialis* in materia di garanzie fideiussorie, stante l’assenza di una disciplina normativa primaria espressa sulle garanzie di offerta e di esecuzione, deve dunque riconoscersi, in astratto, la possibilità che ogni singola gara sia autonomamente regolamentata anche in difformità dalle previsioni recate dall’art. 75, d.lg. n. 163 del 2006, essendo rimessa a ciascuna Amministrazione procedente la discrezionalità in ordine all’applicazione o meno della normativa sulle garanzie prevista per gli altri settori” (T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 05/03/2014 n. 2550).

E tuttavia, “essendo rimessa alla *lex specialis* di ogni singolo appalto la predisposizione della normativa al riguardo, tale facoltà deve essere esercitata nel rispetto del nesso di necessità della deroga rispetto all’oggetto dell’appalto e del principio di proporzionalità, da coniugarsi con il perseguimento della tutela della concorrenza e del principio di massima partecipazione, dovendo la stazione appaltante stabilire le modalità di prestazione della cauzione e il relativo ammontare in modo coerente con la natura e l’oggetto dell’appalto, dovendo garantire ai partecipanti analoghe – rispetto a quelle dei settori classici – condizioni di accesso alla gara, laddove la stessa non abbia quel carattere di specificità che ne giustifica la deroga alla disciplina generale” (così sempre T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 05/03/2014 n. 2550).

4.2) Ora, nel caso in esame il Collegio ritiene che tale necessità della deroga, come pure il rispetto del principio di proporzionalità rispetto all’oggetto dell’appalto, siano stati dimostrati dall’Amministrazione; e ciò sia con riferimento alle caratteristiche dell’appalto (la costruzione di una intera linea ferroviaria) che all’importo dello stesso (oltre € 220 milioni di euro).

Da questo punto di vista, è irrilevante quanto sostenuto dal ricorrente, laddove ha sostenuto che “non risponde al vero l’affermazione per cui i criteri anzidetti sarebbero stati adottati da RFI solo in ragione dell’importanza e rilevanza dell’affidamento controverso”, perché “i medesimi criteri costituiscono applicazione di una regolamentazione generale interna al Gruppo FSI (...), applicata indistintamente a tutti gli affidamenti indetti dalle società del Gruppo FSI, senza che assumano

rilievo di volta in volta le caratteristiche e l'entità dell'appalto".

Infatti, ciò che conta è che nel caso di specie si tratti un appalto economicamente e di per sé di eccezionale importanza.

Va poi ricordato che a seguito delle rettifiche sopra descritte la RFI ha previsto sia per la cauzione provvisoria che per quella definitiva la riduzione al 50% per gli operatori economici in possesso di certificazione di qualità.

Ha poi ragione RFI ad affermare che il Consorzio non fornisce alcuna prova della denunciata irragionevolezza dei requisiti da essa richiesti agli istituti assicurativi, "tali da comportare l'impossibilità a rinvenire nel mercato assicurativo imprese e prodotti corrispondenti a quelli richiesti nel disciplinare di gara".

Anzi, più precisamente, alcune affermazioni del ricorrente, e in particolare che "nessuna compagnia operante nel ramo cauzioni può vantare una raccolta premi di tale ammontare", e "vi è poi prova nei fatti che non vi siano soggetti fidejudenti che risultino di gradimento di RFI", risultano documentalmente smentite.

Innanzitutto, va precisata l'irrelevanza dei dati, tratti da pubblicazione dell'ANIA, depositati dal ricorrente il 03.07.2017 (e quindi dopo la proposizione dei motivi aggiunti), relativi ai "Premi del lavoro Diretto Italiano 2016", cioè i premi raccolti dalle compagnie di assicurazione in ordine al solo ramo cauzione; infatti, anche se tale criterio era stato originariamente previsto nel disciplinare di gara pubblicato in allegato al bando del 13.04.2017, è stato poi rettificato, con la previsione del criterio della raccolta premi lordi totale, per cui la lex specialis vigente non fa più riferimento al volume di premi raccolto unicamente in Italia, essendo stata espunta l'iniziale limitazione, ma riferendosi ora alla raccolta premi lordi totale derivante dalla complessiva attività di assicurazione dei rischi.

Inoltre, risulta dimostrato che anche il valore del capitale sociale, pari a 2 volte il valore della fideiussione (euro 22.142.460,00, o con la riduzione del 50% di euro 11.071.230,00), non ostacola la ricerca di istituti assicurativi con tale capitale sociale.

Infatti, come eccepito da RFI, da quella pubblicazione si evince che in base alle previsioni della lex specialis relativa ai requisiti per le compagnie assicurative è possibile individuare ben 14 imprese che superano i 2,2 miliardi nella raccolta premi complessiva; a cui se ne aggiungono altre 10 se si tiene conto della previsione della riduzione al 50% del valore della fideiussione per il possesso di certificazione di qualità.

D'altra parte, la mancanza di difficoltà di trovare un numero adeguato di compagnie in grado di fornire le garanzie richieste è dimostrata dalla circostanza che entro i termini di presentazione previsti dal bando sono pervenute n. 6 domande da parte di concorrenti. Un numero di partecipanti, cioè, come rilevato da RFI, "considerevole se rapportato al valore dell'appalto di lavori".

Per quanto concerne inoltre il criterio della raccolta premi lordi totale, pari ad almeno 100 volte il valore della fideiussione, RFI ha ancora una volta correttamente precisato che tale criterio non impone di fare riferimento unicamente al volume di premi raccolto in Italia.

4.3) Il Consorzio ha molto insistito sul fatto che anche l'ANAC, in un suo parere del 06.12.2016, avrebbe già censurato il comportamento di FSI, in analoga circostanza.



In quella occasione, però, l'ANAC, si è pronunciata su un esposto che riguardava pareri non favorevoli di "società del Gruppo Ferrovie" sulla affidabilità creditizia del fidejubente, in caso di polizze per la cauzione definitiva, in un caso in cui l'esponente si lamentava del fatto che "la Vostra «normativa interna» vi impone di far riferimento unicamente alla pubblicazione ANIA «Premi del lavoro diretto italiano» e dunque al volume di premi raccolto unicamente in Italia. Tutto ciò, oltre a danneggiare direttamente e gravemente la Elite, rappresenta una palese violazione delle leggi in tema di libera concorrenza delle imprese sul mercato".

Ma come si è già detto, il criterio che faceva riferimento a quel tipo di premi è stato poi modificato, per cui la contestazione non ha più motivo di essere riproposta.

Il ricorrente ha poi più volte precisato che l'ANAC ha escluso che possa richiedersi alle imprese un indice di rating.

Ma sul punto è sufficiente rilevare che già nella originaria redazione la legge di gara non prevedeva che gli Istituti di Assicurazione che rilasciano le garanzie fideiussorie dovessero avere un rating.

Il citato parere dell'ANAC, semmai, dà torto al ricorrente, perché precisa che "possono costituire requisiti accettabili quelli basati su indicatori quali il livello di capitale sociale minimo, l'indice di solvibilità e la capacità di assicurare determinati rischi valutata sulla base della raccolta premi specifica. La misura dei requisiti...deve essere fissata tenendo conto del valore dell'affidamento e della concreta situazione del mercato".

Quindi, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, con il citato parere l'ANAC non ha censurato tout court i criteri introdotti da parte del Gruppo delle Ferrovie dello Stato, ma ha fornito delle indicazioni esclusivamente sul criterio della raccolta premi, che con le modifiche apportate al disciplinare RFI ha rispettato.

Infatti, per valutare l'affidabilità dell'assicuratore fideiubente RFI ha previsto proprio alcuni degli indicatori – quali "l'indice di solvibilità" (peraltro "non inferiore a 1,2", cioè un valore basso e diffuso tra gli istituti assicurativi) e "la capacità di assicurare determinati rischi valutata sulla base della raccolta premi specifica" – indicati dall'ANAC; e questo tenendo conto proprio "del valore dell'affidamento e della concreta situazione del mercato", che, come dimostrato dagli esiti della gara, ha dimostrato di poter esprimere delle imprese in grado di fornire le garanzie richieste.

Non solo, ma l'ANAC ha anche aggiunto che l'indice di solvibilità "dovrebbe essere accompagnato da un indicatore di raccolta minima, globale e specifica, per evitare i rischi...di avvantaggiare le imprese più piccole rispetto alle grandi e di selezionare le imprese in base alla solidità complessiva e non anche alla capacità di far fronte ai rischi appartenenti ai diversi rami assicurativi. Infine, la richiesta di un fatturato minimo dovrebbe permettere di superare anche l'obiezione relativa alle imprese estere che potrebbero possedere i margini di solvibilità richiesti in base alla propria normativa nazionale, ma non sufficienti per il mercato nazionale; ciò poiché a livello europeo non esiste un'armonizzazione sui livelli di capitale sociale minimo richiesto ad un'impresa di assicurazione per essere autorizzata e per operare in altri Paesi UE".

In conclusione, il ricorso principale va dichiarato improcedibile, e i motivi aggiunti vanno rigettati.

Le spese tra ricorrente e Amministrazione seguono la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo, mentre tra ricorrente e ANAC possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dichiara improcedibile il ricorso principale, e rigetta i motivi aggiunti.

Condanna il ricorrente al pagamento in favore dell'Amministrazione delle spese di giudizio, liquidate in € 7.500,00 oltre accessori.

Spese compensate tra ricorrente e ANAC.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Dauno Trebastoni, Presidente FF, Estensore

Agnese Anna Barone, Consigliere

Francesco Mulieri, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Dauno Trebastoni

IL SEGRETARIO