

Nessuna norma prevede che le referenze bancarie debbano essere espresse con riferimento ad un appalto specifico

poiché i legali rappresentanti delle imprese, usciti durante le operazioni svolte in seduta riservata, si erano allontanati di propria volontà dalla sede della stazione appaltante. Non si comprende perché la Commissione avrebbe dovuto attivarsi per ricercarli, posto che un tale onere non è previsto da nessuna norma della *lex specialis*.

Ratio dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. 163/06 è evitare che un soggetto che ha partecipato alla progettazione e alla predisposizione degli atti di una specifica procedura di appalto sia anche il giudice della medesima, poiché la sua presenza in Commissione potrebbe condizionare la scelta dell'aggiudicatario. Estendere tale previsione anche a gare diverse da quella in discussione, seppur analoghe per oggetto come pretenderebbe la ricorrente, appare un'operazione interpretativa poco coerente con tale ratio e in tal modo, anzi, verrebbero incisi i principi di economicità ed efficienza nell'ambito delle procedure di appalto

In conclusione, non essendo stata provata l'anteriorità della nomina della Commissione giudicatrice rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la censura in esame deve essere respinta

Tale giudizio non trasmoda in valutazioni di merito amministrativo poiché è vincolato al rispetto delle norme poste dalla legge speciale di gara, in particolare ai criteri di valutazione da essa esplicitati. Una volta che questi risultino rispettati e che gli apprezzamenti siano condotti secondo canoni di ragionevolezza e logicità, il giudizio della Commissione deve ritenersi libero potendo essa discrezionalmente apprezzare la maggiore o minore rispondenza delle offerte alle esigenze della stazione appaltante. Ne segue pertanto che il sindacato del giudice amministrativo in ordine alle valutazioni effettuate dall'organo di gara deve ritenersi limitato alla verifica sul rispetto di detti criteri, senza potersi sovrapporre al giudizio espresso pena lo straripamento dei poteri giudiziari in quelle propriamente amministrativi. In particolare il giudice dovrà controllare che il giudizio della Commissione sia congruamente motivato e coerente con i presupposti di fatto, ben potendo, entro questi limiti, sfociare in conclusioni diverse ed opinabili.

La presenza di numerosi clienti dove ha sede la stazione appaltante intimata non comporta infatti di per sé una minore attenzione della controinteressata alle sue esigenze e l'abbassamento dei costi generali appare quindi correttamente giustificato da tale circostanza

Con il presente ricorso viene contestata la legittimità di una gara a procedura aperta, espletata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, volta ad assicurare alla stazione appaltante intimata un servizio di brokeraggio assicurativo

Ricorso avverso il < provvedimento assunto dal Consiglio di Amministrazione in data 13 novembre 2008 con il quale è stata aggiudicata la gara relativa ai "Servizi di brokeraggio assicurativo in favore della Società SAT per le polizze della società medesima, dei suoi dipendenti e degli amministratori" nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi incluso, occorrendo, il bando di gara pubblicato sulla GURI n. 115 del 3 ottobre 2008, il disciplinare di gara, lo schema di contratto secondo le ragioni e nella parte in cui viene indicato nel presente ricorso, in particolare ove in tali atti sia stato inteso attribuire alla Commissione la facoltà di procedere all'apertura delle buste economiche in seduta riservata o comunque senza dare previa comunicazione ai concorrenti dei punteggi attribuiti per l'offerta tecnica e quindi specificamente dell'art. 6 del disciplinare di gara, ove debba intendersi giustificativo degli atti assunti dalla Commissione, così come risulta dai verbali di gara e quindi anche del verbale di gara del 28 ottobre 2008 e relativo allegato, nonché del successivo verbale di aggiornamento della Commissione del 29 ottobre 2008 anche sotto il profilo della mancata esclusione della controinteressata dalla gara per irregolarità della presentazione delle referenze bancarie; degli atti di nomina della Commissione e della mancata valutazione dell'anomalia dell'offerta;>
Cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

Il ricorso principale consta di quattro motivi. Con primo motivo la ricorrente sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa poiché, pur richiedendo la legge di gara di produrre almeno due referenze bancarie, una delle dichiarazioni presentate è stata espressa "a chi di competenza" e non all'interessata, e inoltre entrambe datano in un momento in cui il bando di gara non era stato pubblicato. Le stesse pertanto non avrebbero dovuto essere prese in considerazione.

Il gravame è privo di fondamento e deve essere respinto. 2.1 La trattazione può prendere le mosse dall'esame congiunto del ricorso principale e del primo atto per motivi aggiunti. 2.1.1 La prima censura contenuta nell'atto introduttivo del giudizio deve essere respinta poiché le dichiarazioni di referenza bancaria presentate ai fini della partecipazione alla gara si riferiscono chiaramente all'impresa controinteressata, e nessuna norma prevede che debbano essere espresse con riferimento ad un appalto specifico. Esiste un limite di ragionevolezza quanto all'arco temporale in cui possono essere prese in considerazione, in relazione alla congruità dello scopo perseguito (C.d.S. VI, 23 luglio 2008 n. 3655), e le determinazioni della stazione appaltante sotto questo profilo ben possono essere sindacate dal giudice amministrativo. Nel caso di specie tuttavia l'operato dell'intimata Società Aeroporto Toscano non appare illogico posto che dette dichiarazioni sono datate 11 giugno e 2 settembre dell'anno 2008, e ben possono ritenersi validamente espresse per l'appalto in questione il cui bando è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 3 ottobre 2008.

In via subordinata, con secondo motivo lamenta di non avere ricevuto comunicazione, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica e che non sarebbe stato rispettato il principio di pubblicità per la fase di apertura delle prime. Inoltre non risulterebbe verbalizzata la verifica sulla regolarità della documentazione prodotta dall'aggiudicataria e non sarebbe stata effettuata alcuna valutazione sulla sigillatura e l'integrità dei plichi pervenuti. Infine la Commissione di gara, pur avendo richiesto un parere legale circa l'istanza di riammissione di un terzo concorrente escluso dalla procedura, ha egualmente proseguito le operazioni nonostante l'eventuale

riammissione avrebbe comportato la caducazione delle operazioni svolte, perché le offerte economiche a quel momento erano state aperte.

Il secondo motivo, dedotto sia con il ricorso principale che con il primo atto per motivi aggiunti, è a sua volta privo di fondamento poiché dalle risultanze del verbale di gara, che non sono oggetto di contestazione, si evince che i legali rappresentanti delle imprese, usciti durante le operazioni svolte in seduta riservata, si erano allontanati di propria volontà dalla sede della stazione appaltante. Non si comprende perché la Commissione avrebbe dovuto attivarsi per ricercarli, posto che un tale onere non è previsto da nessuna norma della *lex specialis*. Il fatto che nell'analogo gara precedente vi sia stata una chiamata personale non poteva creare un affidamento qualificato in proposito. Se poi la ricorrente avesse ritenuto che la mancata assunzione di un impegno in tal senso da parte della stazione appaltante ed il conseguente onere in capo ai concorrenti di "presidiare l'uscita dei commissari sino alle ore 24 del giorno 28 ottobre 2009" (pag. 5 dell'ultima memoria depositata) fosse assurda ed ostacolasse la partecipazione, avrebbe dovuto provvedere ad impugnare l'atto di indizione della procedura. Quanto all'accertamento sulla regolarità nella presentazione dell'offerta, questo risulta essere stato verbalizzato alla presenza dei rappresentanti delle imprese il 28 ottobre 2008, mentre è inconferente che le operazioni di gara siano proseguite in pendenza della richiesta di un parere legale, posto che questo ha confermato la scelta della Commissione di escludere la terza concorrente e lo svolgimento della procedura non è quindi stato in alcun modo inficiato.

Con terzo motivo, in via di ulteriore subordine, contesta la partecipazione alla Commissione di gara del responsabile di procedimento. Il terzo motivo del ricorso principale, ribadito con il primo atto per motivi aggiunti, deve a sua volta essere respinto poiché il responsabile del procedimento in questione è il dr. G.i e non il dr. B.i. Il fatto che quest'ultimo sia stato responsabile di procedimento in una procedura analoga conclusa senza aggiudicazione è irrilevante ai fini del suo inserimento nella Commissione chiamata a valutare le offerte della gara in discussione nel presente processo. Valutazioni analoghe devono essere svolte per la posizione della d.ssa Pisanò. Ratio dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. 163/06 è evitare che un soggetto che ha partecipato alla progettazione e alla predisposizione degli atti di una specifica procedura di appalto sia anche il giudice della medesima, poiché la sua presenza in Commissione potrebbe condizionare la scelta dell'aggiudicatario. Estendere tale previsione anche a gare diverse da quella in discussione, seppur analoghe per oggetto come pretenderebbe la ricorrente, appare un'operazione interpretativa poco coerente con tale ratio e in tal modo, anzi, verrebbero incisi i principi di economicità ed efficienza nell'ambito delle procedure di appalto. Seguendo tale interpretazione infatti diventerebbero incompatibili pressoché tutti i dipendenti delle stazioni appaltanti e queste sarebbero obbligate a richiedere le prestazioni di soggetti terzi ai fini della composizione delle commissioni giudicatrici, con il conseguente aggravio di oneri economici. L'interpretazione proposta dalla ricorrente appare sproporzionata rispetto al fine, e sotto questo profilo susciterebbe dubbi sia di legittimità costituzionale che di compatibilità comunitaria, e pertanto deve essere respinta.

Con quarto motivo ed in ulteriore subordine lamenta la mancata verifica sulla congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Il quarto motivo è infine carente di interesse perché la valutazione di congruità è stata effettuata su ordine di questo Tribunale Amministrativo, e pertanto deve essere dichiarato improcedibile.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1236/13 del luglio 2009, emessa dal Tar Toscana, Firenze ed in particolare il seguente passaggio:

<Il secondo atto per motivi aggiunti consta di tre motivi, che a loro volta articolano diverse censure. Con primo motivo la ricorrente lamenta incompetenza dell'amministratore delegato e direttore generale della stazione appaltante all'approvazione del verbale di gara ed illegittimità della nomina della Commissione giudicatrice poiché avvenuta il 27 ottobre 2008, giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Col secondo motivo lamenta difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta della controinteressata e nella valutazione delle giustificazioni fornite da quest'ultima in ordine alla congruità dell'offerta.

Con terzo motivo deduce che la BETA Italia S.p.A. avrebbe omesso di indicare le giustificazioni nella propria offerta e lamenta mancata comunicazione di avvio del procedimento per la verifica sulla congruità della stessa, nel quale l'impresa ricorrente sarebbe qualificabile come controinteressata. Contesta inoltre che le giustificazioni siano state esaminate dalla stessa commissione costituita per la valutazione delle offerte tecniche e non dall'organo previsto dall'art. 88, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e lamenta difetto di motivazione in ordine alle giustificazioni delle prestazioni promesse dall'aggiudicataria.:

La trattazione deve ora prendere in esame il secondo atto per motivi aggiunti.

2.2.1 Le censure contenute nel primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti devono essere respinte.

2.2.1.1 Il verbale della seduta del Consiglio di Amministrazione dell'intimata società svolto il 28 novembre 2006 mostra, quanto alla censura di incompetenza dell'amministratore delegato e direttore generale, che le nuove deleghe in capo a quest'organo ne estendono l'ambito di competenza fino al limite di valore di € 200.000,00. Poiché il valore stimato dell'appalto in discussione ammonta ad € 147.000,00 la censura è inconferente.

2.2.1.2 La ricorrente lamenta anche che la nomina della Commissione giudicatrice della gara sia avvenuta nella medesima giornata in cui scadeva il termine per la presentazione delle offerte, in asserita violazione dell'art. 84, comma 10, d.lgs. 163/06. Anche questa censura non coglie nel segno.

Nel processo amministrativo è onere del ricorrente fornire prova, o quantomeno un principio di prova, in ordine ai fatti affermati a sostegno dei motivi di gravame. L'onere probatorio è sempre stato limitato al "principio" di prova poiché tradizionalmente, per la regola di segretezza dell'istruttoria, il materiale documentale era nelle mani dell'amministrazione e difficilmente il privato poteva venirne in possesso e produrlo in giudizio a sostegno delle proprie pretese. Tale principio però è stato ribaltato dall'irrompere nell'ordinamento del principio di trasparenza amministrativa, codificato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e di cui massima espressione è il diritto di accesso, ossia la possibilità per chi abbia un interesse giuridicamente rilevante di ottenere copia della documentazione amministrativa utilizzata nei procedimenti che a lui si riferiscono. Si può dire che il principio di segretezza dell'istruttoria sia stato così sostituito da quello di trasparenza, che esprime la controllabilità di tutti i passaggi in cui si articola l'azione delle pubbliche amministrazioni ed anche, come nel caso di specie, dei soggetti che pur operando in forma privatistica sono ad esse equiparati. Ne segue che attualmente l'onere probatorio in capo al ricorrente deve essere valutato in termini più stringenti di quanto tradizionalmente sia stato reputato, stante la possibilità per i privati di accedere alla documentazione amministrativa che li riguarda e di fornirla al giudice amministrativo a sostegno delle proprie azioni giudiziarie (T.A.R. Campania Napoli VI, 14 gennaio 2005 n. 102). Pertanto laddove il ricorrente, pur avendo avuto accesso al materiale documentale che lo riguarda, non riesca a fornire prova delle proprie affermazioni, la sua pretesa dovrà essere respinta.>

Ma non solo

<Tali principi devono essere applicati nel caso di specie. La ricorrente ha avuto infatti accesso a tutta la documentazione riguardante la procedura in questione e non ha richiesto ulteriori mezzi istruttori, né questo Giudice poteva surrogarsi avendo essa ottenuto piena disponibilità degli elementi di prova atti a sostenere la fondatezza della domanda giudiziale azionata (T.A.R. Toscana I, 18 gennaio 2005 n. 131). Dalla documentazione in atti si evince unicamente che la Commissione giudicatrice della procedura de qua è stata nominata lo stesso giorno in cui scadeva il termine per la presentazione delle offerte, ma non si desume in quale orario sia avvenuta la nomina: detto termine scadeva infatti alle ore 12 del giorno 27 ottobre 2008 e laddove la nomina fosse avvenuta successivamente, la norma di cui la ricorrente denuncia la violazione sarebbe pienamente rispettata. La relativa prova incombeva sulla ricorrente medesima, trattandosi di dimostrare un fatto a sostegno della propria pretesa>

Ed ancora:

<Le censure contenute nel terzo motivo di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti si appuntano contro la procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta presentata dalla controinteressata, ma si palesano anch'esse prive di fondamento.

Nell'ambito di tale procedimento la posizione del concorrente che segue nella graduatoria non è quella di controinteressato poiché nel medesimo viene in rilievo solo l'interesse della stazione appaltante alla corretta esecuzione del contratto del cui affidamento si tratta, mentre una posizione giuridicamente tutelata rispetto all'aggiudicazione nasce in capo al primo solo in esito all'aggiudicazione definitiva. L'interesse fatto valere dai concorrenti non aggiudicatari nelle procedure di valutazione dell'anomalia dell'offerta vincitrice appartiene quindi all'area del mero fatto e pertanto non devono essere precedute da comunicazione di avvio procedimento agli stessi.

È poi irrilevante la mancata costituzione della commissione di cui all'art. 88, comma 3, d. lgs. 163/06 poiché l'utilizzo di quest'ultima è una mera facoltà della stazione appaltante che, se lo ritiene opportuno, ben può procedere in modo diverso.

È inconferente inoltre la mancata indicazione delle giustificazioni ex art. 87, comma 2, d. lgs. 163/06 poiché tale adempimento non era richiesto dal bando, non è previsto dalla legge a pena di esclusione e non corrisponde nemmeno ad un interesse sostanziale della stazione appaltante, la quale ben può tutelarsi chiedendo le giustificazioni a posteriori.

Il giudizio di congruità dell'offerta appare infine debitamente motivato e privo di vizi di logicità. La presenza di numerosi clienti dove ha sede la stazione appaltante intimata non comporta infatti di per sé una minore attenzione della controinteressata alle sue esigenze e l'abbassamento dei costi generali appare quindi correttamente giustificato da tale circostanza.

3. In conclusione, sia il ricorso introduttivo che i motivi aggiunti nella causa in esame devono essere respinti>

A cura di Sonia Lazzini

N. 01236/2009 REG.SEN.

N. 02189/2008 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2189 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
ALFA Brokers Italia S.r.l. (ALFA Srl) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Gariboldi, Stefano Soncini e Duccio Maria Traina, con domicilio eletto presso Duccio Maria Traina in Firenze, via Lamarmora 14;

contro

Aeroporto Toscano Galileo Galilei S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone e Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli n. 40;

nei confronti di

BETA Italia S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Longo, con domicilio eletto presso Domenico Iaria in Firenze, via dei Rondinelli 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento assunto dal Consiglio di Amministrazione in data 13 novembre 2008 con il quale è stata aggiudicata la gara relativa ai “Servizi di brokeraggio assicurativo in favore della Società SAT per le polizze della società medesima, dei suoi dipendenti e degli amministratori” nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi incluso, occorrendo, il bando di gara pubblicato sulla GURI n. 115 del 3 ottobre 2008, il

disciplinare di gara, lo schema di contratto secondo le ragioni e nella parte in cui viene indicato nel presente ricorso, in particolare ove in tali atti sia stato inteso attribuire alla Commissione la facoltà di procedere all'apertura delle buste economiche in seduta riservata o comunque senza dare previa comunicazione ai concorrenti dei punteggi attribuiti per l'offerta tecnica e quindi specificamente dell'art. 6 del disciplinare di gara, ove debba intendersi giustificativo degli atti assunti dalla Commissione, così come risulta dai verbali di gara e quindi anche del verbale di gara del 28 ottobre 2008 e relativo allegato, nonché del successivo verbale di aggiornamento della Commissione del 29 ottobre 2008 anche sotto il profilo della mancata esclusione della BETA Italia Spa dalla gara per irregolarità della presentazione delle referenze bancarie; degli atti di nomina della Commissione e della mancata valutazione dell'anomalia dell'offerta;

Giusta motivi aggiunti, degli atti di nomina della Commissione giudicatrice nonché di ogni altro atto agli stessi presupposto o comunque connesso, ivi espressamente incluso anche il provvedimento di aggiudicazione definitivo conseguentemente assunto, nonché per la caducazione del contratto medio tempore stipulato;

Giusta ulteriori motivi aggiunti, dei provvedimenti depositati il 12 febbraio 2009 da parte di SAT e in particolare del decreto di nomina della Commissione giudicatrice di cui alla comunicazione interna 27 ottobre 2008; del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla comunicazione 13 novembre 2008 a firma dell'Amministratore Delegato-Direttore Generale nonché dei verbali approvati con tale atto, nella parte in cui mantengono in gara anziché escludere la controinteressata e attribuiscono punteggi alla sua offerta tecnica idonei al conseguimento del primo posto in graduatoria e al tempo stesso attribuiscono punteggi all'offerta ALFADUE/ALFA penalizzanti e che hanno portato alla seconda posizione in graduatoria, nonché della nota predisposta da parte della Commissione di gara in data 16 febbraio 2009 di asserita verifica dell'anomalia

dell'offerta BETA e della richiesta a questa effettuata il 16 gennaio 2009 (non nota), e di ogni altro atto agli stessi presupposto, conseguente e comunque connesso

e per il risarcimento del danno.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Aeroporto Toscano Galileo Galilei S.p.A. e dell'impresa BETA Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23/06/2009 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'intimata Società Aeroporto Toscano Galileo Galilei s.p.a. ha indetto una gara a procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa al fine di aggiudicare i servizi di brokeraggio assicurativo relativamente alle polizze della stessa società, dei suoi dipendenti e degli amministratori. Con il ricorso principale, notificato il 2 dicembre 2008 e depositato l'11 dicembre 2008, sono stati impugnati gli atti di gara per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti la stazione appaltante intimata e l'impresa aggiudicataria chiedendo la reiezione del ricorso.

Motivi aggiunti sono stati notificati 24 dicembre 2008 e depositati il 30 dicembre 2008.

Con ordinanza n. 40 del 15 gennaio 2009 è stato ordinato alla stazione appaltante di verificare la congruità dell'offerta vincitrice, e con successiva ordinanza presidenziale n. 1 del 28 gennaio 2009 le è stato ordinato di depositare la

documentazione di gara come richiesto in via istruttoria dalla ricorrente. L'ordinanza è stato ottemperata, e all'esito del deposito di nuovi documenti ulteriori motivi aggiunti sono stati notificati il 13 marzo 2009 e depositati il 18 marzo 2009.

All'udienza del 23 giugno 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il presente ricorso viene contestata la legittimità di una gara a procedura aperta, espletata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, volta ad assicurare alla stazione appaltante intimata un servizio di brokeraggio assicurativo.

1.1 Il ricorso principale consta di quattro motivi.

Con primo motivo la ricorrente sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa poiché, pur richiedendo la legge di gara di produrre almeno due referenze bancarie, una delle dichiarazioni presentate è stata espressa “ a chi di competenza” e non all'interessata, e inoltre entrambe datano in un momento in cui il bando di gara non era stato pubblicato. Le stesse pertanto non avrebbero dovuto essere prese in considerazione.

In via subordinata, con secondo motivo lamenta di non avere ricevuto comunicazione, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica e che non sarebbe stato rispettato il principio di pubblicità per la fase di apertura delle prime. Inoltre non risulterebbe verbalizzata la verifica sulla regolarità della documentazione prodotta dall'aggiudicataria e non sarebbe stata effettuata alcuna valutazione sulla sigillatura e l'integrità dei plichi pervenuti. Infine la Commissione di gara, pur avendo richiesto un parere legale circa l'istanza di riammissione di un terzo concorrente escluso dalla procedura, ha egualmente proseguito le operazioni nonostante

l'eventuale riammissione avrebbe comportato la caducazione delle operazioni svolte, perché le offerte economiche a quel momento erano state aperte.

Con terzo motivo, in via di ulteriore subordine, contesta la partecipazione alla Commissione di gara del responsabile di procedimento.

Con quarto motivo ed in ulteriore subordine lamenta la mancata verifica sulla congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

1.2 Con il primo atto per motivi aggiunti la ricorrente ribadisce le censure relative alla composizione della Commissione giudicatrice ed alla mancata pubblicità delle operazioni di gara.

1.3 Il secondo atto per motivi aggiunti consta di tre motivi, che a loro volta articolano diverse censure.

Con primo motivo la ricorrente lamenta incompetenza dell'amministratore delegato e direttore generale della stazione appaltante all'approvazione del verbale di gara ed illegittimità della nomina della Commissione giudicatrice poiché avvenuta il 27 ottobre 2008, giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Col secondo motivo lamenta difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta della controinteressata e nella valutazione delle giustificazioni fornite da quest'ultima in ordine alla congruità dell'offerta.

Con terzo motivo deduce che la BETA Italia S.p.A. avrebbe omesso di indicare le giustificazioni nella propria offerta e lamenta mancata comunicazione di avvio del procedimento per la verifica sulla congruità della stessa, nel quale l'impresa ricorrente sarebbe qualificabile come controinteressata. Contesta inoltre che le giustificazioni siano state esaminate dalla stessa commissione costituita per la valutazione delle offerte tecniche e non dall'organo previsto dall'art. 88, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e lamenta difetto di motivazione in ordine alle giustificazioni delle prestazioni promesse dall'aggiudicataria.

1.4 Le difese della stazione appaltante e dell'impresa controinteressata replicano puntualmente alle deduzioni della ricorrente.

2. Il gravame è privo di fondamento e deve essere respinto.

2.1 La trattazione può prendere le mosse dall'esame congiunto del ricorso principale e del primo atto per motivi aggiunti.

2.1.1 La prima censura contenuta nell'atto introduttivo del giudizio deve essere respinta poiché le dichiarazioni di referenza bancaria presentate ai fini della partecipazione alla gara si riferiscono chiaramente all'impresa controinteressata, e nessuna norma prevede che debbano essere espresse con riferimento ad un appalto specifico. Esiste un limite di ragionevolezza quanto all'arco temporale in cui possono essere prese in considerazione, in relazione alla congruità dello scopo perseguito (C.d.S. VI, 23 luglio 2008 n. 3655), e le determinazioni della stazione appaltante sotto questo profilo ben possono essere sindacate dal giudice amministrativo. Nel caso di specie tuttavia l'operato dell'intimata Società Aeroporto Toscano non appare illogico posto che dette dichiarazioni sono datate 11 giugno e 2 settembre dell'anno 2008, e ben possono ritenersi validamente espresse per l'appalto in questione il cui bando è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 3 ottobre 2008.

2.1.2 Il secondo motivo, dedotto sia con il ricorso principale che con il primo atto per motivi aggiunti, è a sua volta privo di fondamento poiché dalle risultanze del verbale di gara, che non sono oggetto di contestazione, si evince che i legali rappresentanti delle imprese, usciti durante le operazioni svolte in seduta riservata, si erano allontanati di propria volontà dalla sede della stazione appaltante. Non si comprende perché la Commissione avrebbe dovuto attivarsi per ricercarli, posto che un tale onere non è previsto da nessuna norma della *lex specialis*. Il fatto che nell'analogo gara precedente vi sia stata una chiamata personale non poteva creare un affidamento qualificato in proposito. Se poi la ricorrente avesse ritenuto che la

mancata assunzione di un impegno in tal senso da parte della stazione appaltante ed il conseguente onere in capo ai concorrenti di “ presidiare l'uscita dei commissari sino alle ore 24 del giorno 28 ottobre 2009” (pag. 5 dell'ultima memoria depositata) fosse assurda ed ostacolasse la partecipazione, avrebbe dovuto provvedere ad impugnare l'atto di indizione della procedura.

Quanto all'accertamento sulla regolarità nella presentazione dell'offerta, questo risulta essere stato verbalizzato alla presenza dei rappresentanti delle imprese il 28 ottobre 2008, mentre è inconferente che le operazioni di gara siano proseguite in pendenza della richiesta di un parere legale, posto che questo ha confermato la scelta della Commissione di escludere la terza concorrente e lo svolgimento della procedura non è quindi stato in alcun modo inficiato.

2.1.3 Il terzo motivo del ricorso principale, ribadito con il primo atto per motivi aggiunti, deve a sua volta essere respinto poiché il responsabile del procedimento in questione è il dr. Galli e non il dr. Belliti. Il fatto che quest'ultimo sia stato responsabile di procedimento in una procedura analoga conclusa senza aggiudicazione è irrilevante ai fini del suo inserimento nella Commissione chiamata a valutare le offerte della gara in discussione nel presente processo. Valutazioni analoghe devono essere svolte per la posizione della d.ssa Pisanò.

Ratio dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. 163/06 è evitare che un soggetto che ha partecipato alla progettazione e alla predisposizione degli atti di una specifica procedura di appalto sia anche il giudice della medesima, poiché la sua presenza in Commissione potrebbe condizionare la scelta dell'aggiudicatario. Estendere tale previsione anche a gare diverse da quella in discussione, seppur analoghe per oggetto come pretenderebbe la ricorrente, appare un'operazione interpretativa poco coerente con tale ratio e in tal modo, anzi, verrebbero incisi i principi di economicità ed efficienza nell'ambito delle procedure di appalto. Seguendo tale interpretazione infatti diventerebbero incompatibili pressoché tutti i dipendenti

delle stazioni appaltanti e queste sarebbero obbligate a richiedere le prestazioni di soggetti terzi ai fini della composizione delle commissioni giudicatrici, con il conseguente aggravio di oneri economici. L'interpretazione proposta dalla ricorrente appare sproporzionata rispetto al fine, e sotto questo profilo susciterebbe dubbi sia di legittimità costituzionale che di compatibilità comunitaria, e pertanto deve essere respinta.

2.1.4 Il quarto motivo è infine carente di interesse perché la valutazione di congruità è stata effettuata su ordine di questo Tribunale Amministrativo, e pertanto deve essere dichiarato improcedibile.

2.2 La trattazione deve ora prendere in esame il secondo atto per motivi aggiunti.

2.2.1 Le censure contenute nel primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti devono essere respinte.

2.2.1.1 Il verbale della seduta del Consiglio di Amministrazione dell'intimata società svolto il 28 novembre 2006 mostra, quanto alla censura di incompetenza dell'amministratore delegato e direttore generale, che le nuove deleghe in capo a quest'organo ne estendono l'ambito di competenza fino al limite di valore di € 200.000,00. Poiché il valore stimato dell'appalto in discussione ammonta ad € 147.000,00 la censura è inconferente.

2.2.1.2 La ricorrente lamenta anche che la nomina della Commissione giudicatrice della gara sia avvenuta nella medesima giornata in cui scadeva il termine per la presentazione delle offerte, in asserita violazione dell'art. 84, comma 10, d.lgs. 163/06. Anche questa censura non coglie nel segno.

Nel processo amministrativo è onere del ricorrente fornire prova, o quantomeno un principio di prova, in ordine ai fatti affermati a sostegno dei motivi di gravame. L'onere probatorio è sempre stato limitato al "principio" di prova poiché tradizionalmente, per la regola di segretezza dell'istruttoria, il materiale documentale era nelle mani dell'amministrazione e difficilmente il privato poteva

venirne in possesso e produrlo in giudizio a sostegno delle proprie pretese. Tale principio però è stato ribaltato dall'irrompere nell'ordinamento del principio di trasparenza amministrativa, codificato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e di cui massima espressione è il diritto di accesso, ossia la possibilità per chi abbia un interesse giuridicamente rilevante di ottenere copia della documentazione amministrativa utilizzata nei procedimenti che a lui si riferiscono. Si può dire che il principio di segretezza dell'istruttoria sia stato così sostituito da quello di trasparenza, che esprime la controllabilità di tutti i passaggi in cui si articola l'azione delle pubbliche amministrazioni ed anche, come nel caso di specie, dei soggetti che pur operando in forma privatistica sono ad esse equiparati. Ne segue che attualmente l'onere probatorio in capo al ricorrente deve essere valutato in termini più stringenti di quanto tradizionalmente sia stato reputato, stante la possibilità per i privati di accedere alla documentazione amministrativa che li riguarda e di fornirla al giudice amministrativo a sostegno delle proprie azioni giudiziarie (T.A.R. Campania Napoli VI, 14 gennaio 2005 n. 102). Pertanto laddove il ricorrente, pur avendo avuto accesso al materiale documentale che lo riguarda, non riesca a fornire prova delle proprie affermazioni, la sua pretesa dovrà essere respinta.

Tali principi devono essere applicati nel caso di specie. La ricorrente ha avuto infatti accesso a tutta la documentazione riguardante la procedura in questione e non ha richiesto ulteriori mezzi istruttori, né questo Giudice poteva surrogarsi avendo essa ottenuto piena disponibilità degli elementi di prova atti a sostenere la fondatezza della domanda giudiziale azionata (T.A.R. Toscana I, 18 gennaio 2005 n. 131). Dalla documentazione in atti si evince unicamente che la Commissione giudicatrice della procedura de qua è stata nominata lo stesso giorno in cui scadeva il termine per la presentazione delle offerte, ma non si desume in quale orario sia avvenuta la nomina: detto termine scadeva infatti alle ore 12 del giorno 27 ottobre

2008 e laddove la nomina fosse avvenuta successivamente, la norma di cui la ricorrente denuncia la violazione sarebbe pienamente rispettata. La relativa prova incombeva sulla ricorrente medesima, trattandosi di dimostrare un fatto a sostegno della propria pretesa.

E' inconferente quanto essa afferma a pag. 10 della memoria prodotta per l'udienza di discussione, laddove lamenta che la stazione appaltante non abbia predisposto strumenti atti a fare evincere con certezza la data e l'orario del provvedimento che ha nominato la Commissione di gara. Tale censura anzitutto rappresenta un motivo nuovo che doveva essere ritualmente dedotto con atto notificato alle controparti, e comunque le norme sulla gestione dei documenti con registrazione di protocollo di cui agli artt. 50 ss, d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, devono applicarsi alle pubbliche amministrazioni e non ai soggetti di diritto privato come l'intimata stazione appaltante.

In conclusione, non essendo stata provata l'anteriorità della nomina della Commissione giudicatrice rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la censura in esame deve essere respinta.

2.2.2 Il secondo motivo di cui al secondo atto per motivi aggiunti censura l'operato della Commissione giudicatrice relativamente alla valutazione tecnica delle offerte. Al riguardo occorre precisare, in via preliminare, che tale operazione è espressione della discrezionalità della stazione appaltante da ricondurre a quella tecnica, laddove venga in gioco l'uso utilizzo di scienze tecniche, ed a quella amministrativa laddove la Commissione debba verificare la rispondenza delle proposte contrattuali alle esigenze della stazione appaltante, risolvendosi allora il giudizio in una valutazione di opportunità e convenienza per quest'ultima circa la scelta dell'una o dell'altra offerta. Tale giudizio non trasmoda in valutazioni di merito amministrativo poiché è vincolato al rispetto delle norme poste dalla legge speciale di gara, in particolare ai criteri di valutazione da essa esplicitati. Una volta che

questi risultino rispettati e che gli apprezzamenti siano condotti secondo canoni di ragionevolezza e logicità, il giudizio della Commissione deve ritenersi libero potendo essa discrezionalmente apprezzare la maggiore o minore rispondenza delle offerte alle esigenze della stazione appaltante. Ne segue pertanto che il sindacato del giudice amministrativo in ordine alle valutazioni effettuate dall'organo di gara deve ritenersi limitato alla verifica sul rispetto di detti criteri, senza potersi sovrapporre al giudizio espresso pena lo straripamento dei poteri giudiziari in quelle propriamente amministrativi. In particolare il giudice dovrà controllare che il giudizio della Commissione sia congruamente motivato e coerente con i presupposti di fatto, ben potendo, entro questi limiti, sfociare in conclusioni diverse ed opinabili.

Nel caso di specie non risultano vizi di illogicità o di irragionevolezza nella valutazione effettuata dalla Commissione di gara sulle offerte presentate.

Il maggior apprezzamento per l'offerta della controinteressata circa i criteri rappresentati dalle modalità operative per l'espletamento delle prestazioni (criterio 1A) e dall'interfaccia con la Società Aeroporto Toscano (criterio 2A) è infatti debitamente motivato nel verbale di gara e rappresenta espressione non irrazionale di discrezionalità amministrativa. In particolare, per il secondo criterio il giudizio appare correttamente relazionato con le risultanze desumibili dai curricula dello staff dell'aggiudicataria che sono stati prodotti in giudizio. Il giudizio relativamente al criterio 1D è motivato per relationem e la ricorrente non dimostra una sua irragionevolezza, mentre per quanto riguarda il criterio di cui al punto 2D i tempi indicati dalla controinteressata sono migliori di quelli dichiarati dalla ricorrente.

Quanto alle ulteriori censure che si appuntano sul monte ore annuale posto a disposizione dall'aggiudicataria, basti rilevare che le ore non devono essere suddivise per singolo dipendente poiché alcune delle attività comportano

l'intervento di diversi operatori e correttamente sono state indicate per singoli servizi.

2.2.3 Le censure contenute nel terzo motivo di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti si appuntano contro la procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta presentata dalla controinteressata, ma si palesano anch'esse prive di fondamento.

Nell'ambito di tale procedimento la posizione del concorrente che segue nella graduatoria non è quella di controinteressato poiché nel medesimo viene in rilievo solo l'interesse della stazione appaltante alla corretta esecuzione del contratto del cui affidamento si tratta, mentre una posizione giuridicamente tutelata rispetto all'aggiudicazione nasce in capo al primo solo in esito all'aggiudicazione definitiva. L'interesse fatto valere dai concorrenti non aggiudicatari nelle procedure di valutazione dell'anomalia dell'offerta vincitrice appartiene quindi all'area del mero fatto e pertanto non devono essere precedute da comunicazione di avvio procedimento agli stessi.

È poi irrilevante la mancata costituzione della commissione di cui all'art. 88, comma 3, d. lgs. 163/06 poiché l'utilizzo di quest'ultima è una mera facoltà della stazione appaltante che, se lo ritiene opportuno, ben può procedere in modo diverso.

È inconferente inoltre la mancata indicazione delle giustificazioni ex art. 87, comma 2, d. lgs. 163/06 poiché tale adempimento non era richiesto dal bando, non è previsto dalla legge a pena di esclusione e non corrisponde nemmeno ad un interesse sostanziale della stazione appaltante, la quale ben può tutelarsi chiedendo le giustificazioni a posteriori.

Il giudizio di congruità dell'offerta appare infine debitamente motivato e privo di vizi di logicità. La presenza di numerosi clienti dove ha sede la stazione appaltante intimata non comporta infatti di per sé una minore attenzione della

controinteressata alle sue esigenze e l'abbassamento dei costi generali appare quindi correttamente giustificato da tale circostanza.

3. In conclusione, sia il ricorso introduttivo che i motivi aggiunti nella causa in esame devono essere respinti. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura di € 7.000,00 (settemila/00) a favore della Società Aeroporto Toscano ed € 7.000,00 (settemila/00) a favore della controinteressata. Tali somme dovranno essere maggiorate dei soli oneri per IVA e CPA.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sez. I, respinge il ricorso ed i motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali come da motivazione.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccì, Presidente

Eleonora Di Santo, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

