



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1644 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Toto Costruzioni Generali s.p.a. - ora Toto s.p.a. Costruzioni Generali – in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Marco Mariani, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Lamarmora, n. 53;

contro

Provincia di Firenze, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Elena Possenti, ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura Provinciale in Firenze, via de' Ginori, n. 10;

nei confronti di

Pac s.p.a., Iniziative Bresciane s.p.a. e Coestra s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., tutte rappresentate e difese

dall'avv. Duccio M. Traina, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Lamarmora, n. 14;

per l'annullamento

dell'atto dirigenziale n. 37078 del 5.8.2011, comunicato al ricorrente via fax in data 5.8.2011, con nota di accompagnamento del Dirigente Servizi Amministrativi LL.PP. del 5.8.2011, avente ad oggetto la "straordinaria manutenzione, ristrutturazione, rifunzionalizzazione di n. 13 briglie/traverse presenti nel demanio fluviale del fiume Arno nel territorio della Provincia di Firenze, realizzazione di relativi impianti per la produzione di energia elettrica e gestione ai fini della produzione idroelettrica. CIG: 0521789852 - CUP: B46D8000000007 - Presa d'atto relazione del RUP aggiudicazione provvisoria e successivi adempimenti", con il quale il Dirigente della Direzione Difesa del Suolo e Protezione Civile della Provincia di Firenze ha disposto :

- 1) di approvare il verbale della seduta pubblica del 28.1.2011 depositato agli atti della Direzione Servizi Amministrativi LL.PP.; di approvare la relazione del RUP, trasmessa con nota prot. 2444 del 3.8.2011; di escludere dalla procedura la Società Toto Costruzioni Generali SpA per le motivazioni di cui alla richiamata relazione del RUP;
- 2) di dare atto che a seguito della non ammissibilità dell'offerta presentata dalla Società Toto Costruzioni Generali spa non si procederà per l'individuazione dell'aggiudicatario all'espletamento

della procedura negoziata tra il promotore e l'unico offerente;

3) di dichiarare aggiudicatario provvisorio il promotore ovvero raggruppamento costituito da PAC s.p.a. di Bolzano (capogruppo), da Iniziative Bresciane s.pa. di Breno-Brescia e COESTRA s.p.a.;

4) di effettuare, incaricando di tali adempimenti la Direzione Servizi Amministrativi LL.PP.:

a) la comunicazione, ai sensi dell'art. 79 del D.Lgs. 163/2006 alla Società Toto Costruzioni generali SpA;

b) apposita comunicazione al promotore Raggruppamento PAC SpA di Bolzano (capogruppo), Iniziative Bresciane SpA di Breno -Brescia e COESTRA Spa;

c)le necessarie verifiche nei confronti dello stesso promotore al fine di addivenire all'aggiudicazione definitiva, da effettuarsi dopo l'esito positivo di tali verifiche;

5) di comunicare il presente atto:

a) al Responsabile del procedimento, Ing. Andrea Morelli;

b) alla Direzione Servizi Amministrativi LL.PP.;

6) di inoltrare il presente atto alla Segreteria Generale per la relativa pubblicazione e raccolta";

- di tutti gli atti testè citati, richiamati nella parte dispositiva dell'Atto Dirigenziale n. 3078/2011;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente - tra cui la nota della Provincia di Firenze del 23.8.2011 prot. 3326680 – ancorché non conosciuto dal ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Firenze, delle controinteressate Pac s.p.a., Iniziative Bresciane s.p.a. e Coestra s.p.a.;

Visto i ricorsi incidentali proposti dalle controinteressate P.A.C. s.p.a., Co.E.Str. s.p.a. e Iniziative Bresciane s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Avviso Indicativo del 23 gennaio 2008 (doc. 1 dell'Amministrazione resistente) la Provincia di Firenze ha avviato una procedura di Finanza di Progetto, ai sensi degli artt. 152 e seguenti del d.lgs. n. 163 del 2006, “per la straordinaria manutenzione, ristrutturazione, rifunzionalizzazione di n. 13 briglie/traverse nel demanio fluviale del fiume Arno nel territorio della Provincia di Firenze, la realizzazione dei relativi impianti per la produzione di energia elettrica e la gestione ai fini della produzione idroelettrica”. Detta procedura si è svolta secondo la normativa vigente alla data dell'Avviso Indicativo, e quindi nella normativa di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n.

152 del 2008, con il conseguente snodarsi attraverso tre passaggi procedurali: l'individuazione del promotore, la selezione di due competitori a mezzo di procedura ristretta, la scelta del concessionario cui affidare la realizzazione dell'opera nell'ambito di una procedura negoziata da svolgersi tra il promotore e i competitori selezionati nella procedura ristretta.

La procedura in esame ha avuto, quindi, come primo passaggio l'individuazione del promotore, in esito alla selezione avviata con l'Avviso Indicativo. A questa fase della procedura hanno partecipato tre raggruppamenti d'impresa (Pac spa – Iniziative Bresciane s.p.a.; Ster s.p.a. – Baldassini Tognozzi Pontello s.p.a., Coestra s.p.a. – Cofathec servizi s.p.a. – Genergy s.p.a. – Step s.r.l.; Acea s.p.a. – Publiacqua s.p.a. – C. Lotti e Associati s.p.a.) e la proposta risultata di pubblico interesse è stata quella del primo raggruppamento, così che il RTI tra Pac s.p.a. e Iniziative Bresciane s.p.a. è stato nominato promotore.

Con determinazione dirigenziale n. 1325 del 19 luglio 2010 (doc. 4 dell'Amministrazione resistente) la Provincia di Firenze ha approvato il bando e il disciplinare di gara relativi allo svolgimento del secondo passaggio procedurale, cioè la procedura ristretta per la selezione dei competitori da mettere poi a confronto – nella terza fase: procedura negoziata – con il promotore. Nella specie la procedura ristretta veniva avviata, risultavano presentate tre domande di prequalificazione, tutte accolte, ma poi veniva effettivamente

avanzata una sola offerta, quella della società ricorrente, così che la procedura ristretta per la selezione dei competitori non si svolgeva.

Gli atti tornavano al RUP, il quale richiedeva chiarimenti alla ricorrente in merito all'offerta presentata in sede di procedura ristretta (doc. 18 di parte ricorrente), il RUP svolgeva quindi un approfondito esame dell'offerta della ricorrente, anche con l'ausilio di esperti cui affidava il vaglio dell'offerta medesima, giungendo alla predisposizione di una "Relazione del responsabile unico del procedimento ai fini dell'aggiudicazione della concessione", che veniva trasmessa all'Amministrazione in data 3 agosto 2011 (doc. 4 di parte ricorrente), nella quale concludeva per la inammissibilità dell'offerta della Toto s.p.a. "in quanto avente ad oggetto un progetto (non già portatore di soli elementi di miglioramento, ma) completamente diverso da quello posto a base di gara".

Con l'atto dirigenziale n. 3078 del 5 agosto 2011 la Provincia di Firenze, richiamandosi alla relazione del RUP, provvedeva ad escludere la proposta della Toto Costruzioni dalla procedura, statuiva la non necessità di svolgimento della terza fase (procedura negoziata) e conseguentemente dichiarava aggiudicatario il promotore.

La società ricorrente, con l'atto introduttivo del giudizio, insorge nei confronti del provvedimento da ultimo citato, articolando nei suoi confronti cinque censure:

- contesta che, nel corso dello svolgimento della procedura ristretta, il RTI nominato promotore abbia cambiato composizione, peraltro

inserendo nella propria compagine la società Coestra s.p.a., che era stata componente di RTI avversario in sede di gara per la selezione del promotore;

- contesta lo straripamento di poteri e competenze del RUP a danno della Commissione giudicatrice, che nell'ambito della procedura ristretta non è stata neppure nominata, come sarebbe stato necessario trattandosi di valutazione di offerta tecnica;

- contesta il percorso logico seguito dall'Amministrazione e la confusione tra le varie fasi della procedura di Finanza di Progetto e in particolare tra procedura ristretta e procedura negoziata;

- contesta il contenuto stesso della determinazione gravata, evidenziando che non risulta affatto provato che l'offerta della ricorrente avrebbe costituito un *aliud pro alio* e sostenendo al contrario che la sua proposta era migliorativa, con valutazione da effettuarsi in sede di esame dell'offerta tecnica;

- contesta la mancanza di adeguata motivazione della determinazione gravata.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, la Provincia di Firenze e le società facenti parte del RTI promotore e aggiudicatario.

Le controinteressate hanno altresì proposto un primo ricorso incidentale, nel quale muovono due doglianze con le quali vengono posti in luce ulteriori profili di necessaria esclusione dalla procedura della società ricorrente principale:

- si evidenzia un profilo tecnico, ulteriore rispetto a quelli evidenziati

dal RUP nella sua relazione e posti dall'Amministrazione a base dell'esclusione dalla gara della ricorrente principale, che dimostrerebbe che l'offerta della Toto Costruzioni integra le caratteristiche dell'*aliud pro alio* (in particolare si rileva che le turbine offerte rappresentano una tecnologia innovativa che risulta fornita da una sola azienda la quale tuttavia la propone per fattispecie fattuali - combinazione di salto/portata dell'acqua - diverse da quelle presenti nel caso in esame;

- si contesta che la Toto s.p.a. avrebbe presentato in gara garanzie fideiussorie irregolari, in quanto mancanti delle richieste autocertificazioni, e scadute senza essere state rinnovate.

Con un secondo ricorso incidentale le controinteressate hanno evidenziato ulteriori motivi idonei a giustificare l'esclusione della ricorrente principale dalla gara:

- si contesta la innovatività e profonda diversità del progetto della Toto rispetto a quello avanzato dal promotore, che avrebbe quindi potuto essere proposto nell'ambito della prima fase di Finanza di Progetto, ma che è da escludere nelle fasi successive, in quanto costituente *aliud pro alio*;

- si contesta di nuovo la mancanza delle richieste autocertificazioni e la scadenza delle polizze fideiussorie presentate dalla ricorrente principale.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente principale ha formulato ulteriori motivi di doglianza volti ad evidenziare profili di violazione

di legge che avrebbero dovuto condurre all'esclusione del raggruppamento promotore dalla procedura:

- incomplete o inidonee dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, in punto di assenza di reati ostativi, con riferimento alla Pac s.p.a., alla Coestra s.p.a., alla sua ausiliaria e ai progettisti;
- illegittima partecipazione al RTI promotore della Pac s.p.a. nella duplice veste di mandataria e ausiliaria: essa è mandataria del RTI di cui In.bre s.p.a. è mandante, ma la Pac s.p.a. è anche ausiliaria di In.bre per il requisito economico.

La ricorrente ha infine proposto domanda di accesso agli atti amministrativi, con riferimento al diniego di ostensione opposto dalla Provincia di Firenze in relazione all'istanza volta ad avere copia degli atti di partecipazione di Coestra (entrata a far parte del RTI promotore), diniego limitato dall'Amministrazione agli atti giudiziari e contestato dalla ricorrente principale.

Sono state depositate dalle parti ampie memorie conclusive.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 15 febbraio 2012, e sentiti i difensori comparsi come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1 – Viene all'esame del Tribunale una procedura di Finanza di Progetto il cui Avviso Indicativo, atto di avvio che cristallizza la normativa applicabile alla procedura medesima, è stato emesso in data 23 gennaio 2008, con l'effetto che la normativa applicabile è

quella degli artt. 152 e seguenti del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anteriore alla novellazione operata al Codice dei contratti pubblici dal d.lgs. n. 152 del 2008. Com'è noto in base alla richiamata normativa il meccanismo procedimentale che porta all'aggiudicazione della concessione e gestione dell'opera pubblica da realizzare passa attraverso tre snodi fondamentali: a) esame comparativo delle proposte presentate dagli operatori economici interessati, sulla base dei criteri di cui all'art. 154 d.lgs. n. 163 del 2006 e previsti nell'Avviso Indicativo di cui all'art. 153, comma 3, e individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse, con attribuzione al relativo offerente della qualifica di promotore; b) sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore si effettua una gara, con procedura ristretta, per la scelta delle due migliori offerte alternative a quella del promotore e da porre a confronto con quest'ultima; c) procedura negoziata tra il promotore e le due migliori offerte alternative emerse dalla procedura ristretta precedentemente svolta che ha come obiettivo l'aggiudicazione della concessione. Dopo che l'art. 154 ha disciplinato la procedura di individuazione del promotore, l'art. 155 del d.lgs. n. 163 del 2006, al comma primo, fornisce i dettagli dell'ulteriore descritto meccanismo procedimentale, chiarendo che la gara per la individuazione dei due competitori si svolge sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che "nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge

fra il promotore e questo unico soggetto”.

Il Disciplinare di gara predisposto dalla Provincia di Firenze per lo svolgimento, nel caso che ci occupa, della gara di cui all'art. 155, comma 1, lettera a) – cioè la gara per la individuazione dei due competitori – riprende la sistematica di cui alla legge (cfr. all. 4 delle produzioni dell'Amministrazione resistente). In particolare il suddetto atto amministrativo generale prevede: a) una fase di prequalifica, alla quale gli operatori economici interessati possono partecipare presentando richiesta di invito e che si conclude con la prequalificazione e la spedizione delle lettere d'invito; b) presentazione delle offerte da parte dei soggetti invitati e loro esame da parte del “soggetto deputato all'espletamento della gara”, che provvede alla verifica dei requisiti estrinseci dei plichi, della documentazione amministrativa e all'esame dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dei soggetti sorteggiati; c) segue quindi la nomina della commissione giudicatrice che in seduta riservata provvede all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e alla valutazione dell'offerta tecnica (punti 8.6 e 8.7 del Disciplinare); d) si ha poi la seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e l'attribuzione dei relativi punteggi, al cui esito viene quindi predisposta la graduatoria provvisoria (punto 8.8 del Disciplinare); e) la procedura negoziata finale si svolge quindi fra il promotore e i due soggetti presentatori delle migliori offerte nella gara precedente, con la precisazione che “nel caso in cui alla

gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto”.

Il Disciplinare di gara presenta poi un allegato rubricato “Procedura Ristretta – Modalità e prescrizioni per la presentazione dell’offerta”, il cui punto 8 regola le “Specifiche per la rimessa delle offerte”.

Il comma 4 del citato punto 8 afferma quindi che “per principio di carattere generale sono ammesse – secondo valutazione di discrezionalità tecnica – solo varianti integrative o migliorative (saranno pertanto escluse le offerte che generino il c.d. *aliud pro alio* rispetto al progetto preliminare e alla proposta del promotore posti a base del confronto concorrenziale). Aggiunge quindi il medesimo punto 8.4 che “configurandosi una procedura strumentale volta soltanto a selezionare i *competitors* del promotore nell’ambito di quella che alla fine è una procedura negoziata, come a suo tempo l’Amministrazione richiese l’adeguamento al pubblico interesse della proposta pur selezionata come la migliore, così valuterà la conformità al pubblico interesse medesimo delle varianti migliorative che saranno emerse. Sul miglior assetto conseguibile dei vari interessi coinvolti, pubblico e privato al tempo stesso, sarà poi svolto il confronto concorrenziale finale – nel massimo rispetto della par condicio – fra i concorrenti posti tutti sulla stessa <griglia di partenza>”.

2 – La procedura ha avuto, nel caso sottoposto all’esame del Tribunale, un andamento singolare. Nella prima fase si è proceduto

alla selezione del promotore e quindi si è posto il suo progetto preliminare a base della gara ristretta per la selezione dei due competitori, secondo spezzone della procedura. Ma, nonostante la prequalificazione di più operatori, nella suddetta gara si è avuta la presentazione di una sola offerta, ad opera dell'odierna ricorrente, con l'effetto che la gara medesima non si è svolta, non vi è stata la nomina della commissione giudicatrice per l'esame dell'offerta tecnica e l'attribuzione del punteggio economico, ciò in aderenza al disposto della normativa di rango legislativo e della stessa normativa di gara. Tuttavia non vi è stato neppure lo svolgimento della terza fase della procedura – quella negoziata con confronto tra l'offerta del promotore e dell'unico soggetto che ha presentato offerta nella seconda fase – poiché l'offerta dell'unico competitor è stata ritenuta inammissibile *in limine* dal responsabile unico del procedimento, venendo la sua proposta tecnica qualificata, non come proposta migliorativa, ma come *aliud pro alio* escluso dalla normativa di gara. Il che ha comportato l'aggiudicazione della concessione al promotore, rimasto da solo in gara senza competitori.

3 – Il ricorso introduttivo è proposto dall'unico competitor del promotore ed è volto a contestare, con la seconda, terza, quarta e quinta censura, la propria esclusione dalla procedura, il modo in cui la stessa si è snodata e il ruolo in essa assunto dal RUP, ritenuto dalla ricorrente principale debortante rispetto alle previsioni legislative. Con la prima censura, però, la ricorrente principale contesta pure i

requisiti di partecipazione alla procedura medesima del promotore, o meglio contesta la variata composizione del RTI risultato promotore e poi aggiudicatario della concessione, per essersi lo stesso allargato rispetto alla composizione originaria ad un'ulteriore impresa, costituita nella specie da società che aveva partecipato alla selezione del promotore in altro raggruppamento temporaneo. Il tema dei requisiti di ammissione alla procedura del promotore è poi ripreso nei motivi aggiunti, a mezzo dei quali la ricorrente principale evidenzia (con i primi tre motivi aggiunti) il mancato rispetto dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, per mancata corretta presentazione delle dichiarazioni di assenza di cause ostative da parte di tutti i soggetti a ciò tenuti, nonché (con il quarto motivo aggiunto) la inammissibilità del doppio ruolo assunto nel RTI promotore dalla società Pac s.p.a. che risulta essere sia mandataria che ausiliaria della mandante In.bre s.p.a..

Nel corso del giudizio le controinteressate costituite hanno proposto due ricorsi incidentali, ciascuno contenente due motivi di censura, ritenuti idonei a giustificare l'esclusione della ricorrente principale dalla procedura competitiva. In particolare, con il primo mezzo sia del primo che del secondo ricorso incidentale, vengono posti in luce ulteriori profili tecnici, distinti rispetto a quelli esaminati in gara, che dimostrerebbero come l'offerta della ricorrente principale costituiva in effetti un *aliud pro alio* inammissibile. Con il secondo mezzo, tanto del primo quanto del secondo ricorso incidentale, si contesta invece

la idoneità della garanzie fideiussorie presentate in sede di gara dalla ricorrente principale.

Infine il giudizio si è arricchito di una domanda giudiziaria di accesso agli atti amministrativi, con la quale la ricorrente principale contesta il diniego di accesso ad essa opposto con riferimento alla documentazione relativa all'impresa Coestra (che si è aggiunta al RTI aggiudicatario) per quel che riguarda i dati giudiziari.

4 – Il Collegio ritiene, per ragioni di coerenza logica e di economia processuale, di dover partire dall'esame del ricorso principale e dei connessi motivi aggiunti, evenienza non esclusa dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, come risultante dal punto n. 53 della motivazione della sentenza medesima.

5 – Con il primo motivo di cui al ricorso principale la Toto s.p.a. ritiene che il RTI risultato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per violazione dell'art. 37, commi 7 e 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, avendo illegittimamente variato la propria composizione con l'aggiunta alle due società originariamente facenti parte del raggruppamento (Pac s.p.a. e Iniziative bresciane s.p.a.) della società Coestra s.p.a., che aveva già partecipato alla selezione del promotore in altro raggruppamento temporaneo d'impres.

La censura è inammissibile per carenza d'interesse.

Osserva il Collegio che la ricorrente principale non ha interesse giuridicamente rilevante a far valere la proposta censura, sul rilievo che l'eventuale accoglimento della medesima porterebbe come

inevitabile conseguenza alla esclusione del promotore dalla selezione, in tal modo però travolgendo l'intera procedura di Finanza di Progetto e quindi vanificando le stesse aspettative della ricorrente principale a conseguire l'aggiudicazione della concessione all'esito del confronto comparativo tra la sua offerta e quella del promotore. Il procedimento di Finanza di Progetto è caratterizzato infatti, pur nell'articolazione nei tre segmenti procedimentali sopra descritti, da unitarietà logico-giuridica tale da escludere la possibile autonoma sopravvivenza della procedura stessa (e quindi delle fasi di scelta dei competitori e di procedura negoziata tra l'offerta del promotore e quella dei competitori selezionati) in caso di venir meno del promotore.

6 – Per analoghe ragioni deve essere dichiarata la inammissibilità di tutte le censure proposte dalla ricorrente principale con l'atto di motivi aggiunti. Si tratta infatti di quattro doglianze tutte volte a escludere il promotore dalla competizione, per carenze attinenti alle dichiarazioni rese in punto di assenza di cause preclusive di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (i primi tre motivi aggiunti) ovvero per violazione del disposto di cui all'art. 49, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, per aver la Pac s.p.a. assunto il doppio ruolo di mandataria del RTI e di ausiliaria della mandante Imprese Bresciane s.p.a.. Anche in questo caso siamo in presenza di doglianze in relazione alle quali non può dirsi sussistere un interesse processuale ad agire della ricorrente principale, giacché l'eventuale accoglimento

delle stesse comporterebbe, in uno con l'esclusione del promotore, il travolgimento dell'intera procedura di Finanza di Progetto, con conseguente frustrazione dell'interesse della ricorrente principale a conseguire l'aggiudicazione della concessione alla realizzazione e gestione dell'opera pubblica.

7 – Con la seconda e terza censura di cui al ricorso principale la Toto s.p.a. si duole delle modalità procedurali attraverso le quali si è giunti alla sua esclusione dalla competizione, stigmatizza il ruolo abnorme assunto dal RUP, che si è sovrapposto ai compiti propri della commissione giudicatrice, ponendo in essere una approfondita valutazione dell'offerta tecnica e giudicandola inammissibile e censura la confusione che la stazione appaltante ha operato tra i due ultimi spezzoni della procedura di Finanza di Progetto (procedura ristretta per la selezione dei competitori e procedura negoziata tra promotore e competitori).

Le censure sono fondate, nei limiti di seguito precisati.

Come già esposto nella narrativa in fatto, in sede di procedura ristretta per la selezione dei due competitori da mettere a confronto con il promotore, è stata presentata una sola offerta, quella della ricorrente principale, venendo meno lo spazio per un confronto concorrenziale tra proposte alternative. Il rilievo della ricorrente principale secondo cui comunque la commissione giudicatrice avrebbe dovuto essere nominata per la valutazione dell'offerta tecnica presentata appare privo di pregio. Il Disciplinare di Gara, ai

punti 8.6 – 8.7 – 8.8, stabilisce che il ruolo della commissione giudicatrice è quello di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, alla loro valutazione, cui seguirà l'attribuzione dei punteggi attinenti all'offerta economica e la predisposizione della graduatoria provvisoria. In assenza di pluralità di offerte, come nella specie, non si fa luogo all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e alla relativa attribuzione di punteggi, così che non vi era necessità di procedere alla nomina della commissione giudicatrice. In caso di mancanza di pluralità di offerte viene meno il ruolo selettivo della procedura ristretta e si passa direttamente alla procedura negoziata. Ciò è quanto dispone il punto 10 del Disciplinare ed è quanto risulta dallo stesso dato legislativo, disponendo l'art. 155, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo originario, che “nel caso i cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto”.

Nella specie è tuttavia accaduto che, in luogo di procedere alla procedura negoziata, come normativamente imposto, il RUP ha ritenuto di procedere ad un approfondito esame dell'offerta tecnica della ricorrente principale, offerta tecnica che non doveva neppure risultare aperta per mancanza di sua valutazione in sede di procedura ristretta, effettuandone un vaglio puntuale e minuzioso, passato anche attraverso l'acquisizione di tre relazioni tecniche di esperti, giungendo alla conclusione che la stessa risultasse inammissibile in

quanto proponente progettualità non ascrivibili al concetto di progetti migliorativi ma integranti un inammissibile *aliud pro alio*. Ma in tal modo si è realizzata la censurata confusione tra procedura ristretta e procedura negoziata, avendo il RUP realizzato quel vaglio tecnico dell'offerta che, in assenza della procedura ristretta, avrebbe potuto essere svolto solo in seno alla procedura negoziata, che invece non è neppure stata avviata, essendo stata preclusa in limine dal giudizio di inammissibilità dell'offerta operato dal RUP medesimo. Venuta meno la necessità di valutazione delle offerte tecniche, in chiave comparativa ed ad opera del competente organo tecnico collegiale, in sede di procedura ristretta, l'ulteriore corso procedimentale, e in particolare l'esame tecnico dell'offerta dell'unico competitore, doveva avvenire in seno alla procedura negoziata e con le garanzie procedimentali ivi previste. Si è invece assistito all'accentramento dei compiti valutativi di carattere tecnico, in un fase intermedia tra la chiusura della procedura ristretta e il mancato avvio della procedura negoziata, da parte del RUP, il quale peraltro, come risulta dalla documentazione versata in atti, non si è invero limitato ad una verifica estrinseca e di massima dell'offerta tecnica del competitore, procedendo invece ad un esame tecnico dettagliato, con ausiliari dallo stesso scelti, senza nessuna garanzia partecipativa, volto ad un vaglio profondo e penetrante dell'offerta tecnica medesima. In questi termini le censure avanzate sono fondate, giacché vi è stata sovrapposizione e confusione tra procedura

ristretta e procedura negoziata, solo nell'ambito della quale, con il rispetto delle previste garanzie procedurali, poteva invece avvenire l'esame dell'offerta tecnica della ricorrente principale una volta che fosse stata ammessa alla procedura negoziata medesima, quale unico competitore.

La fondatezza delle esaminate censure, cui consegue, al netto dell'esame dei ricorsi incidentali, l'accoglimento del ricorso principale, con le conseguenze in termini di rinnovamento della procedura che saranno di seguito chiarite, esonera dall'esame delle ulteriori censure di cui al ricorso principale medesimo, che possono ritenersi assorbite.

8 – Con i proposti ricorsi incidentali le controinteressate articolano censure volte ad escludere la ricorrente principale dalla gara; si tratta quindi di censure che, se fondate, porterebbero ad elidere la legittimazione attiva all'azione della ricorrente principale medesima.

Con il primo mezzo tanto del primo quanto del secondo ricorso incidentale le controinteressate argomentano, sulla base di rilievi tecnici diversi da quelli posti a base della decisione della stazione appaltante, la inammissibilità dell'offerta della Toto s.p.a. in quanto tesa a realizzare un progetto non riconducibile a quello posto a base della selezione bensì costituente, rispetto al progetto del promotore, un *aliud pro alio*.

I ricorsi incidentali sono, con riferimento alle richiamate censure, improcedibili.

In sede di esame del ricorso principale è emersa la illegittimità della valutazione del merito dell'offerta tecnica della Toto s.p.a. operata dal RUP, nell'ambito di uno snodo di passaggio tra la procedura ristretta per la nomina dei competitori e la procedura negoziata finale, giacché al contrario l'offerta della ricorrente principale avrebbe dovuto essere direttamente ammessa alla procedura negoziata e qui esaminata nel rispetto delle regole procedurali previste dalla legge. Questo ragionamento non può non riflettersi anche sulle proposte censure, le quali articolano ulteriori profili di contestazione tecnica all'offerta della ricorrente principale, ma che sono in realtà travolte dalla affermata necessità di un riesame complessivo e proceduralmente corretto dell'offerta tecnica medesima.

Con la seconda censura tanto del primo quanto del secondo ricorso incidentale le controinteressate censurano invece l'avvenuta ammissione alla procedura di scelta dei competitori della ricorrente principale, sul rilievo che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa per carenze in punto di garanzie fideiussorie. In particolare si censura la mancanza di autocertificazione dell'istante in punto di caratteristiche tecniche della garanzia e l'avvenuta scadenza senza rinnovo della garanzia medesima.

Le censure sono infondate.

Rilevano le ricorrenti incidentali che sulla base del Disciplinare di Gara le offerte degli aspiranti competitori dovevano essere corredate

da due polizze fideiussorie che dovevano avere, a pena di esclusione, validità di 180 giorni dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte e dovevano essere accompagnate, sempre a pena di esclusione, dall'autocertificazione a cura del concorrente del possesso in capo all'intermediario finanziario dei requisiti di legge (iscrizione all'elenco speciale di cui all'art. 107 d.lgs. n. 388 del 1993 e possesso dell'autorizzazione di cui al DPR n. 115 del 2004). Rilevano le ricorrenti incidentali che le polizze presentate dalla Toto s.p.a. non erano corredate dalla suddetta autocertificazione del concorrente, presentando piuttosto la dichiarazione del legale rappresentante dell'intermediario finanziario circa il possesso dei requisiti di legge; evidenziano poi che le polizze presentate, con durata 180 giorni, sono scadute alcuni giorni prima dell'adozione del provvedimento di esclusione della ricorrente principale dalla gara.

Sul primo profilo il Collegio rileva che il possesso in capo all'intermediario finanziario dei requisiti richiesti (iscrizione all'elenco speciale e possesso dell'autorizzazione ministeriale), circa la sussistenza dei quali non vengono mossi rilievi dalle ricorrenti incidentali, è nella specie dimostrato in gara in termini più diretti rispetto a quelli richiesti dalla *lex specialis* e cioè con dichiarazione dello stesso intermediario finanziario anziché con autodichiarazione del concorrente. La presentazione in allegato alla domanda di un elemento probatorio diretto assorbe e tiene luogo del *minus* rappresentato dalla dichiarazione del concorrente.

Quanto alla durata della fideiussione, la Toto s.p.a. ha presentato in gara polizze fideiussorie aventi la durata prescritta dalla normativa di gara e non le può essere imputato, sanzionandola addirittura con l'esclusione dalla procedura, il superamento da parte della stazione appaltante della tempistica in origine fissata.

9 – La ricorrente principale ha altresì proposto in corso di causa istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. contro il diniego parziale di accesso agli atti opposto dalla Provincia di Firenze. La Toto s.p.a. ha chiesto all'Amministrazione resistente di accedere alla documentazione presentata dalla Coestra s.p.a., società entrata in un secondo momento a far parte del RTI promotore, e ha ottenuto un accesso solo parziale, depurato cioè dei dati giudiziari, presumibilmente relativi ai precedenti penali dichiarati dagli amministratori della società medesima. La Provincia di Firenze ha confermato il proprio orientamento negativo anche a fronte della decisione del Difensore Civico Regionale, cui la ricorrente si era rivolta, favorevole all'accesso completo e la Toto s.p.a. contesta in questa sede l'ulteriore diniego ostesivo della Provincia.

L'istanza di accesso non può essere accolta.

Appare decisivo il rilievo svolto dalla Provincia di Firenze in ordine al fatto che sono ancora in corso le verifiche circa il possesso da parte delle società del raggruppamento aggiudicatario dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, essendo l'Amministrazione in attesa delle risposte da parte delle Prefetture di Firenze e Brescia.

Correttamente la Provincia di Firenze ne ricava la necessità di differimento dell'accesso richiesto, fino all'esito del procedimento di verifica in corso, poiché le esigenze di conoscenza e trasparenza dell'agire amministrativo devono essere contemperate con quelle di funzionalità e buon andamento dell'Amministrazione e l'istituto del differimento, in presenza di procedimenti non ancora conclusi, serve proprio a garantire il suddetto contemperamento.

10 – Alla luce dei rilievi che precedono, il ricorso principale deve essere accolto nei sensi sopra chiariti, devono essere dichiarati inammissibili i motivi aggiunti, in parte respinti e in parte dichiarati improcedibili i ricorsi incidentali e deve essere respinta la domanda di ostensione degli atti amministrativi richiesti.

L'accoglimento del ricorso principale comporta l'annullamento dell'atto dirigenziale n. 37078 del 5 agosto 2011, contenente esclusione della Toto s.p.a. dalla procedura e l'aggiudicazione della stessa al RTI promotore. In ottemperanza alla presente sentenza la Provincia di Firenze dovrà quindi riattivare il corso della procedura, in particolare, stante il superamento della procedura ristretta per mancanza di pluralità di offerte, dovrà dar corso alla procedura negoziata cui dovranno partecipare il RTI promotore e la Toto s.p.a., quale unico competitore, come tale ammesso per disposizione di legge e di Disciplinare di Gara alla procedura negoziata. In sede di procedura negoziata si procederà all'esame dell'offerta tecnica del competitore nel rispetto delle garanzie procedurali previste dalla

legge e all'ulteriore corso della procedura stessa. Il rinnovamento, nel senso chiarito, delle operazioni di gara dovrà avvenire con nomina da parte della Provincia di Firenze di un nuovo RUP, giacché l'ing. Andrea Morelli risulta essersi già pronunciato sull'offerta tecnica della Toto s.p.a. e non gode più conseguentemente dei necessari requisiti di imparzialità imposti dalla normativa sulle procedure di gara e dalla posizione costituzionale dell'Amministrazione.

11 – La complessità delle questioni affrontate e l'articolato esito del giudizio giustificano la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, così decide:

- accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso principale;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti;
- in parte respinge e in parte dichiara improcedibili i ricorsi incidentali;
- respinge la domanda di accesso agli atti amministrativi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2012

IL SEGRETARIO

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