



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 9450 del 2011, proposto da:  
Aon S.p.A. Insurance & Reinsurance Brokers in proprio e nella  
qualità di mandataria di costituendo r.t.i.con Willis Italia Spa ,  
rappresentata e difesa dagli avv. Vincenzo Improta, Gianfranco  
D'Angelo, con domicilio eletto presso Fulvio Francucci in Roma, via  
Ugo De Carolis, 101;

***contro***

Regione Veneto, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco  
Zanlucchi, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi  
in Roma, via Confalonieri 5;

Assidoge Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Calegari,  
Nicola Creuso, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi  
in Roma, via Confalonieri, 5;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. VENETO, Sez. I n. 1149/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA - RIS. DANNI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Veneto e di Assidoge Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2012 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Enrico Soprano, su delega dell'avv. Vincenzo Improta, Andrea Manzi, anche su delega dell'avv. Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con decreto n. 167 del 20.10.2009 del Dirigente Regionale – Direzione Affari Generali - la Regione Veneto dava avvio ad una procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di intermediazione assicurativa, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara, fra le altre società concorrenti, prendevano parte AON S.p.A. in associazione temporanea con la mandante Wills Italia S.p.A., e la società Assidoge S.r.l.; all'esito della valutazione, secondo

i criteri stabiliti dal bando, delle offerte presentate sia per il profilo tecnico sia per quello economico, la Assidoge risultava prima nella graduatoria stilata dalla commissione, seguita dal raggruppamento avente come mandataria la ricorrente AON.

L'offerta presentata da Assidoge, quale prima in graduatoria, veniva quindi sottoposta a verifica di congruità da parte della Stazione Appaltante, ai sensi dell'art. 86 del D.lgs. n. 163/2006, verifica cui seguiva il 3 agosto 2010 il giudizio di congruità dopo una richiesta di giustificazioni.

Interveniva quindi, in seduta pubblica, l'approvazione della graduatoria e l'aggiudicazione provvisoria a favore di Assidoge.

In pari data la stazione appaltante richiedeva all'aggiudicataria ulteriori elementi chiarificatori del contenuto dell'offerta, con particolare riferimento alla descrizione analitica, per ogni tipologia di sinistro, dei dati che avrebbero costituito il "tracciato reportistica" e dei tempi entro i quali i suddetti dati sarebbero stati comunicati, nonché in ordine agli aspetti giuridici ed economici dei contratti di lavoro applicati a ciascun operatore utilizzato nell'impresa.

Ricevuti i chiarimenti richiesti, l'amministrazione provvedeva con D.D.R. n. 122 del 23.8.2010 all'approvazione degli atti di gara e quindi all'aggiudicazione definitiva della gara a favore di Assidoge, dandone contestuale comunicazione alla ricorrente.

Con comunicazione ex art. 243 del D.lgs. n. 163/06 in data 13.10.2010 la ricorrente provvedeva ad inoltrare all'amministrazione

richiesta di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, con contestuale istanza di subentro, in qualità di seconda miglior offerente, nell'esecuzione del servizio.

Quindi, in data 15 ottobre 2010 la Aon. S.p.a. proponeva ricorso al TAR del Veneto, deducendo motivi di diritto coinvolgenti sia l'intera procedura di gara, sia il provvedimento di aggiudicazione della stessa, a seguito delle giustificazioni rese in occasione della verifica di congruità dell'offerta.

Con successivi motivi aggiunti, rispettivamente notificati in data 27 novembre 2010 e 22 dicembre 2010, la ricorrente svolgeva ulteriori censure sulla base delle acquisizioni documentali ottenute a seguito del secondo accesso effettuato in data 5 novembre 2010, dopo quello effettuato in data 10 settembre 2010.

Con la sentenza n. 1149 dell'8 luglio 2011, il TAR respingeva il ricorso principale e dichiarava irricevibili i primi ed i secondi motivi aggiunti ed a questo punto Aon con appello notificato il 21 novembre 2011, impugnava la sentenza predetta sollevando le seguenti censure:

1. *Error in iudicando*. Errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. Falsa rappresentazione della realtà. Contraddittorietà. Motivazione errata ed insufficiente. La sentenza impugnata ha erroneamente ritenuto che la risposta resa dall'aggiudicataria il 15 luglio 2010 non fosse affetta dalle illegittimità denunciate ed ha affermato che erano stati evidenziati i punti di forza dell'offerta, tra

cui la sostenibilità del servizio nel suo complesso e chiedendo tabellarmente l'entità dei costi della sicurezza e del lavoro. In realtà le giustificazioni fornite da Assidoge sono del tutto generiche ed inidonee a supportare il giudizio di congruità: in particolare, in ordine alla copertura del costo del lavoro a fronte dei ribassi offerti sulle due ed uniche voci variabili – RC patrimoniale ed il compenso per l'attività di formazione - che hanno consentito ad Assidoge di conseguire il massimo punteggio, non è comprensibile come si possa garantire la remuneratività del servizio a fronte dei costi del lavoro di 14 dipendenti impiegati nell'esecuzione della commessa. Tanto è che la stazione appaltante ha dovuto chiedere ulteriori elementi chiarificatori, tra cui l'esplicitazione degli aspetti giuridici ed economici dei contratti di lavoro applicati a ciascun operatore utilizzato per l'esercizio dell'impresa, e ciò nonostante le giustificazioni in data 15 luglio 2010 fossero state ritenute pertinenti. Con la successiva nota del 5 agosto, Assidoge ha ribadito che per i 14 dipendenti in parola sarebbe stato applicato il c.c.n.l. del settore commercio –terziario, ma l'applicazione di tale contratto non avrebbe permesso all'aggiudicataria neppure la copertura dei costi relativi al personale. Tutto questo rende ancor più evidente il difetto di motivazione del giudizio di congruità: tale giudizio è immotivato e non poteva essere solamente a fronte di giustificazioni oggettivamente adeguate.

2. *Error in iudicando*. Errata valutazione dei presupposti di fatto e di

diritto. Falsa rappresentazione della realtà. Contraddittorietà. Motivazione errata ed insufficiente. Le modificazioni apportate alla legge di gara contestualmente alla proroga dei termini di presentazione della domanda di partecipazione, inferiore a quello minimo previsto dalla legge pari a 52 giorni, sono state di carattere sostanziale in quanto hanno inciso sul limite massimo di ribasso della percentuale sulla provvigione e non sono state accompagnate dalla stessa forma di pubblicità richiesta per l'indizione, ma pubblicata solo sul sito Internet della stazione appaltante, e non sulla g.u.u.e e sulla g.u.r.i.

2.1 segue. La modifica in questione ha previsto che i 5 punti da attribuire all'offerta riportante la percentuale più bassa dovevano intendersi nel senso che sarebbero stati attribuiti 5 punti all'offerta recante la percentuale più bassa possibile pari allo 0%. Altrettanto vale per l'attribuzione di 15 punti all'offerta riportante il compenso più basso, da intendersi quello più basso possibile pari a €. 0,00. In tali condizioni è stato di fatto eliminato dal criterio di aggiudicazione prescelto l'elemento prezzo.

3. *Error in iudicando*. Errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. Falsa rappresentazione della realtà. Contraddittorietà. Motivazione errata ed insufficiente. La pronuncia di irricevibilità dei primi e i secondi motivi aggiunti da parte la sentenza impugnata appare del tutto erronea, poiché la nota del 24 agosto 2010 della stazione appaltante ha permesso visione ed estrazione solo di alcuni

documenti, escludendo in particolare l'offerta tecnica di Assidoge, depositata in giudizio solo il 25 novembre successivo questa ultima è stata depositata in giudizio a seguito dell'udienza camerale del giorno prima e perciò ambedue gli atti recanti motivi aggiunti notificati rispettivamente il 27 novembre e il 22 dicembre devono ritenersi tempestivi.

4.1.I motivo del primo ricorso per motivi aggiunti. Illegittimità derivata.

4.2.II motivo del primo ricorso per motivi aggiunti. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 L. 241/90 e s.m.i., della legge speciale di gara, dell'art.III.2.3) lett. A) del bando, degli artt. 6 e 15 del disciplinare e del principio della par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere sotto vari profili. L'aggiudicataria non ha dimostrato di essere in possesso del requisito di ammissione che richiedeva di aver svolto incarichi di intermediazione assicurativa nel triennio 2006 – 2008 a favore di almeno 10 amministrazioni pubbliche, poiché la Assidoge ha esibito 12 contratti con amministrazioni pubbliche, di cui tre stipulati nell'anno 2009.

4.3.III motivo del primo ricorso per motivi aggiunti. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 L. 241/90 e dell'art. 243 bis D. Lgs 163/06. Eccesso di potere sotto vari profili. L'amministrazione regionale è rimasta del tutto inerte a fronte della comunicazione inviata da Aon ai sensi dell'art. 243 bis D. Lgs. 163/06.

4.4.IV motivo del primo ricorso per motivi aggiunti. Violazione

dell'art. 97 Cost., dell'art. 84 D. Lgs 163/06 e dei principi generali in materia di correttezza e di buon andamento della pubblica amministrazione. Eccesso di potere sotto vari profili. La commissione giudicatrice è stata formata con tre componenti, tra cui due dirigenti regionali privi competenze specifiche nel settore assicurativo ed un terzo componente esterno esperto; il decreto di nomina di tale commissione è stato poi revocato e l'esperto esterno è stato sostituito con altro dirigente regionale appartenente alla Direzione Risorse Socio - sanitarie e dunque l'intera commissione era priva di specifica competenza nel settore messo a concorso, quello del brokeraggio assicurativo, in spregio all'art. 84 D. Lgs. 163/06.

4.5.V motivo del primo ricorso per motivi aggiunti. La stazione appaltante deve procedere alla nomina della commissione giudicatrice dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte ai sensi dell'art. 84 co. 10 D. Lgs. 163/06 e l'unica eccezione a detta regola riguarda i casi di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento della gara medesima o dell'esclusione da uno dei concorrenti. Nel caso di specie, la stazione appaltante, avendo provveduto in proroga della procedura di gara, non avrebbe dovuto individuare come presidente e secondo componente gli stessi soggetti già precedentemente nominati.

4.6. I motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 L. 241/90 e s.m.i., della legge speciale di gara e degli artt. 9 e 13 del disciplinare. Eccesso di potere

sotto vari profili. L'art. 9 del disciplinare di gara prevedeva che l'offerta tecnica dovesse essere articolata in un progetto di servizio non superiore a 20 pagine, contenente una descrizione analitica degli aspetti organizzativi ed operativi del servizio proposto e di un'eventuale offerta di non oltre cinque servizi aggiuntivi, a titolo gratuito in aggiunta a quelli obbligatori. L'art. 13 stabiliva dettagli sui punti sopradetti. Ora Assidoge ha offerto tra i servizi aggiuntivi la posta elettronica certificata, che per sua natura non può essere ritenuto un servizio aggiuntivo, ma uno strumento finalizzato a garantire una forma di comunicazione più rapida e per questo risultava già inserito dalla stessa offerente nel progetto di servizio. Dunque i due punti assegnati ad Assidoge per l'offerta della PEC sono illegittimi e determinanti per la formazione della graduatoria, avendo conseguito l'aggiudicataria un punteggio di 98 punti e Aon uno di 97,0591 punti.

Aon concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese, insistendo anche per il risarcimento del danno, da ottenere in via principale con il subentro nel rapporto contrattuale in luogo di Assidoge oppure, in via subordinata, per equivalente, per cui l'appellante forniva elementi per la quantificazione.

Si sono costituite in giudizio le parti intime, sostenendo l'infondatezza delle tesi di Aon e chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo Aon s.p.a. ribadisce le doglianze sollevate in primo grado sul giudizio di congruità espresso dalla commissione giudicatrice in ordine ai chiarimenti forniti da Assidoge il 15 luglio 2010 in merito all'anomalia della propria offerta economica, risultata tale ai sensi dell'art. 86 D. Lgs. 163/06.

L'appellante sostiene che la sentenza impugnata abbia aderito passivamente al contenuto delle giustificazioni di Assidoge, affermando che queste ultime avevano evidenziato i punti di forza dell'offerta poi dichiarata aggiudicataria, punti di forza come l'esperienza in materia ed i vantaggi derivanti dalla vicinanza dei propri uffici alla sede della Regione, elementi che hanno chiarito la sostenibilità del servizio ed inoltre la congruità effettiva dei costi della sicurezza e del lavoro.

Le richieste giustificazioni dovevano fornire precisazioni in merito alla copertura del costo del lavoro, allegando le tabelle ministeriali del settore, nonché gli oneri della sicurezza, dandone adeguato dettaglio: al contrario Assidoge non ha fornito alcunché a fronte dei ribassi offerti sulle due uniche voci variabili - RC patrimoniale e compenso per l'attività di formazione - pari rispettivamente all'0% ed €. 0,00. Non si può comprendere infatti come si sia tenuto conto dei costi fissi e dei costi generali, oltre che del cosiddetto "costo azienda del personale" e come a fronte dell'utilizzo di quattordici dipendenti impiegati nell'esecuzione della commessa e della dovuta formazione specialistica del personale regionale, si potesse avere una

remuneratività.

La stazione appaltante ha dapprima ritenuto congrue le giustificazioni ed ha invece in seguito chiesto altri chiarimenti, a testimonianza della contraddittorietà del comportamento globale.

Il motivo, pur nella sua suggestività, è infondato.

Il Collegio condivide pienamente le conclusioni raggiunte dal TAR del Veneto, in primo luogo sull'assenza di potere per il giudice amministrativo di ripercorrere l'intera valutazione di congruità, ma solo sulla possibilità di rilevare la plausibilità e l'eventuale incongruità o insufficienza della risposta del concorrente sottoposto a tale tipo di giudizio.

Assidoge ha specificato con la nota 15 luglio 2010 la sua specializzazione nell'attività di consulenza e di brokeraggio assicurativo di decine di enti, in gran parte veneti – di qui il collegamento con il territorio – e la sua esperienza con le amministrazioni pubbliche, operando anche con rilevanti strutture in tutta Italia. I rapporti consolidati con la Regione Veneto costituiscono la base per un servizio rapido ed efficiente – la speditezza giustifica la funzionalità – e tali rapporti hanno permesso ad Assidoge la creazione di un supporto informatico per la risoluzione veloce delle problematiche assicurative, visto il possesso di informazioni in materie ormai sedimentate.

Quanto alla parte dell'offerta economica strettamente intesa, Assidoge ricostruisce la medesima, rammentando che tramite il

compenso globale si può individuare la remuneratività del servizio di consulenza e brokeraggio, poiché l'offerta pari a zero riferita alla polizza di RC patrimoniale può essere adeguatamente bilanciata dal compenso degli altri singoli servizi, tanto da poter assicurare un valore residuo annuo di circa €. 50.000,00.

Inoltre la struttura di convegni organizzati da società specializzate a titolo gratuito può assicurare l'attività di formazione specialistica del personale regionale e dei servizi assicurativi senza oneri per l'affidataria del servizio.

Ma si ritiene che l'elemento sul quale l'appellante è caduta in un fraintendimento è quello relativo al costo del personale; come rilevato dalle difese della Regione, non si può immaginare che il costo dei 14 dipendenti di Assidoge tenuti a seguire le pratiche della Regione Veneto gravi per intero sul compenso richiesto dalla stessa Assidoge: è chiaro che gli stessi dipendenti seguono contemporaneamente una clientela molteplice e dunque il costo del lavoro può essere spalmato su una serie contratti di brokeraggio, stipulati eventualmente anche con altre amministrazioni pubbliche.

In conclusione, secondo pacifica giurisprudenza di questa Sezione, il giudizio che conclude il procedimento di verifica delle offerte anomale, di natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o

manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo, mentre la valutazione positiva di congruità è sufficientemente espressa anche con motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, senza la necessità di richiami su ogni singola voce di costo (Cons. Stato, V, 17 gennaio 2011 n. 223; id., 23 novembre 2010 n. 8148; id., 12 febbraio 2010 n. 741; id., 10 febbraio 2009 n. 748; id., 20 maggio 2008 n. 2348).

Tali considerazioni assorbono i rilievi inerenti gli ulteriori chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante il 3 agosto 2008, chiarimenti che hanno preceduto di pochi giorni l'aggiudicazione definitiva e cui non si può attribuire un particolare ruolo formale.

Altresì infondati sono il secondo ed il terzo motivo, con i quali Aon lamenta che in termini di presentazione delle domande di partecipazione siano stati prorogati di 52 giorni e che di tale fatto sia stata data pubblicazione solamente sul sito Internet della stazione appaltante, omettendo i prescritti avvisi sulla g.u.u.e e sulla g.u.r.i..

In realtà la ragione della proroga, comportante ad avviso dell'appellante una modificazione sostanziale dei criteri di valutazione delle offerte, non ha introdotto rettificazioni alla legge di gara, ma è stata solo l'effetto di un avviso di precisazione sulla portata dell'art. 13 n. 2) lett. a) del disciplinare: l'attribuzione di cinque punti all'offerta riportante la percentuale più bassa doveva essere intesa come attribuzione di cinque punti anche all'offerta

recante la percentuale pari allo 0%, mentre l'attribuzione di 15 punti all'offerta riportante il compenso più basso doveva intendersi come tale compenso potesse essere pari anche a €. 0,00.

Tanto è che la stazione appaltante si è premurata di apporre un'ulteriore precisazione sul proprio sito, illustrando l'applicazione della formula matematica per l'attribuzione del punteggio alle varie offerte economiche nel caso in cui, come poi effettivamente accaduto per Assidoge, fossero stati offerti percentuale e compenso pari allo zero.

Perciò, essendo stato lo scopo dell'avviso quello di precisare ove potessero collocarsi la percentuale ed il compenso più bassi, si deve ritenere che non si dovesse fare ricorso alle norme che regolano le proroghe e le pubblicazioni ordinarie in caso di variazione della legge di gara, ma che la stazione appaltante si sia attivata esclusivamente per mere ragioni esplicative.

Quanto sin qui rilevato esclude quindi la fondatezza del terzo motivo, per il quale detta interpretazione "autentica" avrebbe svuotato il criterio dell'aggiudicazione dall'elemento prezzo.

Al contrario, come si è avuto modo di apprezzare, l'elemento prezzo ha ottenuto un'altissima flessibilità, tanto da assumere un peso determinante nella formazione della graduatoria di gara.

Quanto ai primi ed ai secondi motivi aggiunti notificati rispettivamente il 27 ed il 22 dicembre 2010, il Collegio di dover confermare la pronuncia di tardività emessa dal TAR.

Aon ha presentato istanza di accesso ai documenti amministrativi il 3 agosto 2010 e la Regione Veneto, con nota del successivo 24 agosto, le ha consentito di esaminare e di estrarre copia del D.D.R. n. 167 del 20.10.09 di indizione della gara, dei verbali di tutte le sedute pubbliche e riservate, della documentazione amministrativa presentata dall'aggiudicatario, dell'offerta economica dell'aggiudicatario, della richiesta di giustificazioni in ordine all'anomalia dell'offerta e della relativa risposta del 15 luglio 2010 e della richiesta di precisazioni da parte della stazione appaltante e relativa risposta del 5 agosto 2010, mentre l'offerta tecnica, per l'opposizione di Assidoge, veniva sottratta all'accesso nella forma dell'estrazione di copia, ma ne veniva comunque assicurata la visione: il tutto veniva sottoposto al delegato di Aon il 10 settembre.

La stessa offerta tecnica di Assidoge, veniva poi inviata ad Aon dalla stazione appaltante il 5 novembre 2010, dopo la proposizione del ricorso principale e la presentazione di un ulteriore domanda di accesso.

Quindi, è incontrovertibile che il 10 settembre l'appellante era nella piena conoscenza tanto della composizione della commissione e delle sue modificazioni, quanto dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicataria, avendo avuto contezza degli atti della stazione appaltante e della domanda di partecipazione di Assidoge. Dunque le relative censure andavano formulate entro e non oltre il 15 ottobre successivo e quindi alla data della proposizione del ricorso principale,

mentre la censura riguardante l'offerta della PEC - secondi motivi aggiunti - è anch'essa da ritenersi fuori termine, visto che il delegato di Aon aveva potuto prendere pacificamente visione dell'offerta tecnica concorrente già lo stesso 10 settembre.

L'inerzia della Regione davanti all'informativa di cui all'art. 243 bis D. Lgs. 163/06 comunicata da Aon – terza censura del primo atto recante motivi aggiunti - è a questo punto influente.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, avuto riguardo al contenuto delle censure sollevate con i motivi aggiunti e concernenti la formazione della commissione giudicatrice.

P.Q.M.

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

lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)