



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli
Tribunali**

[Torna alla pagina precedente](#)

**N. 03026/2015 REG.PROV.COLL.
N. 13152/2014 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo
Regionale per il Lazio**

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13152 del 2014, proposto dalla:

società Ital Brokers s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Michele Giacomini, Stefano C. Cavanna, Tomaso Romanengo, Roberto Damonte e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli,

in Roma, corso Vittorio Emanuele
n. 349;

contro

società Coni Servizi s.p.a., in
persona del legale rapp.te p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv.
Mario Esposito, con domicilio
eletto presso lo studio dello stesso,
in Roma, Via Lattanzio n. 66;

nei confronti di

società Mag Jtl s.p.a., in persona del
legale rapp.te p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Giancarlo Paglietti,
con domicilio eletto presso lo
studio dello stesso, in Roma,
Piazzale delle Belle Arti n. 8;

per l'annullamento

del provvedimento della società
Coni Servizi S.p.A., di cui al prot. n.
1242 del 5.8.2014, di esclusione
della società Ital Brokers s.p.a. dalla
partecipazione alla procedura di
gara per l'affidamento del servizio
di consulenza e brokeraggio e del
verbale della Commissione di gara
del 30.07.2014, allegato al
medesimo;

della nota del responsabile del procedimento di Coni Servizi S.p.A., di cui al prot. n. 1054/sf del 8.7.2014, con la quale è stata rilevata l'anomalia dell'offerta ed è stato iniziato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia nei confronti della società Ital Brokers s.p.a.;

di tutti i successivi atti di Coni Servizi S.p.A. a firma del responsabile del procedimento di cui ai prot. n. 1106/sf del 18.7.2014 e n. 1146/sf del 28.7.2014;

di tutti gli atti presupposti e/o conseguenti e/o connessi, compresi:

- l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società MAG JTL S.p.A. (provvisoria, approvazione, definitiva, definitiva efficace);

- tutti i verbali della Commissione di gara successivi alla rilevazione dell'anomalia dell'offerta (di cui alle sedute del 2.7.2014, del 18.7.2014, del 28.7.2014, del 30.7.2014 e dell'1.8.2014);

- le note di Coni Servizi S.p.A. di cui ai prot. n. 1241 del 5.8.2014, n.

1384 del 15.9.2014 e n. 1397/cbg del 18.9.2014;

- il contratto stipulato tra Coni Servizi S.p.A. e MAG JTL S.p.A. menzionato da quest'ultima nota;

e per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio eventualmente formatosi in riferimento al preavviso di ricorso ed alla istanza presentata dalla società ricorrente con particolare riferimento al preavviso di ricorso di Ital Brokers s.p.a. ai sensi dell'art. 243 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 del 10.9.2014 ed alla richiesta di quest'ultima di non procedere alla stipula del contratto del 17.9.2014;

e per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della società MAG JTL S.p.A. e la conseguente dichiarazione d'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato tra Coni Servizi S.p.A. e MAG JTL S.p.A. cui fa cenno la nota di cui al prot. n. 1397/cbg del 18.9.2014

e, in subordine, per l'accertamento

della nullità o, comunque,
dell'inefficacia del contratto
predetto;

e per la declaratoria
del diritto di Ital Brokers s.p.a.
all'aggiudicazione della gara con
contestuale richiesta di subentro
della ricorrente medesima al
contratto stipulato tra Coni Servizi
S.p.A. e MAG JTL S.p.A.;

e per la condanna
della Stazione appaltante al
risarcimento per equivalente dei
danni patiti e patendi da Ital
Brokers S.p.A., anche per mero
ritardo, da liquidarsi anche in via
equitativa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in
giudizio delle società Coni Servizi
s.p.a. e Mag Jtl s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del
giorno 21 gennaio 2015 la dott.ssa
Maria Cristina Quiligotti e uditi per

le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente Ital Brokers s.p.a. (d'ora in poi, per brevità, soltanto Ital Brokers) premette, in fatto, di essere una società leader nel settore del brokeraggio assicurativo in Italia, con un capitale sociale di € 2.500.000,00, operante dal 1981 nei settori Marine e Non Marine con più di 150 dipendenti e di avere partecipato nella predetta qualità ad una procedura in economia - CIG 5668225F3A, per l'affidamento del servizio di consulenza e brokeraggio assicurativo indetta dalla società Coni Servizi s.p.a. (nel prosieguo, per brevità, solo CONI) ai sensi dell'art. 125, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006.

A seguito dell'apertura delle buste e dell'assegnazione dei punteggi da parte della Commissione di gara la

ricorrente è risultata prima nella graduatoria con un totale di punti n. 84,86.

La stazione appaltante invece di procedere dell'aggiudicazione in favore della ricorrente, quale impresa che aveva conseguito il miglior punteggio, ha intrapreso, nei confronti di quest'ultima, con la nota di cui al prot. n. 1054/sf del 8.7.2014, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'articolo 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, fondato sui seguenti presupposti:

- l'offerta di una percentuale provvigionale pari allo 0,7% dei premi imponibili pagati da Coni "*appare incongrua*" poiché il ribasso medio degli altri concorrenti è stato del 4,16%, mentre "*secondo gli usi del mercato italiano*" le provvigioni richieste "*vanno da un minimo del 3% ad un massimo del 6%, ancorché non manchino casi di elevazione sino al 10%*";
- "*Ital Broker ha proposto un progetto di servizio ampiamente strutturato che, nel*

rispondere alle richieste di cui all'art. 2 del Capitolato, configura per l'impresa un impegno di particolare complessità anche per quanto attiene a quelle prestazioni preliminari che non danno luogo a consulenza immediatamente volta ad assistere la Committente nell'attività di individuazione dell'assicuratore e della specifica polizza da stipulare”;

- “il totale dei premi pagati nel 2013 da Questa Società è pari a 1.355.889,88. Pertanto è necessario che l'offerta sia pienamente giustificata rispetto ai costi da sostenere [...], tenendo presente che comunque al momento la remunerazione massima presumibile appare essere pari a circa 9.500 € annui”.

Con la nota di cui alla PEC dell'11.7.2014 la ricorrente ha segnalato alla stazione appaltante l'insussistenza dei presupposti per intraprendere un procedimento ai sensi dell'articolo 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la circostanza che le provvigioni medie dei brokers nell'ambito di gare pubbliche in Italia siano generalmente comprese dal 3% al

6%, non corrisponderebbe ad un alcun dato reale come da documentazione allegata (si tratta delle due recenti aggiudicazioni di altre stazioni appaltanti che sono state allegate a mero titolo esemplificativo e nelle quali si rinvennero provvigioni pari all'1% per le prime tre classificate - tra cui MAG JTL S.p.A. - nel caso di E.N.A.V. e dall'0,01% a 1,8% per le prime due classificate nel caso di I.P.Z.S.).

Con la successiva nota di cui alla PEC del 17.7.2014, la ricorrente ha provveduto, comunque, a giustificare tutti gli oneri di commessa, rappresentando tra l'altro, a fronte di un costo di personale stimato in € 6.696,44, l'esistenza di un utile non inferiore a € 1.896,79.

La Stazione appaltante, tuttavia, con la nota di cui al prot. n. 1106/sf del 18.7.2014, ha insistito nel domandare alla ricorrente ulteriori chiarimenti concernenti il costo del personale, richiedendo, in

particolare, se l'utile dichiarato riguardasse o meno l'intera commessa oppure la singola annualità.

Con la successiva nota di cui alla PEC del 24.7.2014, la ricorrente ha provveduto ad elencare nominalmente tutto il personale impiegato nella commessa, precisando per ciascuna unità di personale, il relativo nominativo, il livello di appartenenza, la sede di lavoro, l'impegno orario, il costo orario ed il costo di trasferimento, confermando, altresì, che l'utile stimato nella precedente nota di giustificazione era riferito all'intera commessa e che l'impegno orario complessivo era pari a n. 276 ore.

Il C.O.N.I., con la nota di cui al prot. n. 1146/sf del 28.7.2014, ha convocato la ricorrente *“al fine di indicare alla Commissione designata ogni elemento utile a giustificare la congruità dell'offerta relativa al servizio in oggetto”* e, in data 30.7.2014, come da verbale di audizione pervenuto in allegato alla nota di cui all'e-mail di

C.O.N.I. del 15.9.2014, la Commissione di gara, quindi, la ha invitata *“ad esporre ogni elemento che ritenga utile”*.

La ricorrente, in quella sede, ha ribadito integralmente il contenuto delle giustificazioni già rese in precedenza e la conseguente sussistenza di un utile apprezzabile derivante dall'espletamento del servizio nonché la coerenza tra il numero di ore dell'offerta tecnica e quelle delle giustificazioni rese e, infine, la circostanza che i costi di trasferta sono ridotti poiché la ricorrente ha uffici situati in vicinanza di quelli di Coni; inoltre, ha rilevato che il cd. cronoprogramma individuava le tempistiche esatte entro le quali la ricorrente si è impegnata ad effettuare le principali attività correlate all'espletamento del servizio senza che, tuttavia, costituisca evidentemente un documento dal quale sia possibile inferire il monte ore necessario per il compimento delle stesse.

Il C.O.N.I., con l'atto impugnato in via principale, ha provveduto ad escludere la ricorrente dalla partecipazione alla gara.

La ricorrente, quindi, ha presentato istanza di accesso con la nota di cui alla PEC del 1.8.2014, chiedendo copia "*di tutti gli atti anteriori, coevi e successivi afferenti il procedimento stesso, inclusa copia del verbale dell'audizione tenutasi lo scorso 30/07, che non è mai pervenuta*" e il C.O.N.I., con le seguenti note tutte del 5.8.2014, ha comunicato:

- con la nota di cui al prot. n. 1241, che la società MAG JTL S.p.A. (d'ora in poi, per brevità, soltanto Mag) risultava aggiudicataria della commessa;
- con la nota di cui al prot. n. 1242, che la ricorrente era esclusa dalla procedura;
- con la nota di cui al prot. n. 1243, che non era possibile accogliere l'istanza di accesso agli atti di cui sopra poiché "*il diritto di accesso è differito fino alla data del provvedimento di aggiudicazione definitiva, come previsto*

dall'art. 13, comma 2 lettera c) bis del d.lgs. n. 163/06".

La ricorrente ha sollecitato l'accesso, dapprima con la nota di cui alla PEC del 28.8.2014 e, quindi, con la nota di cui alla PEC del 10.9.2014.

Il C.O.N.I., quindi, in data 15.9.2014, ha inviato alla ricorrente il verbale di audizione del 30.7.2014, precisando, tuttavia, che la nota di cui al prot. n. 1241 del 5.8.2014 costituiva comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Con la nota di cui alla PEC del 17.9.2014, la ricorrente ha ribadito che il termine di 35 giorni non poteva ancora essere iniziato a decorrere in quanto, con la nota di cui al prot. n. 1243 del 5.8.2014, il C.O.N.I. le aveva negato l'accesso proprio in considerazione del fatto che l'aggiudicazione definitiva in favore della MAG non era ancora intervenuta e che, pertanto, il C.O.N.I. ha preteso di conferire a posteriori alla nota del 5.8.2014, la quale é addirittura precedente in

quanto riportante il prot. n. 1241, la funzione di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006. Peraltro, il C.O.N.I., con la nota PEC del 13.8.2014, aveva inviato alla ricorrente nuovamente la nota di cui al prot. n. 1243 del 5.8.2014, ribadendo in modo definitivo ed inequivocabile che *"il diritto di accesso è differito fino alla data del provvedimento di aggiudicazione definitiva, come previsto dall'art. 13 comma 2 lettera c bis del D.lgs. n. 163/06"*.

Con la nota di cui al prot. n. 1397/cbg del 18.9.2014, il C.O.N.I. ha quindi comunicato che, in data 18 settembre 2014, era stato sottoscritto il contratto con MAG *"mediante scambio di lettera commerciale di cui all'art. 334, comma 2 DPR 207/2010 e s.m.i."*.

E, soltanto in data 22 settembre 2014, la ricorrente ha avuto accesso a tutti i verbali di gara.

Con il ricorso in trattazione la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tutti gli atti e/o provvedimenti indicati in epigrafe indicarli puntualmente, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per manifesta illogicità e per irragionevolezza della motivazione, per erroneità dei presupposti di fatto e per omessa valutazione degli elementi dedotti dalla ricorrente nonché per violazione del principio del giusto procedimento.

La Commissione di gara ha addotto quale elemento specifico per giustificare l'attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia di cui all'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163/06, la circostanza che a fronte di una percentuale provvigionale dello 0,7% offerta dalla ricorrente "*si desume che le provvigioni richieste, secondo gli usi del mercato italiano, vanno da un minimo di 3% ad un massimo del 6%,*

ancorché non manchino casi di elevazione sino al 10%".

E tuttavia, la ricorrente rileva che:

- *lex specialis* della procedura individua quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, nella specie, l'offerta economica consta nella percentuale di provvigione sui contratti di assicurazione stipulati dalla committente, precisandosi che il contratto garantisce all'impresa esecutrice di poter godere delle provvigioni fino all'importo complessivamente pari a € 200.000,00 - o in alternativa fino al 31 marzo 2016 con decorrenza dell'attività dall'1 agosto 2014 - e, nel capitolato allegato all'avviso, che l'ammontare complessivo annuo dei premi assicurativi pagati da C.O.N.I. è pari a circa € 1.450.000,00, con la conseguenza che - avendo la ricorrente offerto una provvigione di 0,7% - applicando la suddetta percentuale all'ammontare dei premi

assicurativi, produce una stima di ricavo annuo di € 10.150,00; e, tuttavia, essendo la durata del contratto superiore ad un anno, il ricavo complessivo derivante dall'espletamento del servizio è sicuramente sensibilmente più elevato;

- la circostanza dedotta che "gli usi del mercato italiano" prevedano provvigioni comprese tra il 3% ed il 6%, si concretizza in una apodittica ed indimostrata asserzione la quale è stata in concreto contraddetta dal deposito dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva di due recenti gare di appalti pubblici di servizi d'identica natura, dai quali risultano ribassi compresi tra lo 0,01% e l'1% da parte delle aggiudicatari;

- la Commissione ha proseguito immotivatamente la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006;

- il procedimento facoltativo di verifica dell'anomalia di cui all'art.

86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 deve, invece, essere motivato con l'indicazione degli "elementi specifici" a sostegno della sua attivazione e gli elementi adottati sono inidonei in quanto indimostrati e comunque non corretti.

2 - In via subordinata, violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 121 e 284 del d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 88 del d. lgs. n. 163/2006 ed incompetenza.

L'organo competente a condurre il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, per valutare le giustificazioni addotte dall'impresa la cui offerta è stata ritenuta anomala è il responsabile unico del procedimento (d'ora in poi, per brevità, soltanto R.U.P.) oppure la commissione speciale laddove appositamente costituita ai sensi dell'art. 88, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006 per assistere il R.U.P. e, invece, nella fattispecie, la decisione d'intraprendere il sub-procedimento di cui trattasi nonché

la valutazione delle giustificazioni di volta in volta presentate da parte della ricorrente è stata compiuta - come emerge dai verbali del 2.7.2014, del 18.7.2014, del 28.7.2014, del 30.7.2014 e dell'1.8.2014 - esclusivamente da parte della Commissione di gara, organo tuttavia incompetente a questo riguardo, atteso che il R.U.P. si è limitato a riportare pedissequamente il contenuto dei verbali della Commissione, senza assumere alcuna valutazione in proposito.

3 - In via subordinata, violazione e falsa applicazione degli artt. 86, comma 3 bis, e 87 del d. lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per difetto di motivazione, per irragionevolezza, per illogicità della motivazione, per travisamento di elementi in fatto e/o in diritto, per difetto d'istruttoria e per difetto dei presupposti.

La Commissione di gara ha giustificato l'esclusione della ricorrente dalla procedura sulla base dei due seguenti argomenti in quanto:

- *"resta indimostrata la effettiva sostenibilità dell'offerta, per come presentata in sede di gara, in primo e dirimente luogo perché Ital Brokers, al preteso fine di apportare giustificazione alla ravvisata incongruità di rapporto tra il progetto tecnico e la remunerazione richiesta, ha addotto una sostanziale diversa configurazione del progetto tecnico medesimo: in sede di audizione, l'impresa ha espressamente affermato che le indicazioni contenute nel cronoprogramma facente parte del diretto progetto non possono considerarsi espressive dell'impegno effettivamente offerto, dovendosi questo desumere invece da una nota del 24 luglio 2014, prodotta, quindi, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia. Tale condotta, oltre a dare luogo ad una inammissibile variazione dell'offerta originariamente presentata, rappresenta comunque un evidente sintomo di inaffidabilità dell'offerta, dal momento che, tra l'altro, conferma la non riferibilità del prezzo richiesto alla prestazione offerta in gara";*

- *"Ital Brokers, diversamente da quanto da Essa affermato nel corso*

dell'audizione, non ha potuto dimostrare la coerenza tra le voci di costo attinenti al personale dalla medesima computati con le Tabelle ministeriali di cui all'art. 86, co. 3 bis, d.lgs. n. 163/2006: la Commissione ha infatti proceduto ad istituire un raffronto tra quanto dichiarato dall'impresa nella nota del 24 luglio 2014 (ove sono riportati i costi dei lavoratori addetti alla commessa che ne occupa) e le Tabelle nella versione vigente, desumendone, appunto, che Ital Brokers prevede, per tale titolo, costi significativamente inferiori a quelli indicati da fonte ministeriale".

Quanto alla prima motivazione:

- la Commissione ha totalmente travisato le dichiarazioni rese dalla ricorrente in sede di audizione;
- non è vero, pertanto, che la ricorrente abbia "espressamente affermato che le indicazioni contenute nel cronoprogramma facente parte del diretto progetto non possono considerarsi espressive dell'impegno effettivamente offerto", né tantomeno che la stessa abbia mutato il contenuto dell'offerta tecnica;

- in particolare, alla contestazione secondo cui la ricorrente ha indicato per l'espletamento di determinate funzioni, un cronoprogramma che lascia intendere una presenza costante dello staff e che non trova corrispondenza nel numero di ore indicato nella lettera del 24 luglio 2014, la società ha controdedotto che *"nel cronoprogramma è indicato il lasso di tempo entro cui verranno espletate le citate funzioni, ma che l'impiego dei professionisti designati si concretizza nelle ore indicate nella lettera del 24 luglio 2014"* e che dalle scadenze indicate nel cd. cronoprogramma non è possibile in alcun modo inferire il monte ore necessario per l'espletamento delle varie attività ivi indicate;

- la Commissione di gara non ha chiarito neppure quali parametri abbia utilizzato per accertare l'inesistente incongruenza dell'offerta sia in relazione al valore orario ritenuto congruo, sia in riferimento al numero di unità di

personale che dovrebbe essere utilizzato e sia ai livelli ai quali detto personale dovrebbe appartenere;

- non si può inferire una modifica dell'offerta - motivazione di per sé sola idonea ad escludere un operatore economico - per effetto di qualsivoglia ipotetica discrasia sussistente nelle giustificazioni addotte rispetto al contenuto dell'offerta stessa, invertendo la *ratio* del sub-procedimento di verifica dell'anomalia che attiene esclusivamente alla congruità degli elementi economici dell'offerta;

- comunque, qualora la Stazione appaltante accerti un'eventuale discrasia tra costo desumibile e costo giustificato, deve quantificarla allo scopo di valutare se la stessa sia tale da rendere l'offerta complessivamente inaffidabile.

Quanto alla seconda motivazione:

- è priva di qualsivoglia elemento che possa consentire di vagliarne la fondatezza;

- la Commissione non ha in alcun modo dimostrato che i costi del

personale dichiarati nella nota del 24.7.2014 siano inferiori a quelli della tabella ministeriale di riferimento, che peraltro non viene neppure identificata;

- il costo del lavoro è stato ampiamente giustificato dalla ricorrente nel corso del sub-procedimento;

- non si evince in forza di quale valutazione/calcolo tale denegato scostamento possa incidere sull'equilibrio complessivo dell'offerta.

4 - Illegittimità del silenzio eventualmente formatosi avverso al preavviso di ricorso del 10.9.2014 e alla nota del 17.09.2014, in via derivata per i medesimi vizi di cui in precedenza nonché:

- in quanto il preavviso di ricorso del 10.09.2014 è stato riscontrato in modo puramente formale, poiché non è stata rassegnata alcuna spiegazione sulla circostanza che alla pretesa e contestata data di comunicazione dell'aggiudicazione con la nota di cui al prot. n. 1241

del 5.8.2014, l'istanza di accesso della ricorrente era stata dichiarata non accoglibile proprio in forza del fatto che l'aggiudicazione definitiva in favore di MAG non fosse ancora intervenuta come da nota di cui al prot. n. 1243 sempre del 5.8.2014, successivamente ribadita con la nota di cui alla PEC del 13.8.2014;

- per violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e per eccesso di potere per difetto di motivazione e per violazione del principio del giusto procedimento.

5 - In relazione all'aggiudicazione in favore di MAG, violazione e falsa applicazione dell'art. 79, comma 5, lett. a), e dell'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per violazione della lex specialis con particolare riferimento alla pag. 7 dell'Avviso.

Il C.O.N.I. non ha mai effettuato la comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006 circa l'intervenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di MAG, ma

esclusivamente quella di cui all'art. 79, comma 5, lett. c - *ter*), del medesimo decreto in merito all'intervenuta stipulazione del contratto.

La Stazione appaltante ha sostenuto che, in realtà, la comunicazione di aggiudicazione definitiva sarebbe intervenuta con la nota di cui al prot. n. 1241 del 5.8.2014 - la quale, tuttavia, non chiarisce né se l'intervenuta aggiudicazione fosse definitiva o provvisoria, né tantomeno richiama la previsione dell'art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 - e il CONI, nella medesima data, con la nota di cui al prot. n. 1243, successivamente ribadita con la nota di cui alla PEC del 13.8.2014, ha negato alla ricorrente l'accesso agli di gara proprio in quanto *"il diritto di accesso è differito fino alla data del provvedimento di aggiudicazione definitiva, come previsto dall'art. 13, comma 2 lettera c bis del D.lgs. n. 163/06"*, con la conseguenza che la precedente nota di cui al prot. n. 1241 sempre del

5.8.2014 non poteva evidentemente costituire comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006.

Ne consegue che il contratto tra il C.O.N.I. e MAG è stato stipulato senza che sia mai intervenuta comunicazione dell'aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima e, pertanto, la ricorrente ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto con effetto retroattivo fin dalla sua stipulazione ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c), c.p.a. e, in via subordinata, ai sensi degli artt. 122 e 123 c.p.a., in quanto la condotta della Stazione appaltante è stata, comunque, tale - per effetto del contenuto delle note tutte aventi il protocollo del 5.8.2014 - da indurla a ritenere, incolpevolmente ed in assoluta buona fede, che l'aggiudicazione definitiva in favore di MAG non fosse ancora intervenuta, così pregiudicando alla medesima la possibilità di proporre ricorso nel termine di dilatorio dei

35 giorni di cui all'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006.

6 - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per violazione e falsa applicazione della lex specialis nella parte in cui - all'ultimo periodo di pag. 6 dell'Avviso - stabilisce la modalità di stipula del contratto.

L'Avviso della procedura di cui trattasi - alla pag. 6, ultimo periodo - prescrive espressamente che *"l'affidamento di quanto in oggetto avverrà mediante stipula di formale contratto, da effettuarsi in Roma, nel giorno stabilito dalla Coni Servizi S.p.A."*.

Invece, nella comunicazione del C.O.N.I. di cui alla nota prot. n. 1397/gb del 18.9.2014, si legge che *"in data odierna il contratto è stato sottoscritto, mediante scambio di lettera commerciale ..."*.

Ne consegue che la modalità di stipula prescelta da parte della Stazione appaltante viola sia la previsione della *lex specialis* di cui in precedenza e sia l'art. 11, comma

13, del d.lgs. n. 163/2006 - come da ultimo modificato dall'art. 6, comma 3, della legge n. 221/2012 - il quale dispone che *"Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata"*, con la conseguenza che il contratto stipulato deve essere dichiarato inefficace o comunque nullo.

7 - *A seguito dell'intervenuta dichiarazione d'inefficacia o di nullità del contratto stipulato con Mag, la ricorrente domanda, fin da ora, il subentro della ricorrente nel relativo contratto o ab origine con effetto retroattivo oppure, in via subordinata, dal momento in cui è ritenuto opportuno ai sensi degli artt. 121, 122 e 123 c.p.a.*

8 - In via subordinata, nel caso in cui non fosse ritenuto possibile il subentro con efficacia retroattiva

fin dalla stipula del contratto con MAG, la ricorrente *chiede ai sensi degli artt. 30 e 124 del d.lgs. 2.7.2010 n. 104, nella sussistenza di tutti i relativi presupposti, la condanna del C.O.N.I. all'integrale risarcimento per equivalente dei danni ingiustamente arrecati alla ricorrente con gli illegittimi provvedimenti impugnati, incluso il danno da mero ritardo.*

Per quanto attiene ai predetti danni, la ricorrente si è riservata, in corso di giudizio, di precisare il danno lamentato, anche in considerazione dei provvedimenti che saranno eventualmente emessi ai sensi degli artt. 121, 122 e 123 c.p.a., nonché ulteriore e più dettagliata prova documentale sulla sua quantificazione e, tuttavia, fin da subito, ha rilevato che il danno lamentato non può essere inferiore alle provvigioni nella percentuale dello 0,7% che la stessa non ha modo di ottenere, cui aggiungere il danno cd. «curriculare» da quantificarsi in un importo non inferiore al 5% dell'importo

complessivo di contratto, e pari pertanto a 10.000,00 €.

In via ulteriormente subordinata, infine, ha chiesto la condanna generica del Coni al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 278 c.p.c.

.

La società Mag si è costituita in giudizio in data 3.11.2014 depositando memoria difensiva con la quale ha argomentatamente dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso del quale ha chiesto il rigetto.

Il C.O.N.I. si è costituito in giudizio in data 3.11.2014, depositando memoria difensiva con la quale ha, a sua volta, argomentatamente dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso del quale ha chiesto il rigetto.

La società Mag ha depositato documentazione in data 30.12.2014, memoria difensiva in data 31.12.2014, con la quale ha ribadito le proprie difese, nonché memoria di replica in data 9.1.2015, con la

quale ha insistito ai fini del rigetto del ricorso.

La ricorrente ha depositato memoria difensiva in data 31.12.2014, con la quale ha controdedotto alle difese avversarie, e memoria di replica in data 9.1.2015, con la quale ha reiterato i motivi di censura di cui al ricorso introduttivo ed ha diffusamente contestato le ultime difese avversarie, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Il C.O.N.I. ha depositato memoria difensiva in data 5.1.2015, con la quale ha controdedotto alle difese avversarie, e memoria di replica in data 10.1.2015, con la quale ha insistito per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 19.1.2015 il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa.

DIRITTO

1 - Con il primo motivo di censura la ricorrente ha dedotto in via principale che il procedimento

facoltativo di verifica dell'anomalia dell'offerta di cui all'articolo 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 deve essere motivato con l'indicazione degli "*elementi specifici*" di cui alla norma richiamata a sostegno della sua attivazione e che gli elementi adottati da parte della commissione - ed incentrati essenzialmente nella circostanza che a fronte di una percentuale provvigionale dello 0,7% offerta dalla ricorrente "*si desume che le provvigioni richieste, secondo gli usi del mercato italiano, vanno da un minimo di 3% ad un massimo del 6%, ancorché non manchino casi di elevazione sino al 10%*" - sono inadeguati al fine in quanto indimostrati in punto di fatto nella loro esistenza e, comunque, non corretti.

La ricorrente ha, quindi, dedotto, nella sostanza, che la stazione appaltante ha attivato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nella mancanza dei relativi presupposti normativi.

Si premette che la norma richiamata e di cui al comma 3 dell'articolo 86 del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone, al riguardo, testualmente che “3. *In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.*”.

E alla luce del predetto disposto normativo, la censura in trattazione non coglie nel segno sotto l'assorbente profilo che segue.

Dalla lettura attenta degli atti relativi al sub-procedimento di cui trattasi, depositati tutti in copia nel presente procedimento, emerge che, in realtà, lo stesso ha preso avvio sulla base di una motivazione che è molto più articolata di quanto rappresentato in ricorso e che non si riduce, pertanto, in via esclusiva, all'indicato profilo dell'essere la provvigione offerta da parte della ricorrente sensibilmente inferiore alle provvigioni richieste secondo gli usi del mercato italiano.

E, infatti, nella nota del R.U.P. dell'8.7.2014, con la quale è stato

dato l'avvio al suddetto sub-procedimento, si legge testualmente che “ ... il punteggio per la parte economica è stato attribuito a fronte di una percentuale provvigionale offerta pari allo 0,7 % sui premi imponibili pagati da Coni Servizi S.p.A. Ai sensi dell'art. 86 comma 3 del codice degli appalti, l'offerta appare incongrua rispetto al servizio richiesto considerato che:

- a) gli altri concorrenti hanno formulato offerte economiche che vanno dall'1,5 % al 10%: il valore medio delle provvigioni proposte è stato, quindi, pari a 4,16%;
- b) ancorché non sussistano tariffari o prezzari per l'attività di brokeraggio, tuttavia, dalla ricognizione degli elementi di conoscenza disponibili ai sensi dell'art. 89, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, si desume che le provvigioni richieste, secondo gli usi del mercato italiano, vanno da un minimo del 3% ad un massimo del 6%, ancorché non manchino casi di elevazione sino al 10%.

L'offerta appare poi tanto più anomala ove si tenga conto - com'è doveroso - sia della struttura causale del contratto per il quale è stata indetta la procedura

concorsuale che ne occupa, sia dei concreti contenuti del servizio richiesto, per come configurati dal Capitolato d'oneri.

Allo scopo, quindi, di vagliare la serietà e l'affidabilità oggettiva dell'offerta presentata - dovendosi evitare che la Stazione appaltante sia esposta al rischio di un servizio non conforme alle aspettative ovvero ad anomale interruzioni del rapporto contrattuale - a fronte di una percentuale significativamente inferiore a quelle usualmente praticata sul mercato, si propone di richiedere al concorrente di dimostrare, alla stregua degli elementi contemplati dall'art. 87 d.lgs. n. 163/2006, la effettiva sostenibilità dell'offerta presentata in termini di remunerazione dei fattori della produzione tale da assicurare circa l'esecuzione delle prestazioni dovute a regola d'arte. Deve infatti tenersi conto del fatto che la Ital Brokers ha proposto un progetto di servizio ampiamente strutturato che, nel rispondere alle richieste di cui all'art. 2 del Capitolato, configura per l'impresa un impegno di particolare complessità anche per quanto attiene a quelle prestazioni preliminari che non danno luogo a

consulenza immediatamente volta ad assistere la Committente nell'attività di individuazione dell'assicuratore e della specifica polizza da stipulare. Al riguardo si fa presente che si è segnalato che il totale dei premi pagati nel 2013 da Questa Società è pari a 1.355.889,88. Pertanto è necessario che l'offerta sia pienamente giustificata rispetto a costi da sostenere (ed in particolare il costo del personale indicato dalla Ital Brokers), alle attività da svolgere, alle spese generali e all'utile che si ritiene di conseguire, tenendo presente che comunque al momento la remunerazione massima presumibile appare essere pari a circa 9.500 euro annui.

Per tutto quanto fin qui rilevato, si propone alla Stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti degli artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006 di procedere alla verifica della congruità dell'offerta e, pertanto, in applicazione dell'art. 88 D.Lgs. 163/2006 e ss. mm. ii., invitando la Ital Brokers a presentare dettagliate giustificazioni a supporto dell'offerta presentata e degli elementi (in particolare del costo del personale) sopra richiamati?.

Pertanto, anche senza considerare gli aspetti di approfondimento emersi nel proseguo del suddetto sub-procedimento e posti all'attenzione della ricorrente da parte della stazione appaltante, è evidente come l'avvio del sub-procedimento, pur prendendo le mosse proprio dal profilo evidenziato in ricorso, il quale evidentemente assume una valenza assolutamente pregnante, tuttavia, non si è esaurito in esso.

In particolare, infatti, il R.U.P. ha evidenziato in modo specifico - ai fini della verifica della sostenibilità complessiva dell'offerta avanzata - anche i profili concernenti, da un lato, la complessità del progetto proposto da parte della ricorrente, comprensivo di prestazioni aventi ad oggetto tra le altre anche un'attività di consulenza non strettamente inerente all'oggetto specifico del contratto (ossia l'individuazione dell'assicuratore e della polizza assicurativa da stipulare) e, dall'altro, i costi

complessivamente da sostenere, con particolare riguardo ai costi relativi al personale.

E, dall'esame degli atti del predetto sub-procedimento è, altresì, agevole rilevare come, in concreto, la ricorrente si sia premurata di articolare difese e controdeduzioni su ciascuno dei profili evidenziati dal R.U.P. ai fini dello svolgimento della verifica dell'anomalia presentata da parte della stessa. In particolare, l'attenzione della ricorrente si è incentrata in maniera più pregnante proprio sulla valenza del cd. cronoprogramma, ai fini dell'individuazione esatta delle ore necessarie per il concreto espletamento delle attività ivi previste le quali, appunto, concretizzano quelle prestazioni professionali diverse ed aggiuntive rispetto all'oggetto specifico del contratto da aggiudicare, nonché sul costo del personale.

1.2 - Con un ulteriore profilo di censura la ricorrente ha dedotto che la Commissione ha proseguito

immotivatamente la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'articolo 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, atteso che la stessa, in riscontro alla richiesta di chiarimenti del R.U.P. dell'8.7.2014, aveva dimostrato che la circostanza dedotta a fondamento dell'attivazione del sub-procedimento di cui trattasi, ossia appunto che "*gli usi del mercato italiano*" prevedono provvigioni comprese tra il 3% ed il 6%, si concretizza in una apodittica ed indimostrata asserzione la quale è stata, in realtà, contraddetta in concreto con il deposito dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva di due recenti gare di appalti pubblici di servizi d'identica natura, dai quali risultano ribassi compresi tra lo 0,01% e l'1% da parte delle società aggiudicatarie.

Anche la predetta censura non coglie nel segno.

E, infatti, in primo luogo, occorre evidenziare come il R.U.P. abbia dato atto specificatamente che la

circostanza di cui trattasi - ossia che "gli usi del mercato italiano" prevedono provvigioni comprese tra il 3% ed il 6% - è stata acquisita a seguito della ricognizione degli elementi di conoscenza disponibili ai sensi dell'articolo 89, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006. La norma dispone, infatti, che "2. *Salvo quanto previsto dall'articolo 26, comma 3, legge 23 dicembre 1999, n. 488, a fini di orientamento le stazioni appaltanti prendono in considerazione i costi standardizzati determinati dall'Osservatorio ai sensi dell'articolo 7, gli elenchi prezzi del Genio civile, nonché listini e prezziari di beni, lavori, servizi, normalmente in uso nel luogo di esecuzione del contratto, eventuali rilevazioni statistiche e ogni altro elemento di conoscenza.*".

Va premesso che non si ritiene sussistere un puntuale onere motivazionale ai fini della legittimità del relativo richiamo in ordine alle specifiche fonti attraverso le quali la predetta conoscenza sia stata acquisita con la conseguente

inoperatività del principio dell'inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione del provvedimento amministrativo in sede difensiva.

Nella fattispecie manca in concreto lo specifico riferimento sul punto in seno alla motivazione esposta nella nota di cui trattasi del R.U.P. dell'8.7.2014, ma è verosimile ritenere - in considerazione del fatto che il richiamo e successivo deposito nell'articolo di stampa effettuato proprio da parte della stazione appaltante, ossia dal C.O.N.I. - che la conoscenza della circostanza in questione sia stata acquisita da parte della stazione appaltante a seguito della consultazione delle numerose pubblicazioni specializzate esistenti nella materia; e, in particolare, del predetto articolo di stampa, apparso sulla rivista Diritto24 dell'1.10.2013 a firma di Lorenza Morello, e dal titolo "*intermediazione di affari: la figura del broker*", nel quale, nella sua parte finale, è, appunto, riportato

che *“la provvigione ... in genere oscilla tra il 3% ed il 6%, in base all'entità della cifra in gioco”*. In coerenza, nella lettera del R.U.P. si legge testualmente, come già in precedenza rilevato che *“si desume che le provvigioni richieste, secondo gli usi del mercato italiano, vanno da un minimo del 3% ad un massimo del 6%, ancorché non manchino casi di elevazione sino al 10%.”*.

Peraltro la ricorrente si limita, al riguardo, negli ultimi scritti difensivi, a rilevare che si tratterebbe di un articolo di stampa pubblicato in data successiva alla lettera del R.U.P. e precisamente in data 31.7.2014; e, tuttavia, è comprovato in atti, dalla copia del suddetto articolo, che invece la data esatta è proprio quella riportata in precedenza, la quale è di gran lunga anteriore alla seduta della commissione in cui si è deliberato di proporre al R.U.P. l'avvio del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nonché

della decisione del R.U.P. di procedere in tal senso.

Nel merito, poi, della documentazione prodotta a supporto della propria tesi da parte della ricorrente - e consistente nei provvedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici riguardanti servizi di brokeraggio assicurativo e recanti provvigioni, da 0,01% a 0,1%, anche notevolmente inferiori pertanto rispetto a quella offerta nel caso di specie - è agevole rilevare che la commissione ha argomentato al riguardo, in modo puntuale, come risulta dal verbale della seduta del 18.7.2014, rappresentando, da un lato, che *“non possono essere considerati come benchmark di riferimento”* in quanto *“non inseriti nel contesto della gara in questione, tenendo dunque conto della completa mappatura del rischio assicurativo e di ogni altro elemento indicato nel capitolato di gara”* e, dall'altro, che comunque *“in tali procedimenti competitivi la società Ital Broker ha offerto aliquote sensibilmente superiori a quella offerta nella gara in*

oggetto”. E, allora, anche alla luce delle puntuali osservazioni di cui in precedenza, non può fondatamente sostenersi che la stazione appaltante abbia immotivatamente proseguito nel sub-procedimento di cui trattasi nonostante la ricorrente avesse prodotto la documentazione di cui trattasi. E, infatti, indipendentemente dalla ritenuta condivisione o meno delle predette argomentazioni, comunque, non si può negare che la scelta della stazione appaltante di proseguire nel sub-procedimento sia, in effetti, supportata da un’articolata motivazione.

Peraltro la ricorrente si limita, nel proprio ricorso introduttivo, a rilevare al riguardo, in un veloce passaggio, che la Commissione ha proseguito

“*immotivatamente*” (evidenziato in ricorso con l’uso del carattere maiuscolo) il sub-procedimento di verifica, senza tuttavia fare alcun cenno alla predetta motivazione adottata da parte della Commissione

e del R.U.P. e soltanto nei successivi scritti difensivi ha sostanzialmente integrato la prospettazione del predetto motivo di censura, alla luce delle deduzioni difensive delle altre parti del giudizio le quali hanno rilevato l'inconferenza dei dati indicati dalla ricorrente in sede di sub-procedimento sul punto, riprendendo a quel punto le argomentazioni di cui in precedenza ed espresse al riguardo da parte della Commissione.

Da quanto esposto consegue che la mera produzione documentale di parte ricorrente avente ad oggetto le due aggiudicazioni di cui in precedenza, alla luce delle considerazioni che precedono, non costituisce elemento idoneo a determinare di per sé l'interruzione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia con la conseguenza che non può fondatamente sostenersi che la stazione appaltante lo abbia proseguito immotivatamente.

2 - Con il secondo motivo di censura la ricorrente ha dedotto che l'organo competente a condurre il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, per valutare le giustificazioni addotte dall'impresa la cui offerta è stata ritenuta anomala è il responsabile unico del procedimento oppure la commissione speciale laddove appositamente costituita ai sensi dell'articolo 88, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006 per assistere il R.U.P. e, invece, nella fattispecie, la decisione d'intraprendere il sub-procedimento di cui trattasi nonché la valutazione delle giustificazioni di volta in volta presentate da parte della ricorrente è stata compiuta - come emergerebbe dai verbali del 2.7.2014, del 18.7.2014, del 28.7.2014, del 30.7.2014 e dell'1.8.2014 - esclusivamente da parte della Commissione di gara, organo incompetente a questo riguardo, atteso che il R.U.P. si sarebbe limitato a riportare pedissequamente il contenuto dei

verbali della Commissione, senza assumere alcuna valutazione di merito in proposito.

Il motivo è destituito di fondamento per le considerazioni tutte che seguono.

L'articolo 284 del d.P.R. n. 207 del 2010, situato all'interno del Capo II del titolo II della parte IV- contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari, rubricato "*Offerte anomale*", dispone testualmente che "*1. Si applica l'articolo 121....*"; il richiamato articolo 121 dispone al riguardo che "*10. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ... il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6.*" e che "*4. Il responsabile del*

procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del codice.

5. La specifica commissione di cui al comma 4 è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestate dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

6. Nei casi di cui al comma 5 si procede secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del codice.”.

Dal combinato disposto delle richiamate disposizioni si evince che è il responsabile del procedimento ad essere investito anche della funzione di svolgere la verifica dell'anomalia, potendosi,

tuttavia, avvalere, ove costituita, della apposita Commissione o della stessa Commissione tecnica (cfr., Cons. Stato, sez. III, 11.6.2013, n. 3228). E', pertanto, attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice ossia delegare la predetta commissione la quale è sempre esistente in questo tipo di procedure ai sensi dell'art. 84 del codice (Cons. Stato, Ad. Plen., 29.11.2012, n. 36). L'avvalimento di cui alla richiamata disposizione è stata, pertanto, interpretata come delega dell'esercizio del potere di espletare in concreto le rispettive attività. Peraltro è stato al riguardo autorevolmente sostenuto altresì che è ragionevole ritenere che la facoltà di scelta tra le due opzioni (procedere direttamente alla verifica di anomalia o delegare la

commissione) spettasse *ab initio* al R.U.P. per tutte le tipologie di gare e che l'articolo 121 richiamato abbia inteso soltanto specificare le diverse modalità con le quali la predetta scelta può esplicarsi nelle due diverse categorie di procedure (Cons. Stato, Ad. Plen., 29.11.2012, n. 36).

Ne consegue che, poiché la competenza è comunque attribuita al R.U.P., ed atteso che l'avvalimento in questione opera esclusivamente nel rapporto interno tra R.U.P. e Commissione, questi, anche nel caso in cui abbia delegato la Commissione ai predetti fini, assume all'esterno la paternità dell'attività svolta.

E, nel caso di specie, come dedotto in memoria dalla MAG, effettivamente, il R.U.P., nella nota dell'8.7.2014, indirizzata alla ricorrente e con la quale le dava comunicazione dell'avvio del sub-procedimento di cui trattasi, ha espressamente dato atto, nell'ultimo paragrafo, che “*la Commissione*

aggiudicatrice, costituita ai sensi dell'art. 84 del codice degli appalti, è delegata alla verifica dell'anomalia e, quindi, dei giustificativi eventualmente prodotti da Codesta Spett.le Società come previsto dall'art. 88 del suddetto codice?.

Alla luce del chiaro tenore testuale della predetta nota, è evidente che il R.U.P. ha effettivamente delegato la Commissione ad effettuare in concreto la verifica dell'anomalia dell'offerta di cui trattasi e, tuttavia, ha contestualmente, in modo espresso, fatto proprie le conclusioni cui di volta in volta la stessa è pervenuta nell'ambito dei singoli passaggi procedurali del sub-procedimento di cui trattasi, attraverso l'adozione degli atti in cui ha recepito le suddette conclusioni; né la circostanza che il R.U.P. si sia limitato a recepire acriticamente in modo pedissequo le considerazioni svolte dalla commissione - secondo la prospettazione in punto di fatto proposta da parte della ricorrente - è idonea a determinare l'illegittimità dei relativi provvedimenti, atteso

che - proprio in quanto il R.U.P. ha delegato la commissione nei sensi di cui in precedenza - soltanto nel caso in cui lo stesso avesse eventualmente ritenuto di doversi dissociare dalle predette conclusioni, avrebbe dovuto rappresentare i motivi alla base della mancata condivisione.

Né la ricorrente ha contestato, in punto di fatto, in ricorso, in via subordinata, l'eventuale mancanza di un provvedimento formale del R.U.P. con il quale si dispone l'avvalimento ai fini che interessano della commissione, se non con la memoria difensiva del 31.12.2014, la quale, tuttavia, non è stata notificata alle parti del presente giudizio.

E, comunque, la circostanza che la nota del R.U.P. dell'8.7.2014 sia successiva alla seduta della commissione del 2.7.2014, nella quale asseritamente la decisione di procedere all'avvio del sub-procedimento di verifica dell'anomalia sarebbe già stata

assunta da parte della commissione, non ha la rilevanza che vorrebbe attribuirgli la ricorrente, laddove si consideri che, in realtà, dalla lettura del verbale della predetta seduta è evidente che la commissione non ha assunto alcuna decisione definitiva al riguardo ma si è limitata a deliberare che *“si propone alla stazione appaltante ... di procedere alla verifica della congruità dell’offerta ..., invitando la Ital Brokers a presentare dettagliate giustificazioni a supporto dell’offerta presentata ...”*; ne consegue che, evidentemente, il R.U.P. preso atto della proposta della commissione al riguardo e di cui al richiamato verbale e nella piena condivisione delle puntuali considerazioni ivi esposte, ha deciso di procedere all’avvio del sub-procedimento di cui trattasi, contestualmente affidando - nel rispetto della normativa di cui in precedenza che gliene attribuisce la facoltà - alla commissione il compito di espletare in concreto le relative operazioni. E, quindi,

ancora, non può di conseguenza fondatamente ritenersi che, con la predetta nota dell'8.7.2014, il R.U.P., nella sostanza, abbia inteso attribuire valenza retroattiva alla decisione di avvio del predetto sub-procedimento.

3 - Con il terzo motivo di censura la ricorrente ha contestato in modo articolato le motivazioni in concreto addotte da parte della stazione appaltante ai fini della dichiarazione di incongruità dell'offerta proposta da parte della ricorrente.

Si ribadisce che il provvedimento impugnato in via principale con il ricorso in trattazione ha testualmente rilevato al riguardo che:

- "resta indimostrata la effettiva sostenibilità dell'offerta, per come presentata in sede di gara, in primo e dirimente luogo perché Ital Brokers, al preteso fine di apportare giustificazione alla ravvisata incongruità di rapporto tra il progetto tecnico e la remunerazione richiesta, ha addotto una sostanziale

diversa configurazione del progetto tecnico medesimo: in sede di audizione, l'impresa ha espressamente affermato che le indicazioni contenute nel cronoprogramma facente parte del diretto progetto non possono considerarsi espressive dell'impegno effettivamente offerto, dovendosi questo desumere invece da una nota del 24 luglio 2014, prodotta, quindi, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia. Tale condotta, oltre a dare luogo ad una inammissibile variazione dell'offerta originariamente presentata, rappresenta comunque un evidente sintomo di inaffidabilità dell'offerta, dal momento che, tra l'altro, conferma la non riferibilità del prezzo richiesto alla prestazione offerta in gara";

- "Ital Brokers, diversamente da quanto da Essa affermato nel corso dell'audizione, non ha potuto dimostrare la coerenza tra le voci di costo attinenti al personale dalla medesima computati con le Tabelle ministeriali di cui all'art. 86, co. 3 bis, d.lgs. n. 163/2006: la Commissione ha infatti proceduto ad istituire un raffronto tra quanto dichiarato dall'impresa nella nota del 24 luglio

2014 (ove sono riportati i costi dei lavoratori addetti alla commessa che ne occupa) e le Tabelle nella versione vigente, desumendone, appunto, che Itai Brokers prevede, per tale titolo, costi significativamente inferiori a quelli indicati da fonte ministeriale".

Si tratta, all'evidenza, di una motivazione complessa, la quale è articolata essenzialmente sotto un duplice ordine di considerazioni; la prima, attinente ad un'asserita sostanziale diversa configurazione del progetto tecnico medesimo e la seconda, invece, alla coerenza tra le voci di costo attinenti al personale.

Si premette alla trattazione una breve ricostruzione della giurisprudenza in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta nella procedura di evidenza pubblica ai fini dell'aggiudicazione di un contratto di appalto con la pubblica amministrazione.

La verifica dell'anomalia è necessaria, anche quando non sussistano i presupposti che ne comportino l'obbligatorietà, quando

gli elementi dell'offerta e l'entità del ribasso complessivo non trovino adeguata giustificazione negli atti, e presentino evidenti e comunque seri dubbi di anormalità, in attuazione dei principi generali di efficacia, imparzialità, parità di trattamento e buon andamento dell'azione amministrativa (così, *ex multis*, Cons. St., 10.5.2013, n. 2533).

Per consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, il procedimento di verifica dell'anomalia di un'offerta è finalizzato a consentire che gli appalti vengano affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, nella convinzione che, in caso contrario, gli affidatari siano indotti ad una negligente esecuzione col rischio di insorgenze litigiose, e nella considerazione che, sotto altro aspetto, consentire alla presentazione di offerte senza l'evidenza di un adeguato utile, finirebbe per alterare il sistema di

libera concorrenza del mercato, permettendo la sopravvivenza delle sole imprese che, fornite di maggiori risorse economiche, possono sopportare contratti in perdita (cfr., Cons. St., V, 15.04.2013, n. 2063).

Il giudizio sull'anomalia dell'offerta, comprensivo della fase di esame delle giustificazioni addotte dal concorrente a dimostrazione dell'insussistenza di elementi anomali, costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o erroneità fattuale e dunque soltanto sotto il profilo della logicità, ragionevolezza, e adeguatezza dell'istruttoria, per modo che al giudice di legittimità è consentito intervenire soltanto in caso di conclamate illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da palesi errori di fatto, fermo comunque restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a

quello dell'amministrazione (cfr., *ex multis*, Cons. St., V, 26.09.2013, n. 4761; III, 03.09.2013, n. 4398; V, 21.06.2013, n. 3398; IV, 30.05.2013, n. 2956; III, 10.05.2013, n. 2533).

La verifica di anomalia concerne l'offerta nel suo complesso, e non singoli suoi elementi costitutivi isolatamente considerati così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta, anche con il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazione, ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione di questa, poiché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, è tenuto a fornire, ai sensi dell'art. 87, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta, e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come

incongrue (cfr., da ultimo, Cons. St., V, 26.09.2013, n. 4761).

E l'adeguatezza della motivazione del giudizio di anomalia va commisurata sul riparto dell'onere assertivo e probatorio relativo alla congruità dell'offerta medesima quale assunta nella valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante a norma dell'art. 86, comma 3, d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto, mentre alla stazione appaltante spetta individuare, ma non anche provare, gli elementi di anomalia che legittimano l'avvio della procedura di verifica con richiesta di giustificazioni al concorrente - ai sensi del combinato disposto degli artt. 86, comma 3, e 87, comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006 - su quest'ultimo grava l'onere, non già solo assertivo, ma propriamente probatorio, di dimostrare l'insussistenza degli elementi contestati e/o di addurre e documentare dati obbiettivi che ne neutralizzino gli effetti pregiudizievoli, e che comunque

attestino la congruità complessiva dell'offerta e la sua sostenibilità.

3.1 - Quanto al primo profilo, concernente il cd. cronoprogramma, valgono le considerazioni di cui di seguito.

Si premette al riguardo, in linea di principio, che nel sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta non è consentito al concorrente di modificare la propria offerta, pena la violazione del principio di *par condicio*, ma solo di effettuare, all'interno di questa, un limitato rimaneggiamento degli elementi che la compongono - per esempio dimostrando che alcune voci di prezzo ritenute eccessivamente basse possono essere compensate da altre voci inizialmente sopravvalutate, dalle quali l'impresa è in grado di conseguire un concreto, effettivo, e documentato risparmio - senza comunque che ne risulti alterata la proposta iniziale e la logica che la sostiene (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 18.2.2013,

n. 973; sez. V, 18.2.2013, n. 974; sez. IV, 23.7.2012, n. 4206).

Si tratta, allora, di verificare se, in concreto, la ricorrente abbia effettuato o meno una modifica sostanziale dell'offerta proposta.

E il punto centrale della questione è rappresentato, alla luce della motivazione di cui in precedenza, sulla consistenza del cd. cronoprogramma allegato all'offerta e di questo parte integrante nonché sulla valenza delle controdeduzioni articolate in sede di verifica al riguardo da parte della ricorrente.

La ricorrente, come si evince dall'esame della sua offerta tecnica, ha presentato un progetto tecnico particolarmente complesso ed analitico, con il quale ha assunto l'impegno di fornire a C.O.N.I. nonché *“a tutte le Società collegate e controllate ovvero ai centri/istituti del CONP”* sia un fitto novero di prestazioni consulenziali, indipendenti da quelle più strettamente attinenti alla stipulazione dei contratti

assicurativi, scandite secondo un vero e proprio cronoprogramma sia, tra l'altro, una consulenza tecnica continuativa, con promessa di *“fornire una risposta strutturata ai quesiti posti entro un giorno lavorativo, qualora siano presenti tutti gli elementi per una ponderata valutazione della problematica”* e *“accurati pareri di natura giuridica, in particolare sulle evoluzioni normative e giurisprudenziali riferite alla gestione dei rischi e alla materia assicurativa”*. Al cospicuo novero, quantitativo e qualitativo, delle prestazioni offerte faceva riscontro un imponente apparato organizzativo all'uopo predisposto e caratterizzato, ad es., da uno staff composto di n. 20 persone specificamente qualificate, chiamate per di più a garantire continua reperibilità *“nei giorni lavorativi e in orario lavorativo (dalle ore 9,00 alle ore 18,00)”*, con disponibilità *“ad effettuare visite presso i Vostri uffici entro 1 ora dalla richiesta”*.

E, proprio in ragione di tale struttura dell'offerta, la ricorrente

ha evidentemente potuto conseguire il secondo miglior punteggio di valutazione dell'offerta tecnica, dopo quello della MAG, come rilevato nelle proprie difese da parte del C.O.N.I. .

Con la nota del 18.7.2014 il R.U.P., in piena conformità a quanto rilevato da parte della Commissione nel verbale della seduta nella medesima data ha ritenuto opportuno di richiede alla ricorrente *“indicazione puntuale della partecipazione, in termini di ore, costo del lavoro ed eventuali costi di trasferta, di ciascuno dei membri del suddetto staff ad ogni fase del progetto anche in considerazione del cronoprogramma proposto per ogni singola attività dettagliata nell’offerta tecnica lungo tutta la durata dell’appalto”*, rimettendo la decisione al riguardo al R.U.P..

Con la nota del 24.7.2014 la ricorrente ha specificato, tra le altre cose, che il numero complessivo delle ore stimate riferito all’intera durata dell’appalto è di n. 276 ore.

La Commissione di gara, nella riunione del 28 luglio 2014, ha deciso di rimettere la questione al R.U.P. per la valutazione degli elementi emersi all'esito dei chiarimenti forniti dalla ricorrente ed il R.U.P. ha deciso di convocare la società ricorrente per un'apposita riunione al fine di consentire all'odierna ricorrente di fornire gli ulteriori elementi di chiarimento ritenuti necessari.

In data 30 luglio 2014, si è, quindi, tenuta un'apposita riunione nel corso della quale la ricorrente ha confermando i chiarimenti forniti nella missiva del 24 luglio 2014, ed ha precisato che nel cronoprogramma riportato nel progetto tecnico presentato è indicato il lasso di tempo entro cui verranno espletate le funzioni da ciascun componente lo staff dedicato al servizio de quo e che l'impiego effettivo dei professionisti designati si concretizza nelle ore indicate nella lettera del 24 luglio 2014, ossia in n. 276 ore.

Nella medesima data del 30 luglio 2014, successivamente all'audizione della ricorrente, si è riunita la Commissione di gara, la quale ha deliberato di proporre al R.U.P. l'esclusione della ricorrente sulla base della considerazione che appunto *“in sede di audizione, l'Impresa ha espressamente affermato che le indicazioni contenute nel cronoprogramma facente parte del ridotto progetto non possono considerarsi espressive dell'impegno effettivamente offerto, dovendosi questo desumere invece da una nota del 24 luglio 2014, prodotta, quindi, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia.”*.

In primo luogo quanto alle ore necessarie per l'espletamento delle attività di cui al progetto tecnico proposto, dall'esame della documentazione tutta versata in atti, emerge, in punto di fatto, che effettivamente nel progetto tecnico presentato dalla ricorrente in sede di gara manca assolutamente l'indicazione complessive delle ore di lavoro necessarie al fine ed

assicurate dai n. 20 componenti dello staff dedicato nonché, di conseguenza, l'indicazione delle ore che ogni professionista avrebbe dedicato nello specifico al progetto in questione; e, solo successivamente, nella missiva del 17 luglio 2014, la ricorrente ha fatto riferimento ad un generico impegno superiore a 250 ore per l'intera durata dell'appalto e, soltanto nella missiva del 24 luglio 2014, su espressa richiesta del RUP, ha specificato che il numero complessivo di ore di lavoro stimate è pari a n. 276 ore.

Per quanto attiene nello specifico al cd. cronoprogramma la commissione, nella sostanza, ha ritenuto che con le deduzioni di cui all'audizione del 30.7.2014, la ricorrente ha finito per modificare la propria offerta tecnica proprio in quanto ha dato atto che tutte le attività ivi previste e per le quali erano stati indicati i relativi tempi di esecuzione sarebbero state svolte da parte dello staff deputato e

nell'ambito del monte ore per come delimitato solo in un momento successivo. E, infatti, l'espressione cronoprogramma è stata evidentemente utilizzata da parte della commissione proprio al fine di indicare il programma temporale delle attività previste, ossia le scadenze temporali secondo le quali le predette attività devono essere avviate nonché i termini temporali di conclusione delle stesse. In nessun passaggio dei verbali della commissione sono contenute espressioni che consentano di ritenere che, con la predetta espressione, la commissione intendesse, invece, riferirsi ad un presunto diagramma riportante in termini di ore/uomo la quantità del lavoro necessaria per il raggiungimento degli obiettivi descritti.

Evidentemente la commissione ha ritenuto che il monte ore indicato da ultimo è insufficiente all'esecuzione nei tempi previsti di tutte le attività ivi indicate, alla luce

della considerazione che il predetto cronoprogramma lasciava intendere una presenza costante dello staff.

E, se è vero appunto che il monte ore non era mai stato in precedenza indicato nell'offerta tecnica della ricorrente, nemmeno in senso orientativo, per ciò solo non può tuttavia ritenersi che una valutazione nei termini da parte della commissione fosse preclusa.

E, dall'esame delle attività di cui al progetto tecnico, effettivamente, emerge come lo stesso lasciasse intendere una presenza costante dello staff.

Si fa l'esempio - per quanto attiene alle attività non specificatamente oggetto del contratto di servizio in gara - dell'attività di consulenza tecnica continuativa e di cui alla pagina 23 del progetto tecnico, laddove è indicato il termine di 1 giorno lavorativo ai fini della risposta strutturata ai quesiti proposti (nella sussistenza di tutti gli elementi per una ponderata valutazione della problematica) o

ancora dell'attività della formazione di cui alle pagine 23 e 24 del progetto medesimo, laddove sono indicati i corsi distinti per le tre aree tecnico-assicurativa, giuridica-normativa e gestionale, prevedendosi tra le modalità anche la lezione frontale. E, ancora, la continua reperibilità del responsabile del servizio o di un suo sostituto nei giorni lavorativi ed in orario lavorativo dalle 9,00 alle 18,00 con la disponibilità ad effettuare visite presso gli uffici del Coni entro 1 ora dalla richiesta.

Né l'addotta circostanza che i professionisti scelti dalla ricorrente ai fini della composizione dello staff siano di alto livello in modo tale da poter offrire il servizio di cui trattasi in un numero minore di ore è idonea a supportare la censura di illegittimità dedotta da parte della ricorrente, atteso, se non altro, che la stessa ricorrente non si è premurata nemmeno di specificare in termini quantitativi anche solo orientativi come in concreto la

predetta diminuzione di ore conseguente alla professionalità di cui sopra si possa venire a realizzare, rimanendo, pertanto, una mera petizione di principio, in quanto tale non rilevante ai fini che interessano.

Conclusivamente le valutazioni effettuate al riguardo da parte della commissione e successivamente recepite dal R.U.P. e secondo cui la ricorrente ha operato una sostanziale modifica della propria offerta, alla luce degli elementi tutti di cui in precedenza, appaiono esenti dalle censure formulate al riguardo nel ricorso introduttivo del presente giudizio. E la predetta valutazione già avrebbe valenza assorbente ai fini che interessano in questa sede.

3.2 - Quanto, invece, al secondo profilo, concernente il costo del personale, valgono le considerazioni di cui di seguito.

Si premette che i valori del costo del lavoro stabiliti nelle tabelle ministeriali, seppure non si

pongano come limite inderogabile, costituiscono comunque parametro di valutazione della congruità dell'offerta, di modo che lo scostamento per difetto di questa da quelli, pur non legittimando *ex se* un giudizio definitivo di anomalia, può essere accettato solo se il concorrente ne dia puntuale e rigorosa giustificazione (cfr., da ultimo, Cons. St., IV, 22.03.2013, n. 1633; IV, 23.07.2012, n. 4206), eventualmente mediante la produzione di analisi aziendali svolte dall'offerente (cfr. TAR Lombardia, III, 28.12.2012).

E, tuttavia, prima ancora, è necessario ribadire che la verifica di anomalia concerne l'offerta nel suo complesso, e non singoli suoi elementi costitutivi isolatamente considerati così che il concorrente deve essere in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta.

Nella fattispecie già si è detto in ordine alla percentuale del ribasso offerto in sede di gara sia con

riferimento alle offerte economiche proposte dagli altri concorrenti sia con riferimento alle offerte medie del settore nonché in ordine alla sostanziale modificazione dell'offerta tecnica proposta; ne consegue che la questione inerente al costo del lavoro deve essere correttamente valutata in questa sede anche alla luce delle considerazioni di cui in precedenza. E, infatti, il costo del lavoro incide indubbiamente in modo decisivo sull'equilibrio complessivo dell'offerta della ricorrente ma l'incidenza della valutazione nella sede che interessa è relativamente minore proprio ove si consideri il suddetto profilo nell'ambito della questione più ampia concernente l'affidabilità nel suo complesso dell'offerta di cui trattasi.

E, allora, anche con riguardo alla condotta tenuta dalla ricorrente nel sub-procedimento di verifica non può sottacersi che questa, dapprima, ha indicato una somma complessiva di euro 6.694,44

relativamente alle oltre 250 ore di lavoro indicate per l'intera durata dell'appalto senza spiegare i criteri di calcolo e la relativa base se non con un generico richiamo al C.C.N.L. di categoria; e, soltanto con la nota del 24.7.2014, a seguito di specifica richiesta da parte della Commissione, si è premurata di indicare in modo specifico i nominativi e le qualifiche dei n. 20 componenti dello staff dedicato con la specificazione del monte ore di ciascuno. E, tuttavia, già si è detto in ordine alla valenza che le osservazioni contenute nella predetta nota hanno avuto in relazione alla sostanziale modificazione dell'offerta tecnica proprio con specifico riferimento alle attività ivi previste.

Si ritiene che, pertanto, sul punto specifico, assumano in realtà valenza assorbente le considerazioni svolte da parte della stazione appaltante in ordine alla generale inaffidabilità dell'offerta presentata da parte della ricorrente sotto i

profili già in precedenza evidenziati e trattati.

4 - Per quanto attiene, poi, alla illegittimità del silenzio rigetto eventualmente formatosi sul preavviso di ricorso del 10.09.2014 e sulla nota del 17.09.2014 - in relazione al quale è stato dedotto che il preavviso di ricorso del 10.9.2014 è stato riscontrato in modo puramente formale, poiché non è stata rassegnata alcuna spiegazione sulla circostanza che alla pretesa e contestata data di comunicazione dell'aggiudicazione con la nota di cui al prot. n. 1241 del 5.8.2014, l'istanza di accesso della ricorrente era stata dichiarata non accoglibile proprio in forza del fatto che l'aggiudicazione definitiva in favore di MAG non fosse ancora intervenuta come da nota di cui al prot. n. 1243 sempre del 5.8.2014, successivamente ribadita con la nota di cui alla PEC del 13.8.2014 e che si è concretizzata la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e per eccesso di

potere per difetto di motivazione e per violazione del principio del giusto procedimento valgono - le considerazioni di cui di seguito.

Si premette in punto di fatto che:

- con la nota del 10 settembre 2014, la ricorrente ha sostenuto di aver presentato una regolare istanza di accesso agli atti il 5 agosto 2014 e di aver presentato una nuova istanza di accesso agli atti il 28 agosto 2014 che sarebbe rimasta senza riscontro, mentre, invece, tale missiva risulta essere stata spedita da Ital Brokers S.p.A. ad un indirizzo pec errato. Ha, quindi, chiesto di conoscere lo status dell'aggiudicazione disposta in favore di MAG "in guisa tale da consentire alla medesima Ital Brokers S.p.A., qualora ne ricorressero i presupposti normativi, di espletare l'accesso agli atti" ed ha formulato un preavviso di ricorso ai sensi dell'art. 243 *bis* del D.Lgs. 163/2006;
- con la successiva nota del 15 settembre 2014, CONI, in riscontro, ha espressamente riferito

di non aver ricevuto la PEC del 28 agosto 2014 ed ha chiesto di ricevere la documentazione attestante l'effettiva trasmissione e ricezione di tale comunicazione; inoltre, ai sensi dell'art. 11, comma 10, del codice degli appalti, essendo trascorsi trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, la Stazione appaltante ha comunicato che avrebbe proceduto prossimamente alla sottoscrizione del contratto;

- con la nota del 17 settembre 2014, la ricorrente ha formulato un'istanza di accesso agli atti ed ha riprodotto le richieste formulate nella presunta nota del 28 agosto 2014, ivi allegata, ed ha rinnovato il preavviso di ricorso ai sensi dell'art. 243 *bis* del d. lgs. n. 163/2006;

- quindi, con la nota del 18 settembre 2014, C.O.N.I. ha dato immediato riscontro all'istanza di accesso agli atti della ricorrente del 17 settembre 2014, ricorrendone i presupposti di legge, ed ha comunicato, ai sensi dell'art. 79,

comma 5, lettera h) *ter*, del d. lgs. n. 163/2006 che, in data 18 settembre 2014, è stato sottoscritto il contratto mediante scambio di lettera commerciale di cui all'art. 334, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 relativo al servizio in oggetto.

La ricorrente sostiene che le note del 10 e del 17 settembre 2014 sarebbero state riscontrate soltanto in modo puramente formale, in quanto l'istanza di accesso dell'1 agosto 2014 era stata dichiarata inaccoglibile in forza del fatto che l'aggiudicazione definitiva in favore di MAG non era stata intervenuta, riportandosi alle doglianze di illegittimità in precedenza formulate.

Così articolato il motivo, prima che infondato nel merito, si presenta, in effetti, inammissibile, come dedotto in memoria da parte di MAG, in quanto in realtà solo genericamente dedotto, atteso che, nelle parti del ricorso che precedono il detto motivo di censura, nulla è

argomentato nello specifico in ordine ad eventuali profili di illegittimità alle note del 10 e del 17 settembre 2014.

Per quanto attiene al contenuto delle note del R.U.P. del 5 agosto 2014 e del 13 agosto 2014, non è revocabile in dubbio che l'istanza di accesso agli atti di gara presentata dalla ricorrente in data 1 agosto 2014 era stata formulata prima dell'aggiudicazione definitiva. E, peraltro, la stessa ricorrente ha riconosciuto l'illegittimità dell'istanza di accesso agli atti dell'1 agosto 2014, atteso che il 28 agosto 2014 sostiene di aver inviato - sebbene, in realtà, non è mai stata effettivamente inviata all'indirizzo corretto e quindi non è mai pervenuta al C.O.N.I. - una diversa ed ulteriore istanza di accesso agli atti.

E, nella successiva istanza di accesso agli atti della gara del 10 settembre 2014, la stessa ricorrente ha chiesto di conoscere lo status dell'aggiudicazione disposta in

favore di MAG *"in guisa tale da consentire alla medesima Ital Brokers S.p.A., qualora ne ricorressero i presupposti normativi, di espletare l'accesso agli atti"*. In tal modo, si ritiene che la società ricorrente abbia riconosciuto la mancanza dei presupposti normativi per le istanze di accesso agli atti precedentemente formulate e, pertanto, l'infondatezza del motivo in questione.

Da quanto esposto consegue che il differimento del diritto di accesso agli atti comunicato dal R.U.P. con la nota di cui al prot. n. 1243 del 5 agosto 2014 era pienamente valido e legittimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 13, comma 2, lett. c) *bis*, del d. lgs. n. 163/2006.

La ricorrente ha dedotto, altresì, con il medesimo motivo, che sussisterebbe una violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, un eccesso di potere per difetto di motivazione ed una violazione del principio del giusto procedimento.

Il motivo è, parimenti, prima che infondato nel merito, inammissibile in quanto genericamente formulato, atteso che non è esplicitato esattamente sotto quale profilo esattamente si è ritenuta la sussistenza dei dedotti vizi.

Qualora inteso come riferito all'istanza di accesso, valgono al riguardo le considerazioni che precedono per cui la stazione appaltante ha riscontrato tutte le istanze di accesso che le sono pervenute da parte della ricorrente rappresentando quando lo ha ritenuto necessario il motivo per il quale non ha provveduto a consentirle l'accesso immediato.

In particolare, poi, per quanto attiene alla presunta violazione del principio del contraddittorio procedimentale, ove si ritiene che sia riferito al predetto segmento procedimentale, è documentalmente provato che la ricorrente nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ha

formulato tutti i chiarimenti ed ha prodotto tutti i giustificativi che ha ritenuto necessari e/o utili, prendendo parte, altresì, all'audizione del 30 luglio 2014 appositamente predisposta e nella quale la stessa si è fondamentalmente richiamata ai chiarimenti forniti con la precedente nota del 24 luglio 2014.

5 - Con il quinto motivo di censura, indicato in ricorso alla lett. C), la ricorrente ha dedotto, in relazione all'aggiudicazione in favore di MAG, la violazione e falsa applicazione dell'art. 79, comma 5, lett. a), e dell'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006 e l'eccesso di potere per violazione della *lex specialis* con particolare riferimento alla pag. 7 dell'Avviso, in quanto il C.O.N.I. non ha mai effettuato la comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006 circa l'intervenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di MAG, ma esclusivamente quella di cui all'art.

79, comma 5, lett. *c-ter*), del medesimo decreto in merito all'intervenuta stipulazione del contratto. Ha chiesto, quindi, l'annullamento della predetta aggiudicazione in favore di MAG.

Ne conseguirebbe, altresì, che il contratto tra il C.O.N.I. e MAG sarebbe stato stipulato senza che sia mai intervenuta comunicazione dell'aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima e, pertanto, la ricorrente ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto con effetto retroattivo fin dalla sua stipulazione ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c), c.p.a. e, in via subordinata, ai sensi degli artt. 122 e 123 c.p.a., in quanto la condotta della Stazione appaltante è stata, comunque, tale - per effetto del contenuto delle note tutte aventi il protocollo del 5.8.2014 - da indurla a ritenere, incolpevolmente ed in assoluta buona fede, che l'aggiudicazione definitiva in favore di MAG non fosse ancora intervenuta, così pregiudicando alla

medesima la possibilità di proporre ricorso nel termine di dilatorio dei 35 giorni di cui all'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006.

Per quanto attiene alla dichiarazione di inefficacia di cui all'articolo 121 comma 1 lett. c) c.p.a. si rileva che la norma richiamata dispone testualmente che *“1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: ...*

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall' articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri

dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; ...”.

Il richiamato articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dispone a sua volta che *“10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.”.*

E, infine, il richiamato articolo 79 dispone sul punto testualmente al riguardo che *“5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:*

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito,

se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; ...

b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.”.

Da quanto esposto in precedenza relativamente alla trattazione dei motivi di censura che precedono, l'aggiudicazione definitiva in favore di Mag è risultata essere esente dalle censure di illegittimità dedotte in ricorso e che sono state incentrate tutte esclusivamente sul sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta che ha condotto all'esclusione dal partecipazione alla procedura di gara della odierna ricorrente. In sostanza l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva in favore della Mag è stata dedotta da parte della ricorrente esclusivamente sotto il profilo dell'illegittimità in via derivata dalla dedotta illegittimità del suddetto

sub-procedimento per tutti i profili diffusamente esposti nel ricorso introduttivo; e non risulta, invece, essere stato rilevato nel predetto ricorso introduttivo alcun profilo di illegittimità in ordine all'ammissione alla partecipazione alla gara di cui trattasi della Mag o, ancora, in ordine al punteggio a questa attribuito in concreto attribuito in sede di gara da parte della Commissione. Né si ritiene che possa fondatamente sostenersi che la eventuale mancanza della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva di cui al richiamato comma 5 dell'articolo 79 del codice appalti agisca retroattivamente determinando per ciò solo l'illegittimità della stessa aggiudicazione definitiva.

Tanto premesso, alla luce del chiaro tenore testuale del richiamato articolo 121 c.p.a. nonché della *ratio* allo stesso sottesa, è evidente che la questione della eventuale dichiarazione dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con

l'aggiudicataria definitiva si pone esclusivamente nel caso in cui si sia effettivamente proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione, circostanza che, nella fattispecie, per le considerazioni tutte che precedono, non si è in concreto realizzata. Ne consegue che non vi è spazio per una valutazione in tal senso da parte del Collegio.

E le medesime considerazioni, valgono, altresì, quanto all'ulteriore richiesta di subentro nel contratto stipulato con la Mag e ancora, a maggiore ragione, di risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo.

6 - Con un ultimo motivo di censura la ricorrente ha dedotto la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 e l'eccesso di potere per violazione e falsa applicazione della *lex specialis* nella parte in cui - all'ultimo periodo di pag. 6

dell'Avviso - stabilisce la modalità specifiche di stipula del contratto.

In punto di giurisdizione, si richiama l'art. 244 del d.lgs. n. 163 del 2006, rubricato appunto "Giurisdizione", il quale dispone testualmente che "1. *Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici.*".

E vale al riguardo il principio secondo cui, in tema di controversie relative a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, va affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in ordine alle domande di dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto (Cassazione civile, sez. un., 8 agosto 2012, n. 14260).

Si premette, tuttavia, al riguardo che non si ravvisa quale sia l'interesse concreto della odierna ricorrente ad un'eventuale dichiarazione della

nullità del contratto stipulato tra il C.O.N.I. e la MAG, una volta che sia stato riconosciuto in questo giudizio che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia della sua offerta è esente dalle censure articolate con il ricorso introduttivo.

7 - Conclusivamente il ricorso è infondato nel merito e deve, pertanto, essere respinto per le considerazioni tutte che precedono.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza *quater*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore delle società Coni Servizi s.p.a. e Mag Jtl s.p.a. delle spese del presente giudizio che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento) per ciascuna, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera
di consiglio del giorno 21 gennaio
2015 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Maria Cristina Quiligotti,
Consigliere, Estensore

Alessandro Tomassetti,
Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2015

IL SEGRETARIO

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