

Pubblicato il 26/11/2020

N. 07438/2020REG.PROV.COLL.
N. 09646/2019 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9646 del 2019, proposto da INARCASSA – Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti liberi professionisti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Alessandro Botto, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Botto in Roma, via di San Nicola da Tolentino, 67;

contro

Aig Europe s.a. - Rappresentanza generale per L'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Ivan Bullo e Nino Paolantonio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nino Paolantonio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, sez. III, n. 9526/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di **Aig** Europe s.a. - Rappresentanza generale per L'Italia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Vannucci, per sé e in dichiarata delega di Cancrini, Botto e Paolantonio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando inviato per la pubblicazione alla Gazzetta Ufficiale in data 15 giugno 2018, la Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri e gli architetti liberi professionisti (INARCASSA) indiceva una procedura aperta per la stipulazione, a favore della proposta economicamente più vantaggiosa, di una Convenzione, con decorrenza dal 31 dicembre 2018, per l'offerta, ai professionisti aderenti, dei servizi assicurativi a copertura della “*responsabilità civile professionale*” (lotto 1, C.I.G. 7513166CB5) e della “*tutela legale*” (lotto 2, C.I.G. 7513184B90), per un importo complessivo stimato pari ad € 38.333.334,00.

Il termine per la presentazione delle offerte, peraltro successivamente più volte prorogato, era fissato al 1° agosto 2018.

2.- Con rituale ricorso, proposto dinanzi al Tribunale amministrativo per il Lazio, **Aig** Europe s.a. impugnava, assumendone l'immediata attitudine lesiva ed escludente, la *lex specialis* di gara, censurando, in particolare:

a) l'articolo 9.5 del disciplinare, nella parte in cui stabiliva, senza idoneo supporto giustificativo, che alcuni requisiti di ordine tecnico (quali il *kit* per la firma elettronica, la piattaforma *web* di emissione ed il *call center* certificato: tutti, peraltro, definiti come meri “*servizi a supporto*” del servizio assicurativo, costituente oggetto principale della commessa) dovessero essere posseduti dai concorrenti *già al momento della pubblicazione del bando*;

b) i prefigurati criteri di valutazione tecnica delle offerte che, in modo asseritamente illogico ed irragionevole, avrebbero impedito *ab origine* la formulazione di un'offerta sostenibile e coerente, con segnato riguardo: b1) alla “*continuità assicurativa*” (25 punti su 80) che, nei termini declinati dalla stazione appaltante, avrebbe comportato in capo al nuovo affidatario la presa in carico di tutti i sinistri avvenuti in vigenza del precedente contratto assicurativo (per pagare i quali il precedente assicuratore aveva, peraltro, già incassato il premio), di tutte le circostanze pregresse (ancorché dolosamente sottaciute) e financo dei sinistri già caduti in prescrizione, con una rinuncia incondizionata a tutte le tutele di cui agli artt. 1892 ss. Cod.civ., anche in caso di dolo dell'assicurato; b2) alla commistione tra i ridetti “*requisiti tecnici partecipativi*” ed i criteri di valutazione dell'offerta, includenti voci – quale il *rating* d'impresa – che non costituivano elementi qualitativi dell'offerta; b3) alla griglia di valutazione delle offerte tecniche in relazione al rapporto tra aumento premiale e sinistrosità pregressa, che rendeva in tesi impossibile una quotazione del rischio seria, competitiva e coerente con i principi operanti in materia assicurativa; b4) il criterio valutativo dei “*servizi supplementari*” nel lotto 1, discrezionalmente (ed in moto pretesamente arbitrario) premiati con un massimo di 9 punti per “*proposte migliorative dei servizi online descritti al successivo punto 9.5, lettera b*” (che altro non erano, in realtà, che i richiamati requisiti di ammissione, da possedere già alla data di pubblicazione del bando) e per “*altre proposte migliorative*”: mancando, in entrambi i casi, l'indicazione dei “*requisiti minimi che le varianti [dovevano] rispettare*”, come prescritto dall'art. 95, comma 14, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016;

c) la formula lineare di attribuzione del punteggio economico che, consentendo di conoscere in anticipo l'esatto punteggio che sarebbe stato assegnato alla propria offerta, era, in tesi, potenzialmente in grado di condizionare l'attribuzione dei punteggi tecnici di carattere discrezionale.

3.- Con sentenza n. 9526 del 18 luglio 2019, resa nel contraddittorio delle parti, il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso, relativamente alle

doglianze formulate in relazione alla prescrizione del possesso dei requisiti tecnici alla data di pubblicazione del bando di gara ed alla clausola di “*continuità assicurativa*”, annullando i provvedimenti impugnati, con assorbimento dei restanti motivi di ricorso.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, INARCASSA impugna la ridetta statuizione, di cui diffusamente argomenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio, per resistere al gravame, **Aig** Europe s.a., che ha anche reiterato, in prospettiva devolutiva, le ragioni di doglianza rimaste assorbite in prime cure.

Alla pubblica udienza del 17 settembre 2020, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo, l'appellante censura la sentenza impugnata, nella parte in cui ha accolto le censure mosse dalla controinteressata avverso le previsioni dell'art. 9.5 del disciplinare di gara, relativamente alla prescrizione per cui i requisiti tecnici ivi contemplati (servizio di firma elettronica avanzata; piattaforma *web on line*, con sistema di sicurezza certificato, in grado di quotare ed emettere in tempo reale le singole polizze, assicurare il pagamento *on line*, inviare ad ogni assicurato la documentazione precontrattuale e contrattuale, consentire la compilazione del questionario di adeguatezza; servizio di *contact center*, con numero verde e garanzia di copertura nelle previste fasce orarie) dovessero essere posseduti dai concorrenti *già alla data di pubblicazione del bando*. A sostegno della doglianza, l'appellante INARCASSA osserva che, attraverso la contestata prescrizione, aveva di fatto inteso perseguire, nell'esercizio della propria *non sindacabile discrezionalità*, l'apprezzabile scopo, che la sentenza non avrebbe adeguatamente colto, di offrire agli iscritti il miglior servizio, attraverso una selezione delle imprese concorrenti sulla base di un *criterio esperienziale* (afferente, come tale, ai requisiti di capacità tecnica), focalizzando

l'attenzione su quegli operatori economici che già alla data del bando possedessero “*le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*” (cfr. l'art. 83, comma 6, cit.): ciò che avrebbe giustificato la riserva della partecipazione agli operatori che fossero *fin da subito* muniti delle dotazioni operative minime richieste e che, perciò, *già conoscessero*, all'atto di indizione della procedura, l'uso delle specifiche modalità di gestione del contatto tra assicurato e assicuratore previste dalla stazione appaltante, con l'obiettivo di precludere la partecipazione di operatori in certo modo “improvvisati”, che si fossero dotati dei requisiti e degli strumenti previsti *soltanto in occasione e al solo scopo* di accedere alla competizione.

Non si può, con la decisione appellata, (che avrebbe per giunta esorbitato dai limiti di un sindacato di mera legittimità delle scelte amministrative) sostenere che analogo obiettivo avrebbe potuto essere legittimamente conseguito, senza alterare i principi generali e le condizioni di un paritario e concorrenziale accesso alla commessa, mercé la richiesta uno *specifico requisito esperienziale*, vale a dire con la prescrizione del possesso della idoneità *per congruo e pregresso lasso temporale*: e ciò in quanto, in definitiva, il requisito in questione doveva in realtà (e in certo modo paradossalmente) ritenersi, per come formulato, *meno e non più restrittivo*, essendosi limitata la richiesta alla *attualità*, senza pretendere anche la duratura esperienza (e solo precludendo una *nuova* acquisizione).

Inoltre, sotto distinto rispetto, la clausola contestata – di cui andrebbe, tra l'altro, revocata in dubbio l'attitudine immediatamente escludente, che aveva legittimato l'immediata impugnazione da parte della controinteressata, che neppure aveva inteso prendere parte alla gara – era ragionevolmente conforme ai principi del *favor participationis* e della *par condicio competitorum*, posto che l'art. 18 del disciplinare, erroneamente trascurato dal primo giudice, legittimava senz'altro sia il ricorso all'avvalimento che l'affidamento in subappalto, senza dire della (ordinaria) possibilità di partecipazione in forma di raggruppamento plurisoggettivo.

2.1.- Il motivo non è fondato.

Non è, invero, in discussione la facoltà discrezionale della stazione appaltante – nel rispetto dei canoni generale di *adeguatezza, proporzionalità e non discriminazione* (cfr. art. 83, comma 2 e art. 30, comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016) – di prevedere, quali criteri di selezione delle offerte, requisiti atti a garantire, negli operatori economici concorrenti, l'idoneo possesso di “*risorse umane e tecniche*” o “*l'esperienza necessaria*” per garantire all'appalto un “*adeguato standard di qualità*” (art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016). Viene, invece, in considerazione la regola generale, costantemente affermata in giurisprudenza, che abilita alla presentazione delle proposte negoziali le imprese in possesso dei richiesti requisiti (sia in quanto già posseduti, sia in quanto strumentalmente acquisiti) *al momento di scadenza del termine di efficacia del bando di gara*, entro il quale l'offerta deve pervenire alla stazione appaltante (tra le tante, cfr. Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2849).

Tale regola, che obbedisce ad una evidente esigenza pratica, trova positivo fondamento nella stessa previsione (cfr. artt. 60 ss. e 79) di “*termini minimi*” di efficacia imposti ai bandi di gara, la cui funzione è quella di consentire a tutti gli operatori interessati di “*prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte*”.

La funzione è duplice, in quanto, per l'appunto, ancorata, in conformità all'articolato tratto testuale della disposizione:

- a) per un verso – nella prospettiva della necessaria “*trasparenza*” e “*pubblicità*” della azione amministrativa (cfr. art. 30, comma 1) – alla attitudine *informativa* propria della *provocatio ad offerendum in incertam personam* (funzione *conoscitiva*);
- b) per altro verso – nella prospettiva della *massimizzazione della concorrenza tra le imprese* – alla concessione agli operatori economici interessati di un tempo minimo per la *programmazione*, l'*organizzazione* e l'eventuale *acquisizione* delle risorse personali e reali e dei necessari requisiti, oggettivi e soggettivi, di partecipazione (funzione *organizzativa*).

Si spiega, con ciò, la necessità (ragionevolmente comprimibile solo in caso di comprovate ragioni di urgenza) di concessione di un termine *dilatorio* per la

“*presentazione*” delle offerte: “*presentazione*” da intendersi nel senso, semanticamente pregnante, non già della sola *elaborazione e formalizzazione dichiarativa*, ma anche della *strumentale strutturazione organizzativa*.

Discende che il possesso dei requisiti di partecipazione va, di necessità ed in via di principio, ancorato non già al momento di *indizione* della gara (con la pubblicazione del bando), ma alla scadenza di tale *termine minimo di efficacia* dello stesso. Diversamente, si legittimerebbe una abusiva compromissione della più ampia facoltà di partecipazione, in danno delle imprese che, pur non possedendo i requisiti richiesti, siano in grado di procurarseli nel tempo concesso per formulare l’offerta.

Va, perciò, ribadito il principio per cui “*la determinazione di una data diversa, non coincidente con quella di scadenza del termine per la presentazione delle domande, implica di per sé il concreto rischio che possano esservi vantaggi solo per alcuni degli appartenenti alla categoria, con esclusione degli altri e, dunque, ingiustificate disparità di trattamento*” (Cons. Stato, III, 17 giugno 2016, n. 2689).

2.2.- Ciò posto, nel caso di specie era conforme a legge che la stazione appaltante pretendesse qualificati requisiti esperienziali (firma elettronica avanzata; piattaforma *web on line*; *contact center*): ma non avrebbe potuto precludere, per ragioni di efficienza, la partecipazione di soggetti che, con ogni modalità organizzativa possibile, avessero inteso acquisirli nel termine di scadenza del bando.

Il principio va tenuto fermo, contro l’apparente paradosso che sembra discenderne, anche a fronte del rilievo che nulla avrebbe impedito alla stazione appaltante di chiedere il possesso del requisito *anche per una durata temporale più ampia*: opzione beninteso legittima, quando si fosse inteso, in modo adeguato e proporzionato, valorizzare il profilo esperienziale; ma, una volta che alcuna richiesta in tal senso era stata formalizzata nel disciplinare di gara, la preclusione della acquisizione nel termine del bando si conferma, per le esposte ragioni, di per sé potenzialmente anticoncorrenziale.

A diverso avviso non può indurre la considerazione della possibilità di ricorrere a forme di avvalimento, di raggruppamento o di affidamento in subappalto: in disparte ogni altro rilievo, la questione si porrebbe, negli stessi termini, anche in relazione alla posizione delle eventuali imprese ausiliarie, affidatarie o comunque coinvolte nella formulazione della proposta negoziale.

3.- Con il secondo, il terzo e il quarto motivo di appello, che possono essere esaminati congiuntamente perché articolati convergentemente, INARCASSA lamenta *error in iudicando* per avere il primo giudice negato (a ragione di una asserita confusione tra le clausole preordinate a garantire la c.d. *continuità assicurativa* e le clausole cc.dd. *claims made*) la legittimità di “*qualsiasi declinazione*” della garanzia di continuità assicurativa. L'appellante lamenta, inoltre, violazione e falsa applicazione degli artt. 1892 e 1893 Cod. civ. e delle linee guida ANAC e dell'art. 213, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

In sostanza, l'appellante assume che la richiesta della *continuità assicurativa* era stata formulata in termini generali: non già per scolpire una lata (ed indefinita) regola concreta di responsabilizzazione del contraente, ma (semplicemente) per indirizzare la formulazione delle proposte contrattuali (che quella continuità avrebbero dovuto garantire, strutturando i concreti termini del relativo impegno). Senza, con ciò, autorizzare alcuna deroga agli artt. 1892 e 1893 Cod. civ. e, in particolare, alla rilevanza della reticenza e del dolo contrattuale della parte stipulante.

3.1.- Il motivo è infondato.

Si deve, anzitutto, rammentare che gli artt. A.3 e A.4 del disciplinare di gara (*garanzia della continuità assicurativa*) prevedevano che “*l'aggiudicatario [dovesse] garantire continuità assicurativa della copertura nei confronti degli utenti assicurati nella precedente Convenzione Inarcassa, attraverso l'adesione on-line*”: e ciò nel senso che “*la protezione del rischio [avrebbe dovuto essere] prestata automaticamente senza alcuna penalità e senza considerare i sinistri e/o le circostanze note non denunciate negli anni precedenti*”, per le quali ultime “*l'aggiudicataria [avrebbe dovuto] garantire la piena copertura assicurativa senza poter eccepire l'omessa o tardiva denuncia*”, con la

precisazione che, limitatamente agli utenti che avevano aderito alla precedente Convenzione, “*le circostanze e/o i fatti noti prima della Convenzione oggetto della presente procedura, in deroga agli articoli 1892- 1893 del Codice Civile, non [avrebbero potuto] essere esclusi dalla copertura*”.

3.2.- Non è dubbio che dette clausole si conformano, quanto alle modalità di copertura dei rischi assicurati, al paradigma delle cc.dd. *claims made*, piegate alla funzione di garantire l'obiettivo della prevista continuità assicurativa.

Le clausole prefigurano, come di consueto in simili casi, una deroga al modello di assicurazione della responsabilità civile delineato dall'art. 1917, primo comma, Cod. civ., in quanto la copertura assicurativa è destinata ad operare, per volontà dei contraenti, non in relazione a tutte le *condotte*, generatrici di danno, insorte nell'arco temporale di operatività del contratto (modello c.d. *loss occurrence* o *act committed*), bensì in ragione della circostanza che nel periodo di vigenza della polizza *intervenga la richiesta di risarcimento* da parte del terzo danneggiato (il c.d. *claim*) e che la richiesta sia inoltrata dall'assicurato al proprio assicuratore, per tal via operando nel senso della copertura di fatti accaduti anche prima del periodo di efficacia della polizza.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha affermato la riconducibilità di siffatte clausole al tipo dell'assicurazione contro i danni (escludendone la soggezione al controllo di meritevolezza imposto dall'art. 1322, secondo comma, Cod. civ. alle vicende negoziali connotate di atipicità), ma ritiene necessaria, sotto il profilo assiologico e funzionale, la concreta verifica, ai sensi dell'art. 1322, primo comma, Cod. civ., della rispondenza ai limiti imposti dalla legge, intesa come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale, postulando volta a volta una indagine sulla *causa concreta* del contratto, sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti (cfr., da ultimo, Cass., III, 13 maggio 2020, n. 8894; VI, 9 luglio 2019, n. 18413).

Alla luce di tale consolidato quadro ricostruttivo, importa ribadire che il “*sinistro*” che, nel contesto delle clausole *de quibus*, attiva la garanzia non è costituito dall’*evento dannoso* (o dal manifestarsi del danno in quanto tale), ma dalla *richiesta risarcitoria* che il terzo danneggiato formula nei confronti dell’assicurato, nel corso del periodo di efficacia della garanzia. Con il corollario che, operando tale modulo negoziale, le richieste risarcitorie formalizzate nel corso di un precedente periodo assicurativo con altro assicuratore sono destinate a gravare su quest’ultimo (che, in funzione di tale copertura, ha già incassato il premio).

Affinché il sinistro (*id est*, di nuovo, la richiesta risarcitoria) possa essere coperto dalla garanzia, occorre che l’evento dannoso (tipicamente, l’errore professionale) da cui esso trae origine sia stato commesso in un lasso di tempo, più o meno ampio, precedente la decorrenza della garanzia. Tale periodo, detto “*retroattività*”, può essere illimitato (nel qual caso si parlerà di *claims made pure*) o limitato (al periodo di prescrizione dell’azione del danneggiato o ad un periodo più breve: *claims made impure*). Resta fermo che, sull’assicurato destinatario di richiesta risarcitoria nel corso del periodo assicurativo, gravano gli obblighi di denuncia all’assicuratore (art. 1913 Cod. civ.) e di salvataggio (art. 1914 Cod. civ.), pena le conseguenze di cui all’art. 1915 Cod. civ..

È evidente che, più è esteso il periodo di retroattività, più stringenti saranno tanto gli *obblighi dichiarativi* (che, a norma degli artt. 1892 e 1893 Cod. civ., gravano sul contraente, secondo correttezza e buona fede e in occasione di ogni rinnovo annuale), quanto le *clausole limitative dell’esposizione dell’assicuratore*, tipicamente ancorate al rilievo delle “*circostanze*” idonee a fondare la consapevolezza dell’errore professionale e la conseguente prevedibilità della richiesta risarcitoria. E ciò nel senso che la consapevolezza dell’errore o la prevedibilità del sinistro valgono ad escludere *in radice* l’alea che connota il contratto assicurativo, giungendo a determinarne la nullità ai sensi dell’art. 1895 Cod. civ..

In tal senso, le previsioni degli artt. 1892 e 1893 Cod. civ. sono funzionali alla puntuale descrizione del rischio trasferito: le dichiarazioni inesatte, mendaci o reticenti possono comportare la perdita del diritto all'indennizzo se rese con dolo o colpa grave, o una sua riduzione se rese con colpa lieve.

Ciò posto, e come bene rilevato dalla difesa dell'appellata, in questo quadro le questioni collegate al passaggio da un assicuratore a un altro (e che vengono in precipuo rilievo nella vicenda in esame, in cui è oggetto di contestazione proprio la modalità con la quale chi avesse inteso partecipare alla gara doveva formulare la propria offerta, *in relazione ai rischi assunti anche all'esito dell'esaurimento della pregressa vicenda negoziale*) sono principalmente due:

- a) evitare, per un verso, di traslare sul nuovo assicuratore i sinistri che avrebbero dovuto essere denunciati agli assicuratori in corso nelle precedenti annualità;
- b) evitare, reciprocamente e per altro verso, “*buchi di copertura*” tra una polizza e quella successiva in relazione a quelle circostanze pregresse di cui il nuovo assicuratore non fosse disposto a farsi carico.

In funzione di tali esigenze, che sintetizzano decisivi profili di meritevolezza della complessiva regola di copertura elaborata, la tecnica e la pratica assicurativa hanno elaborato due soluzioni alternative:

- a) la c.d. *deeming clause*, presente nelle polizze INARCASSA attualmente in corso, in base alla quale l'assicurato, che venga a conoscenza di una “circostanza” (nel senso chiarito) nel corso del contratto, può denunciarla sul periodo assicurativo in corso al momento di tale consapevolezza: e, se mai tale circostanza dovesse tradursi in un “*sinistro*” vero e proprio, esso s'intenderà denunciato alla data di denuncia della circostanza e graverà sulla relativa annualità di polizza, quantunque *medio tempore* l'assicurato sia passato ad altra copertura o non ne abbia contratte di nuove;
- b) la garanzia di “*continuità assicurativa*”, prevista nel bando in contestazione, in base alla quale il nuovo assicuratore garantisce i sinistri verificatisi nel corso del nuovo contratto assicurativo, che traggano origine da circostanze

verificatesi nel corso della precedente copertura e che non siano state denunciate al precedente assicuratore.

Pure in tale varietà di opzioni, resta fermo (in quanto si tratta di rilievo che impinge sull'apprezzamento di complessiva meritevolezza del concreto assetto negoziale divisato) che deve escludersi la possibilità:

- a) di scaricare sul nuovo assicuratore i sinistri già verificatisi, a ciò ostando il disposto (inderogabile) dell'art. 1895 Cod.civ.: sicché dei relativi indennizzi deve rispondere esclusivamente l'assicuratore in corso al momento della ricezione della richiesta risarcitoria da parte del danneggiato;
- b) di denunciare al nuovo assicuratore sinistri per i quali sia stata omessa la denuncia, a ciò ostando il disposto (inderogabile) dell'art. 1915, primo comma, Cod. civ., o quelli in relazione ai quali sia decorso il termine di prescrizione di cui all'art. 2952 Cod.civ., a ciò ostando il disposto (parimenti inderogabile) dell'art. 2936 Cod. civ.;
- c) di dare copertura al mendacio (posto che il fatto che l'assicuratore sia disposto a rinunciare ad escludere la copertura per le *“circostanze note e non denunciate”* non esenta l'assicurato dal dichiararne l'esistenza secondo buona fede, se non altro ai fini della quantificazione del premio).

3.3.- Tutto ciò premesso, ed avuto riguardo al caso di specie, la clausola di “continuità assicurativa” strutturata dalla stazione appaltante (obiettivamente destinata a pesare in modo significativo sulla valutazione dell'offerta, in considerazione del rilevante punteggio potenzialmente riconosciuto) prevedeva per le imprese offerenti l'obbligo, per giunta con retroattività illimitata, di assumere il rischio *“automaticamente senza alcuna penalità e senza considerare i sinistri e/o le circostanze note non denunciate negli anni precedenti”*, senza possibilità di modulare il premio in funzione del rischio né escludere dalla copertura *“le circostanze e/o i fatti noti prima della Convenzione oggetto della presente procedura, in deroga agli articoli 1892- 1893 del Codice Civile”* (e ciò a dispetto della previsione di una *deeming clause*).

In tali termini, la clausola appare obiettivamente tale da imporre una incondizionata rinunzia dell'assicuratore offerte perfino a tutelarsi dalle frodi degli assicurati (posto che l'art. 1892 Cod. civ. parla di "*dichiarazioni false o reticenti rese con dolo o colpa grave*"), nonché la presa in carico di tutte le circostanze ed i sinistri già denunciati, o non ancora denunciati, al precedente assicuratore l'obbligo d'indennizzare i sinistri "*senza poter eccepire l'omessa o tardiva denuncia*", anche in deroga all'art. art. 1915 Cod. civ. e all'art. 2952 Cod. civ..

Si deve, perciò, convenire sul rilievo che le modalità della copertura assicurativa "*in continuità*" imposta ai partecipanti alla gara in contestazione sono obiettivamente *indeterminate ed esorbitanti* e, in quanto tali, *inidonee a legittimare una razionale e calcolata formulazione di una proposta negoziale*, sulla scorta dei principi operanti per l'attività assicurativa. In dettaglio: l'ampiezza della garanzia, l'inesistenza di un set informativo completo e affidabile, la prospettiva di subentrare "*al buio*" all'assicuratore in corso e di assorbirne i sinistri di competenza, la quantificazione di un punteggio tecnico di 25 punti su 80, le modalità di attribuzione "*on / off*" di tale punteggio senz'alcuna possibilità di modulazione sono, complessivamente acquisiti, tutti elementi idonei ad impedire (o a rendere, comunque, estremamente complessa ed ingestibile) la formulazione di un'offerta potenzialmente concorrenziale, per giunta operando a tutto favore dell'assicuratore uscente, in quanto già a conoscenza delle circostanze idonee al concreto apprezzamento del rischio. Segue la non erroneità, anche sul punto in esame, della sentenza appellata.

4.- Le considerazioni che precedono sono sufficienti ai fini della complessiva reiezione dell'appello, con conseguente assorbimento delle ulteriori ragioni di doglianza, che l'appellata ha reiterato, in prospettiva devolutiva, ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. civ., in quanto non esaminate in prime cure.

La complessità della materia deliberata giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO