

Pubblicato il 27/06/2017

N. 00039/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00009/2017 REG.RIC.
N. 00011/2017 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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9 del 2017, proposto da:
CONSORZIO INNOVA Societa' Cooperativa (Capogruppo
Mandataria RTI con Wood Beton S.p.A., I.T.I. Impresa Generale
S.p.A.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e
difesi dagli avvocati Helga Garuzzo, Umberto Michielin, Fabrizio
Calla', con domicilio eletto presso lo studio Fabrizio Callà in Aosta,
piazza Narbonne, 16;

contro

REGIONE AUTONOMA VALLE D'AOSTA, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati
Riccardo Jans, Flavia Luciana Mandriota, Francesco Pastorino, con
domicilio presso Ufficio legale Regione Valle d'Aosta in Aosta, piazza
Deffeyes, 1;

nei confronti di

ECO-ECOLE AOSTE CONSORZIO ORDINARIO, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Montanaro, Cristiana Romano, Davide Sciulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Aosta, via Losanna 5;

sul ricorso numero di registro generale 11 del 2017, proposto da:

ARCAS Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Hebert D'Herin, Denise Zampieri, con domicilio eletto presso lo studio Denise Zampieri in Aosta, via Monte Solarolo 26;

contro

REGIONE AUTONOMA VALLE D'AOSTA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Jans, Flavia Luciana Mandriota, Francesco Pastorino, con domicilio eletto presso ufficio legale della Regione Valle d'Aosta in Aosta, piazza Deffeyes, 1;

nei confronti di

-ECO-ECOLE AOSTE CONSORZIO ORDINARIO (aggiudicataria), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Montanaro, Cristiana Romano, Davide Sciulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Aosta, via Losanna 5;

-CONSORZIO INNOVA SOCIETA' COOPERATIVA, seconda graduata (Capogruppo Mandataria RTI con Wood Beton S.p.A., I.T.I. Impresa Generale S.p.A.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Helga Garuzzo, Umberto

Michielin, Fabrizio Calla', con domicilio eletto presso lo studio Fabrizio Callà in Aosta, piazza Narbonne, 16;

**QUANTO AL PRIMO RICORSO PRINCIPALE RICORSO n. 9
del 2017:*

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

1) del provvedimento dirigenziale n. 43 in data 16 gennaio 2017, pubblicato sull'albo dell'amministrazione regionale in data 20 gennaio 2017 (di tale pubblicazione è stata data comunicazione via p.e.c. in data 18 gennaio 2017), con il quale il Dirigente della Struttura Stazione Unica Appaltante e Programmazione dei Lavori Pubblici dell'Assessorato Opere Pubbliche, Difesa del Suolo e Edilizia Residenziale Pubblica della Regione Autonoma Valle d'Aosta ha aggiudicato definitivamente all'operatore economico Eco-Ecole Aoste Consorzio Ordinario la gara per "l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola prefabbricata in regione Tzamberlet in Comune di Aosta (CPL oe57s002010 - CUP b69h11000680002 - CIG 6351003578) (COD. IDENTIFICATIVO o7s002010)";

2) del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea in data 20 agosto 2015, con il quale è stata indetta la procedura per "l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola prefabbricata in regione Tzamberlet in Comune di Aosta", nonché del disciplinare di gara, di tutti i documenti ad esso allegati, della lettera di invito a presentare offerta e, per quanto occorra, di tutti gli

atti preordinati all'indizione della gara e, in particolare, della deliberazione della Giunta regionale n. 880, in data 15 aprile 2011, con la quale è stato approvato il progetto preliminare ed è stato stabilito di procedere all'indizione della suddetta gara d'appalto, del provvedimento dirigenziale n. 3876 in data 10 ottobre 2014 "Determina a contrarre", del provvedimento dirigenziale n. 125 in data 20 gennaio 2015 per l'approvazione dei criteri per l'espletamento della suddetta gara d'appalto, del provvedimento dirigenziale n. 639 in data 27 febbraio 2015 recante l'indizione della suddetta gara d'appalto, non conosciuti, ma menzionati nel provvedimento di aggiudicazione definitiva, nei limiti e in relazione ai profili indicati nel ricorso;

3) per quanto occorra, di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli in data 21.10.2015, 03.03.2016, 04.04.2016, 28.06.2016, 29.06.2016, 05.09.2016, 15.09.2016, 16.09.2016, 21.09.2016, 22.09.2016, 23.09.2016, 28.09.2016, 29.09.2016, 30.09.2016, 07.10.2016, 08.10.2016, 14.10.2016, 15.10.2016, 18.10.2016, 19.10.2016, 20.10.2016, 21.10.2016, 28.10.2016, 29.10.2016, 02.11.2016, 03.11.2016, 04.11.2016, 11.11.2016, 12.11.2016, 18.11.2016, 05.12.2016, 06.12.2016, 13.12.2016;

4) di tutti gli atti comunque presupposti, preparatori, connessi e/o conseguenti.

Con richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con Eco-Ecole Aoste Consorzio Ordinario, ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. b) e/o art. 122 del D.Lgs. 104/2010, e subentro nel medesimo contratto, se già stipulato, o, in via subordinata, applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 del medesimo decreto e risarcimento del danno.

*

E con ricorso incidentale notificato, sempre nell'ambito del primo ricorso n. 9/2017, dall'aggiudicataria ECO-ECOLE AOSTE Consorzio Ordinario il 29\3\2017 per l'annullamento:

-dei verbali di gara, in data 21.10.2015, 03.03.2016, 04.04.2016, 28.06.2016, 29.06.2016, 05.09.2016, 15.09.2016, 16.09.2016, 21.09.2016, 22.09.2016, 23.09.2016, 28.09.2016, 29.09.2016, 30.09.2016, 07.10.2016, 08.10.2016, 14.10.2016, 15.10.2016, 18.10.2016, 19.10.2016, 20.10.2016, 21.10.2016, 28.10.2016, 29.10.2016, 02.11.2016, 03.11.2016, 04.11.2016, 11.11.2016, 12.11.2016, 18.11.2016, 05.12.2016, 06.12.2016, 13.12.2016, nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile il progetto definitivo offerto in gara dalla ricorrente principale e non hanno escluso dalla procedura la ricorrente principale Innova;

e di tutti gli atti comunque presupposti, connessi e conseguenti.

*quanto al secondo ricorso principale n. 11 del 2017, promosso dalla terza graduata ARCAS:

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione:

in via principale:

- del provvedimento del Dirigente della Struttura Stazione Unica Appaltante e Programmazione dei Lavori Pubblici della Regione autonoma Valle d'Aosta del 16.1.2017, n. 43, comunicato il 18.1.2017 ed avente ad oggetto "Aggiudicazione definitiva all'operatore economico Eco – Ecole Aoste Consorzio ordinario, con sede in Pontey (p.i. 01208820074) per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola

prefabbricata in Regione Tzamberlet in Comune di Aosta (CPL OE57S002010 - CUP B69H11000680002- CIG 6351003578) (Cod. Identificativo OE57S002010)”;

- dei verbali della commissione (tecnica) giudicatrice relativi alle sedute di gara del 5/15/16/21/22/23/28/29/30.9.2016, rubricati progressivamente con i numeri da 1 a 9; del 7/8/14/15/18/19/20/21/28/29.10.2016, rubricati progressivamente con i numeri da 10 a 19 e del 2/3/4/11/12/18.11.2016, rubricati progressivamente con i numeri da 20 a 25;

- dei verbali di gara del 5/6/13.12.2016, identificati rispettivamente al Prot. n. 19765/DDS, n. 19800/DDS e n. 20048/DDS;

e, in subordine:

- della lettera di invito a presentare offerta avente ad oggetto “Invito a presentare offerta alla gara d'appalto, mediante procedura ristretta, per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola prefabbricata in regione Tzamberlet in Comune di Aosta (CPL OE57S002010 - CUP B69H11000680002 - CIG 6351003578)”;

- del bando di gara prot. n. 11104/DDS, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 20.8.2015 e dell'allegato disciplinare di gara relativi alla “procedura ristretta per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola prefabbricata in Regione Tzamberlet in Comune di Aosta”;

-e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale - ancorché non ancora conosciuto - lesivo degli interessi di Arcas S.p.A.

e per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio; nonché per l'aggiudicazione della gara ed il subentro ai sensi degli articoli 121, 122 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010 di Arcas S.p.A. nell'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola prefabbricata in Regione Tzamberlet in Comune di Aosta.

*

E con il ricorso incidentale notificato da ECO-ECOLE AOSTE CONSORZIO ORDINARIO, contro il progetto ARCAS, il 29\3 \2017, nell'ambito del secondo ricorso 11/2017, per l'annullamento: dei verbali di gara, in data 21.10.2015, 03.03.2016, 04.04.2016, 28.06.2016, 29.06.2016, 05.09.2016, 15.09.2016, 16.09.2016, 21.09.2016, 22.09.2016, 23.09.2016, 28.09.2016, 29.09.2016, 30.09.2016, 07.10.2016, 08.10.2016, 14.10.2016, 15.10.2016, 18.10.2016, 19.10.2016, 20.10.2016, 21.10.2016, 28.10.2016, 29.10.2016, 02.11.2016, 03.11.2016, 04.11.2016, 11.11.2016, 12.11.2016, 18.11.2016, 05.12.2016, 06.12.2016, 13.12.2016, nella parte in cui hanno ritenuto AMMISSIBILE il progetto definitivo offerto in gara dalla ricorrente principale e NON HANNO ESCLUSO dalla procedura LA RICORRENTE PRINCIPALE ARCAS;

e di tutti gli atti comunque presupposti, connessi e conseguenti;

*e con ricorso incidentale promosso da INNOVA contro il progetto presentato da ARCAS, nella parte in cui la Commissione non ha disposto l'esclusione di ARCAS per irrealizzabilità del suo progetto.

Visti i due ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Autonoma Valle D'Aosta, di Eco-Ecole Aoste e di Arcas;

Visti i due ricorsi incidentali promossi da Eco-Ecole Aoste, sia nel primo che nel secondo ricorso;

Visto il ricorso incidentale promosso da Innova contro Arcas, nel secondo ricorso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2017 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Regione Valle d'Aosta ha indetto una gara, con bando diretto a selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione di una nuova scuola prefabbricata in Regione Tzamberlet in Comune di Aosta.

Con provvedimento del Dirigente della Struttura Stazione Unica Appaltante e Programmazione dei Lavori Pubblici del 16.1.2017 l' "appalto integrato" per la progettazione/esecuzione dei lavori è stato

aggiudicato al Consorzio ordinario Eco – Ecole Aoste (d’ora in poi più semplicemente Eco-Ecole).

Le due ricorrenti, Consorzio Innova e Arcas, rispettivamente collocate in graduatoria al 2° ed al 3° posto, hanno impugnato (con separati ricorsi) l’esito della gara sviluppando una serie di censure, in parte in via principale, in parte in via subordinata.

Con un primo ricorso (n. 9/2017), promosso dal CONSORZIO INNOVA (d’ora in poi più semplicemente Innova), l’aggiudicazione definitiva è stata impugnata con la formulazione delle seguenti censure

1) violazione falsa applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento al paragrafo IV.2 del disciplinare di gara e al paragrafo 5. 7 della lettera di invito; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e dei documenti; eccesso di potere per carenza, illogicità e irragionevolezza della motivazione; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta e disparità di trattamento; violazione del principio di proporzionalità e di buon andamento della pubblica amministrazione;

2) violazione e falsa applicazione dell’articolo 84 del decreto legislativo 163/2006 e dell’articolo 120 del d.p.r. 207/2010; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e dei documenti; eccesso di potere per carenza, illogicità e irragionevolezza della motivazione; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta e disparità di trattamento; violazione del principio di proporzionalità e di buon andamento della pubblica amministrazione;

3) in via subordinata: violazione falsa applicazione dell'articolo 83 del decreto legislativo 163/2006 e dell'articolo 120 del d.p.r. 207/2010; violazione falsa applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento al paragrafo IV.2 del disciplinare di gara; violazione falsa applicazione dell'articolo 3 della legge 241/1990; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e dei documenti; eccesso di potere per carenza, illogicità e irragionevolezza della motivazione. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta e disparità di trattamento. Violazione del principio di proporzionalità e di buon andamento della pubblica amministrazione.

Con richiesta, in via principale di risarcimento in forma specifica, con il conseguimento dell'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto d'appalto.

In subordine è stata formulata domanda di risarcimento per equivalente (mancato percepimento dell'utile e danno curriculare nonché spese di partecipazione alla procedura inerenti la predisposizione dell'offerta).

Al fine di paralizzare la prosecuzione del procedimento e la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria, è stata presentata anche domanda di sospensiva.

In questo primo ricorso si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione regionale, che ha curato e redatto gli atti, sia la controinteressata Eco Ecole, chiedendo il rigetto del ricorso.

La controinteressata aggiudicataria Eco Ecole ha poi notificato, nel primo ricorso, ricorso incidentale chiedendo l'accertamento della sussistenza di alcuni "vizi escludenti" in riferimento alla proposta

progettuale presentata dalla ricorrente principale Innova, eventualmente, ove occorra, previa verifica.

In particolare sono state proposte le seguenti 5 censure incidentali:

1) violazione dell'articolo 42 della costituzione; violazione degli articoli 832 e seguenti del codice civile; violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4, del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;

2) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4, del codice 163/2006; articolo 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010 articoli 17 e 26 del regolamento edilizio del comune di Aosta; articolo 10 delle NTA del PRGC di Aosta; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;

3) violazione dell'articolo 42 della costituzione; violazione degli articoli 832 e seguenti del codice civile; violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4, del codice 163/2006; articolo 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;

4) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4, del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207 2010; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;

5) violazione di legge di norme regolamentari: articolo 93, comma 4, del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207 2010; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta.

Alla Camera di consiglio del 14 marzo 2017 le parti hanno dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare per una fissazione a breve del merito, rinunciando ai termini senza alcuna comunicazione di rito.

Il Presidente ha disposto la fissazione della trattazione della causa alla pubblica udienza del 9 maggio 2017.

**

Con un secondo ricorso (n. 11/2017) la medesima gara è stata impugnata anche dalla terza graduata, ARCAS, la quale sostenendo la sussistenza di illegittimità sia in riferimento alla posizione di Eco Ecole aggiudicataria, sia in relazione alla posizione della seconda graduata Innova, ha chiesto l'esclusione di entrambe, chiedendo l'aggiudicazione in proprio favore, con stipulazione del relativo contratto.

È stata formulata, anche in questo ricorso, istanza cautelare diretta ad evitare la stipulazione del contratto in favore di Eco Ecole.

In questo secondo ricorso si sono costituite le tre controparti (Regione, Eco Ecole, Innova), chiedendo il rigetto del ricorso.

Eco Ecole ha notificato, nell'ambito di questo secondo ricorso, ricorso incidentale (contro l'ammissione del progetto Arcas).

Con ricorso incidentale , promosso da ECO ECOLE contro Arcas, l'aggiudicataria ha chiesto l'accertamento della sussistenza di "vizi escludenti" previa, ove occorra, verifica, formulando 7 censure:

- 1) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4 del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010; articoli 17e 26 del regolamento edilizio del comune di Aosta; articolo 10 delle NTA del PRGC di Aosta; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;
- 2) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4 del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;
- 3) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4 del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010 ; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;
- 4) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4 del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010;

articolo 2 del d.p.r. 503/1996; articolo 12 NTA del PRGC del comune di Aosta; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;

5) violazione dell'articolo 42 della costituzione; violazione degli articoli 832 e seguenti del codice civile; violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4 del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010;

6) violazione di legge e di norme regolamentari: articolo 93, comma 4 del codice 163/2006; articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010; ; violazione della lex specialis di gara: paragrafo IV.2 del disciplinare e paragrafo 5 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta;

7) violazione di legge: articolo 74, comma 1, e articolo 46, commi 1 bis e 1 ter del codice 163/2006; violazione della lex specialis di gara: paragrafo 4 della lettera di invito; eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta.

Anche in questo ricorso le parti hanno dichiarato, nella Camera di consiglio del 14 maggio 2017, di rinunciare alla sospensiva per una fissazione a breve del merito, rinunciando ai termini senza alcuna comunicazione di rito.

Il Presidente ha disposto la fissazione della trattazione della causa alla pubblica udienza del 9 maggio 2017.

DIRITTO

Preliminarmente va disposta la riunione dei due ricorsi, essendo le controversie connesse sia soggettivamente che oggettivamente, in quanto i contenziosi sono stati radicati (rispettivamente dalle imprese graduate al 2° posto, Innova, e al 3°, Arcas,) in riferimento alla medesima gara di “affidamento della progettazione definitiva e per la realizzazione dei lavori di una nuova scuola prefabbricata in comune di Aosta”, aggiudicata in favore di Eco Ecole.

Viene impugnato il procedimento regionale di affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori per la realizzazione della nuova scuola prefabbricata, per l'importo, a base di gara, di complessivi euro 21.951 929 (di cui 19.627.000 per lavori; e 1.061.929 per progettazione definitiva ed esecutiva, oltre oneri di sicurezza non soggetti a ribasso).

La necessità della realizzazione di tale opera pubblica derivava dalla circostanza che in diverse scuole situate nel territorio avrebbero dovuto essere realizzati importanti lavori di ristrutturazione, bonifica da amianto, ecc... non compatibili con la permanenza di studenti ed insegnanti: era altresì prevista la turnazione nell'utilizzo, in corrispondenza dell'esecuzione dei lavori di recupero.

L'opera è stata oggetto di uno specifico “Accordo di programma”, stipulato fra Regione e Comune di Aosta, risalente al 30.9.2011, ove si prevedeva che la destinazione per usi scolastici sarebbe stata conservata solo in via provvisoria (fino all'ultimazione dei lavori nelle altre strutture scolastiche distribuite sul territorio,); successivamente il bene sarebbe stato acquisito dal comune di Aosta, il quale avrebbe deciso e provveduto a stabilirne l'utilizzazione definitiva, ritenuta più appropriata.

Nell'accordo di programma si definivano sia gli aspetti urbanistici-edilizi che finanziari.

In particolare avendo la struttura carattere provvisorio, finalizzata a consentire la messa a norma delle infrastrutture scolastiche regionali esistenti, le parti (Regione e Comune) ritenevano che non fosse necessario apportare modifiche agli strumenti urbanistici.

Solo al termine dell'utilizzo dell'infrastruttura da parte dell'amministrazione regionale il Comune avrebbe apportato, se del caso, le opportune eventuali modificazioni al Piano regolatore generale vigente (per consentire ed ammettere l'uso definitivo).

La realizzazione della scuola prefabbricata provvisoria era prevista in area di proprietà pubblica, anche se attualmente individuata dagli strumenti comunali regionali quale polo per la pratica di attività sportive.

La Regione si impegnava ad acquisire il diritto di superficie, a titolo gratuito, dei terreni per una durata di 15 anni a decorrere dalla consegna dei lavori. Inoltre si assumeva gli oneri di progettare e realizzare la nuova scuola, con palestra, dimensionata per ospitare circa 1.100 alunni; il complesso scolastico avrebbe avuto una superficie di 10.500 mq.

Inoltre l'amministrazione regionale si impegnava a finanziare viabilità e rotatorie, nonché dotazioni infrastrutturali (reti idriche fognarie) per poter soddisfare le nuove esigenze derivanti dalla realizzazione della nuova struttura scolastica.

La gara per l'acquisizione del progetto e per l'affidamento mediante "appalto integrato" dei lavori sarebbe stata compiuta a cura della Regione.

Alla gara, indetta dall'amministrazione regionale, con procedura ristretta, con lettera di invito, hanno partecipato 24 imprese; 13 sono state ammesse.

Esperito il procedimento di valutazione dei progetti, tramite criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'aggiudicazione dell'appalto integrato è stata assegnata ad Eco Ecole.

La gara è stata impugnata, con due distinti ricorsi, sia da parte di Innova, sia da parte di Arcas (imprese collocate, rispettivamente, al 2° e 3° posto), con richiesta di rimodulazione del punteggio, o, se del caso, per il rifacimento della procedura di gara.

La procedura selettiva prevedeva l'assegnazione di 100 punti stabiliti per la valutazione, nel complesso, delle proposte progettuali, suddivisa in 2 voci:

70/100 per l'offerta tecnica;

30/100 per l'offerta economica.

I tre operatori contendenti hanno conseguito i seguenti punteggi complessivi finali:

1)Eco Ecole 92,350 punti complessivi;

2)Innova 88,540;

3)Arcas 86,346 punti.

La differenza fra 1° e 2° è di 3,81 punti; mentre la differenza tra 1° e 3° è di 6,004.

Le molteplici contestazioni effettuate dai due ricorrenti principali coinvolgono vari aspetti delle proposte tecniche presentate alla stazione appaltante, specie in relazione al criterio n. 2 (primo ricorso Innova); inoltre sono stati formulati vizi escludenti (nel secondo ricorso Arcas) delle proposte progettuali di Eco Ecole e di Innova.

In riferimento alla voce “prezzo” i ribassi formulati, e la rispettiva attribuzione dei punteggi, sono stati i seguenti:

-Eco Ecole ribasso del 7,417%; punti conseguiti :8,406;

-Innova del 12,940% ; punti 12,887;

-Arcas del 16,480% ; punti 14,412.

Innova ha presentato, complessivamente, l'offerta economica migliore (rispetto all'aggiudicataria Eco Ecole).

L'aggiudicataria ha ottenuto il punteggio tecnico migliore (soprattutto per criterio n. 2).

I sei diversi criteri “qualità” predisposti nella lettera di invito (pagina 11, punto 5) dovevano considerare aspetti differenziati inerenti l'offerta proposta dall'operatore economico progettista-esecutore dei lavori. In particolare:

criterio 1: “completezza dei contenuti del progetto definitivo”, redatto ai sensi degli articoli 24 e seguenti del d.p.r. 207/2010;

criterio 2: “prestazione energetica globale degli edifici, coerenza del sistema edificio/impianti e del relativo sistema di controllo e soluzioni realizzabili che diano evidenza dell'evoluzione tecnica e tecnologica che aumentino i parametri di interesse generale per l'efficienza del polo scolastico”;

criterio 3: “garanzie”;

criterio 4: “qualità dei materiali, della posa e della manutenibilità”;

criterio 5: “organizzazione gestionale del cantiere, della tutela del vicinato, delle interferenze con il traffico e con gli insediamenti circostanti”;

criterio 6: “organizzazione qualità della struttura operativa per l'esecuzione dell'opera”.

L'attribuzione del punteggio è avvenuta con utilizzo, nella valutazione, del <metodo “aggregativo compensatore” 0-1>.

Complessivamente, per il punteggio tecnico (globale, per tutti i 6 criteri), sono stati assegnati alle tre imprese contendenti (prime tre classificate) i seguenti punteggi:

-all'aggiudicataria Eco Ecole punti 83,944 per l'offerta tecnica (totale complessivo, computando anche il ribasso economico 92,350);

-alla seconda Innova punti 75,653 per l'offerta tecnica (tot. complessivo 88,540);

-alla terza Arcas 71,934 per l'offerta tecnica (tot. complessivo 86,346).

Il divario, dunque, per il profilo squisitamente tecnico, si manifesta in modo più incisivo (si attenua, poi, a seguito del ribasso economico poi formulato –migliore quello di Innova-).

L'assegnazione del progetto tecnico era stato suddiviso, nella lettera di invito, nei suddetti 6 criteri, idonei a valutare aspetti e profili diversificati di ordine progettuale: le proposte godevano di un ampio spazio di articolazione e di definizione della struttura, che doveva essere concepita in modo personalizzato da parte di ciascun partecipante, nel rispetto dei soli vincoli emergenti dal preliminare.

In particolare, tra questi vi era il criterio n. 2, al quale era stata riservata la quota preponderante della valutazione (40 punti su 70) e che concerneva l'analisi di elementi essenzialmente di “natura tecnologica nella costruzione e rendimento dell'edificio”, essendo riferito alla sua globale “efficienza energetica”.

La parte contestata nel primo ricorso Innova afferisce dunque principalmente alla valutazione dell'appalto integrato

(progetto/esecuzione dei lavori) , in riferimento, in particolare, all'attribuzione del punteggio per questo criterio (n. 2).

La valutazione per il criterio n. 2 , premiante l'aumento dell'efficienza energetica, avente influenza dominante, è stata la seguente:

-Ecole 40 punti;

-Innova 33,764;

-Arcas 33,156;

con ampio divario nella valutazione dei diversi progetti presentati.

Dunque rilevanza essenziale e sostanziale, ai fini aggiudicazione, è stata, nell'ambito del procedimento di valutazione, l'attribuzione del punteggio assegnato alle offerte tecniche (ampiamente differenziate nello stile e nelle soluzioni tecniche e tecnologiche), relativamente al "criterio n. 2", parametro che prevedeva un "quantum" di punti estremamente influente (40 punti su 70).

Per gli altri cinque criteri (1,3,4, 5,6) sono stati attribuiti (fra le diverse tre imprese) punteggi in alcuni casi maggiori, in altri uguali, in altri ancora inferiori.

Gli scostamenti, per questi, non risultano avere una particolare rilevanza.

Infatti:

i criteri nn. 3, 5 e 6 consentivano solamente l'attribuzione, ciascuno, al massimo di cinque punti;

il criterio n. 1 di punti dieci;

il criterio n. 4 di punti venti.

La Commissione ha ritenuto dunque che, complessivamente, Eco-Ecole avesse presentato la proposta progettuale/esecutiva complessivamente migliore, nella combinazione tecnico-economica.

Con specifico riferimento al (solo) criterio n. 2 la differenza conseguita tra primo e secondo era di ben 6,236 punti.

Tra i due operatori economici sussiste una differenza, nel punteggio finale, di soli 3,81 punti, avendo avuto rilevanza l'offerta economica migliore, presentata da Innova (con il maggior ribasso).

I ricorsi (2 principali e 2 incidentali) si sviluppano soprattutto in relazione all'assegnazione delle voci per "punteggio tecnico" inerente il progetto (definitivo ed esecutivo) per la realizzazione della nuova struttura scolastica : in particolare per ottenere un punteggio migliore (Innova) o per sostenere vizi escludenti (Arcas).

Nei due ricorsi principali viene formulata (ancorchè con differente gradazione, nel primo ricorso in via principale, nel secondo in via subordinata) anche una censura di carattere procedimentale, in riferimento alla composizione della Commissione nell'espletamento dell'attività di valutazione tecnica dei progetti , che, se accolta, determinerebbe l'annullamento delle operazioni effettuate dalla Commissione , con travolgimento dell'attività svolta .

L'aggiudicataria Eco Ecole con il ricorso incidentale, promosso avverso la ricorrente principale Innova nell'ambito del primo ricorso, sostiene (con 5 motivi) che il progetto presentato dalla seconda graduata andasse escluso in quanto viziato, non conforme, non rispettoso dei requisiti edilizi minimi, recante errori progettuali, con occupazione di aree fuori progetto, con tempistica inadeguata (con previsione della realizzazione in 12 mesi anziché i 730 giorni);

Per tali motivi la controinteressata chiedeva l'esclusione di Innova, per sostanziale "irrealizzabilità" del progetto presentato.

Il secondo ricorso principale, promosso da Arcas (che sviluppa complessivamente 6 censure), mira in primo luogo ad ottenere

l'esclusione sia dell'aggiudicataria Eco Ecol, sia della seconda graduata Inno, chiedendo l'accertamento delle loro illegittime ammissioni, a causa della presentazione di progetti non conformi (asserite difformità sostanziali dei loro progetti).

Tale domanda principale determinerebbe, se accolta, l'aggiudicazione in proprio favore (3^a che diviene prima).

Inoltre, in via subordinata, Arcas sostiene che avrebbe diritto comunque ad ottenere un maggior punteggio, che il voto numerico sarebbe insufficiente, che la Commissione ha agito come collegio imperfetto in molte sedute, che mancavano griglie di ripartizione interna dei punteggi, che la lex di gara sarebbe illegittima in quanto ha previsto l'attribuzione del solo voto numerico e non anche di giudizi.

Le richieste subordinate sono dirette ad ottenere il travolgimento della gara.

Nell'ambito del secondo ricorso, Eco Ecol ha presentato, anche qui, ricorso incidentale, ma contro Arcas, diretto ad ottenere la sua esclusione; domanda che, se accolta, determinerebbe l'assenza di legittimazione ad impugnare l'esito della gara da parte della 3^a graduata.

Il ricorso incidentale di Eco Ecol contro Arcas (nel 2^o ricorso) contiene 7 motivi anch'essi di natura essenzialmente tecnica, diretti a dimostrare che il progetto Arcas, terza graduata, non sarebbe potuto essere, in concreto, realizzato, a causa di errore progettuali, in particolare per:

violazione delle distanze dal confine, mancato rispetto dei requisiti minimi per l'illuminazione; inammissibile progetto di gestione delle acque reflue bianche e nere, sia per collocazione, sia per dislivello di

quote; inadeguatezza delle quote e dei movimenti terra, con l'impiego di muri di contenimento superiore ai 2 m; violazione del regolamento per l'eliminazione delle barriere architettoniche; collocazione di un accesso di servizio, nella fase di cantiere, che precluderebbe l'accesso carrabile a servizio dell'edificio privato esistente; tempistica prevista di realizzazione inferiore ai 730 giorni (600 giorni); contraddittorietà nei dati forniti in ordine alla gestione dei materiali di demolizione e scavo ed il loro riutilizzo (quantitativi non coincidenti tra i diversi elaborati), nonché carenza della documentazione necessaria (bilancio inerti); mancata sottoscrizione del documento facente parte dell'offerta economica denominato "elenco prezzi-impianto elettrico", con ammissione illegittima al soccorso istruttorio.

Dunque i due ricorsi incidentali Eco Ecole sono stati promossi al fine di ottenere l'esclusione di Innova (nel 1° ricorso) e di Arcas (nel 2° ricorso), al fine di accertare l'illegittimità delle loro ammissioni, con conseguente riconoscimento dell'assenza di legittimazione ad impugnare gli esiti della gara, sia da parte della seconda che della terza graduata.

L'aggiudicataria ha, comunque, richiesto anche il rigetto dei due ricorsi principali, al fine di difendere la propria aggiudicazione.

La Regione ha sostenuto che il procedimento si è sviluppato correttamente, evidenziando, che, comunque, eventuali discordanze tra progetto preliminare e progetti presentati dai partecipanti, avrebbero potuto trovare rettifica ed adeguamento, in altra sede successivamente all'aggiudicazione, ad opera del RUP, in applicazione dell'articolo 168 del Regolamento 207 del 2010, rubricato "Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori

sulla base del progetto preliminare”. Cioè da parte di un organo diverso rispetto alla Commissione giudicatrice.

PRIORITA' NELLA TRATTAZIONE ED ESAME DEI RICORSI.

In entrambi i ricorsi sono stati presentati ricorsi incidentali, da parte dell'aggiudicataria Eco Ecole.

Il Collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente i due gravami incidentali (di differenziato contenuto, essendo stati promossi avverso diversi concorrenti, rispettivamente, contro i progetti di Innova e di Arcas), notificati dalla controinteressata Eco-Ecole, in ciascuno dei due ricorsi.

Entrambe le impugnazioni incidentali mirano ad accertare l'illegittima ammissione e la doverosa esclusione delle due ricorrenti principali Innova (ex Unifica, posto che il progetto era stato presentato da questa mandataria) ed Arcas, per “irrealizzabilità” dei loro progetti, con conseguente privazione della loro legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione ottenuta da Eco Ecole.

L'immobile scolastico, da realizzarsi “ex novo”, sulla base di un <progetto preliminare> predisposto dall'amministrazione regionale; doveva essere “ideato e progettato” dai partecipanti, con caratteristiche proprie sotto il profilo strutturale, tecnologico funzionale ed estetico (cfr. documentazione tecnica e simulazioni fotografiche depositate in giudizio).

Nel caso di specie l'oggetto della gara era un “appalto integrato”, coinvolgente sia la “progettazione” (definitiva ed esecutiva), sia la successiva esecuzione dei lavori.

La presentazione di un progetto “definitivo” implica la possibilità di sviluppare la struttura in modo estremamente libero, ampio ed esteso (salvi solo i limiti deducibili dal progetto preliminare).

E' consentita l'individuazione di “soluzioni personalizzate”, posto che la diversificazione delle proposte è proprio un “valore” perseguito dall'Amministrazione appaltante.

I contenuti del progetto definitivo sono delineati dall' art. 24 del Reg. 207/2010 e 93 del Codice 163/2006 rubricato “Livelli della progettazione per gli appalti”.

Come si evince chiaramente dalla documentazione fotografica prodotta i progetti, anche ad una immediata visione e percezione, risultano avere un impatto estetico-funzionale estremamente differenziato.

Le proposte si caratterizzano per essere concepite, in concreto, da parte dei diversi raggruppamenti di progettisti coinvolti, in forma notevolmente personalizzata ed individualizzata.

Le progettazioni, definitiva ed esecutiva, dovevano rispettare l'ambito delle previsioni vincolanti contenute nel progetto (preliminare) predisposto dalla stazione appaltante, che indicava gli elementi essenziali che i partecipanti avrebbero dovuto seguire nello sviluppo della propria (originale) proposta progettuale definitiva ed esecutiva (parametri energetici; qualità dei materiali, area di riferimento; soluzioni architettoniche e strutturali, ecc...).

Per l'espletamento dei lavori della Commissione (valutazioni) risultavano predisposti, dalla lettera di invito, una serie di criteri (6) in riferimento agli elementi tecnici e tecnologici da considerare e premiare.

Tra questi rileva, in particolare, il criterio n. 2 (soprattutto in considerazione della sua considerevole rilevanza quantitativa, 40 punti su 70), che rappresenta la quota maggioritaria nell'ambito delle valutazioni complessive delle proposte tecniche-progettuali.

Per l'applicazione di questo criterio (ove le contendenti hanno ottenuto consistenti differenze di valutazione, per quasi 7 punti) dovevano essere presentate dai concorrenti tre diverse Relazioni riferite a differenziati profili tecnologici del progetto:

- prima relazione: isolamento, schermature, prestazione acustica;
- seconda relazione: climatizzazione, impianti energetici, illuminazione, produzione di energia elettrica da fotovoltaico; acqua calda sanitaria gestione degli impianti, conservazione nel tempo delle prestazioni e dei materiali e delle tecnologie;
- terza relazione: coerenza tra le soluzioni edilizie e di sistemi impiantistici adottati; prestazione energetica globale dell'edificio scolastico mediante l'utilizzo del "software Beauclimat", utilizzando la metodologia di calcolo definita con la delibera della giunta regionale 1606 dell'8 luglio 2011.

In questo quadro complessivo di contenziosi che si sono sviluppati ed "intrecciati" il Collegio ritiene di dover individuare la seguente "priorità" nella trattazione dei ricorsi e delle censure sviluppate (anticipando, nella graduazione, le decisioni le cui motivazioni verranno successivamente esposte).

L'analisi dei contenziosi va compiuta nel rispetto del seguente ordine e sviluppo procedimentale processuale:

A) esame prioritario del ricorso incidentale di Eco Ecole formulato nell'ambito del primo ricorso promosso da Innova – sua infondatezza (per le motivazioni che verranno esplicitate, in quanto

le censure qui proposte sono essenzialmente dirette ad ottenere una rivalutazione nel merito del progetto Innova),

B) esame del ricorso principale di Innova (il primo, 9/2017), con rigetto del primo motivo (che presuppone, anch'esso, una rivalutazione nel merito del progetto della controinteressata Eco Ecole); e con accoglimento, invece, del secondo vizio, inerente l'omesso rispetto del principio del Collegio perfetto nei lavori della Commissione (con assorbimento della terza censura);

con conseguente annullamento del procedimento di gara e dei relativi atti endoprocedimentali nonché dei provvedimenti finali (aggiudicazione definitiva);

C) improcedibilità del secondo ricorso principale Arcas in quanto la 3^a graduata, alla luce delle determinazioni indicate sub B), non conserva una posizione utile, giuridicamente protetta, per poter conseguire l'aggiudicazione in proprio favore, sulla base di atti di gara che risultano già annullati; con conseguente insussistenza della procedibilità della domanda, così come improcedibile si presentano anche le richieste, subordinate, di annullamento della gara già travolta;

in sostanza, in considerazione del nuovo quadro giuridico-fattuale che si è venuto a determinare (a seguito dell'accoglimento del primo ricorso Innova), per fondatezza del vizio procedimentale (il secondo), inerente le modalità di svolgimento delle attività della Commissione (censura formulata anche dalla stessa ricorrente Arcas, nel secondo ricorso, ancorché in via subordinata), la posizione di Arcas non può avere autonoma tutela;

infatti, a seguito dell'intervenuto annullamento degli atti di gara, frutto dell'accoglimento del secondo motivo del ricorso Innova, non

sussiste in capo ad Arcas alcuna utilità e possibilità di ottenere pronunciamenti in proprio favore, posto che, anche qualora venissero valutati positivamente i motivi contenuti nel suo ricorso (in via principale e/o in via subordinata) non sarebbe comunque possibile ipotizzare una aggiudicazione in suo favore (alla 3^a graduata Arcas) in applicazione di atti illegittimamente redatti dalla Commissione e che sono stati già integralmente rimossi dal mondo giuridico.

D) necessità di rinnovo degli atti di gara, da parte di una diversa Commissione giudicatrice.

**

Queste le motivazioni a sostegno delle decisioni: seguendo i medesimi Capi A-B-C-D.

A) Il RICORSO INCIDENTALE proposto DA ECO ECOLE contro INNOVA (nell'ambito del ricorso Innova n. 9/2017) è infondato.

Il gravame incidentale contiene essenzialmente motivi che implicano una valutazione nel merito del progetto presentato da Innova.

La controinteressata aggiudicataria Eco Ecole, con il gravame incidentale, ha contestato il progetto Innova in riferimento a 5 profili :

*il progetto sarebbe incompatibile in quanto coinvolgerebbe anche aree di diversa proprietà (campo sportivo in particolare recinzione e aree di rispetto), aree escluse dal progetto preliminare; errore progettuale con irrealizzabilità del progetto (fascia di 2 m in area privata, per un totale di 415 m quadri);

*la distanza dal confine necessaria , di 5 m, è influenzata anche dall'altezza (con conseguente ampliamento), in quanto è necessario

rispettare una distanza proporzionata almeno alla metà dell'altezza dell'edificio (l'altezza dell'edificio è di 13,20); l'aggetto di velette determinerebbe una riduzione della fascia necessaria; in particolare per l'ala est 3,42 contro il limite di 5; e per il fronte 3,42 contro 6,6;

*l'accesso al cantiere impedirebbe ad alcuni privati l'accesso carrabile e pedonale, in quanto la recinzione includerebbe tutta la viabilità; e questo sarebbe l'unico accesso per il privato;

inoltre il progetto sottrarrebbe molti parcheggi pubblici al palaghiaccio;

il termine previsto per i lavori della ricorrente Innova è stato previsto in soli 12 mesi, anziché in 730 giorni, previsti dalla lex specialis;

*contestazione in ordine alla gestione dei reflui (acque bianche e nere), in particolare per mancanza di impianti di sollevamento, tenuto conto che l'indicato sistema accaduta, per gravità, non sarebbe compatibile a causa delle quote di progetto (2,30 contro l'attuale 6,30) dei piazzali, con creazione di un dislivello di 7 m., elemento per il quale è necessario un sistema di sollevamento;

inoltre il serbatoio per l'accumulo dell'acqua meteorica ha una capacità di soli 30 m³, anziché 300, in violazione dell'articolo 29 delle NTA, che prevede la necessità di un vascone del 10% in relazione all'apporto d'acqua;

*il parametro di 1/8 relativo all'illuminazione non sarebbe stato rispettato.

In riferimento al ricorso incidentale proposto da Eco-Ecole le controparti hanno sostenuto che la verifica della conformità dei progetti (con il preliminare) spetta al RUP (post aggiudicazione, in una fase diversa, in sede di approvazione del progetto), con possibilità di apporto di taluni eventuali "adeguamenti progettuali".

Trattasi di attività di <verifica sul progetto>, da parte del RUP (e non della Commissione) espressamente consentita e prevista dall'art. 168 del DPR 207/2010, che recita:

“Ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del codice, nell'ipotesi di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c), del codice, il bando prevede che la stipulazione del contratto debba avvenire successivamente all'acquisizione di eventuali pareri necessari e all'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto definitivo presentato come offerta in sede di gara. Entro dieci giorni dall'aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento avvia le procedure per l'acquisizione dei necessari eventuali pareri e per l' <approvazione del progetto definitivo presentato> in sede di gara. In tale fase l'affidatario provvede, ove necessario, ad <adeguare il progetto definitivo> alle eventuali prescrizioni susseguenti ai suddetti pareri, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo a favore dello stesso. Qualora l'affidatario non adegui il progetto definitivo entro la data perentoria assegnata dal responsabile del procedimento, non si procede alla stipula del contratto e si procede all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva”.

La norma va posta in diretta correlazione con gli art. 93 e 53 comma 2 lett. c) del Codice 163/2006.

Dunque il RUP può chiedere, in base alla norma, dopo l'aggiudicazione (nell'ambito della procedura di approvazione del progetto) modifiche e adeguamenti progettuali.

In sostanza la disposizione regolamentare consente espressamente di apportare ai progetti definitivi post aggiudicazione, “adeguamenti” , che, se non recepiti dal concorrente-progettista, determinano l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

La difesa dell'Amministrazione ha anche richiamato, a sostegno dell'impossibilità di escludere il concorrente, il principio di tassatività delle cause di esclusione, principio che, però, afferisce ad elementi e dichiarazioni contenuti nella domanda di partecipazione (e non ad elementi dell'offerta tecnica).

Qui vi è un progetto preliminare, predisposto dall'Amministrazione, in relazione al quale il concorrente doveva redigere la propria proposta progettuale definitiva ed esecutiva.

Con coincidenza e riproduzione degli elementi essenziali, ma con elaborazione progettuale ampiamente personale ed individualizzata.

Benchè vengano evidenziate, nei 5 vizi incidentali Eco Ecole, una serie di discrasie (sui luoghi e in ordine alle compatibilità normative esecutive, contro il progetto Innova) il Collegio non ritiene che queste possano essere favorevolmente apprezzate, in questa sede giurisdizionale, in quanto non si ravvisano, nell'ambito della decisione assunta di ammissione/valutazione del progetto proposto da Innova, elementi che possano essere qualificati come "vizi macroscopici" e/o "arbitrari" nelle operazioni di analisi compiute.

La Commissione era tenuta ad analizzare e valutare i progetti, attribuendo il punteggio per le caratteristiche tecnologiche ideate e riscontrate.

Le questioni sollevate in via incidentale, nel primo ricorso, sviluppano profili di ordine essenzialmente tecnico rispetto ai quali giudice amministrativo non ha il potere di sovrapporsi (con rivalutazione nel merito) al giudizio espresso dall'organismo deputato a compiere le ammissioni, l'esame dei progetti e l'attribuzione dei relativi punteggi.

Non risultano macroscopici vizi e/o esercizio improprio del potere che possano determinare l'illegittimità delle considerazioni effettuate dalla Commissione (valutazione delle proposte).

Trattasi infatti di una serie di rilevazioni e contestazioni che afferiscono all'analisi tecnica in riferimento a diversi elementi, per lo più di natura tecnica e tecnologica, appartenenti al progetto di Innova.

Rispetto alle analisi compiute non emergono valutazioni pesantemente distorte (le uniche che potrebbero essere considerate e valutate positivamente in sede giudiziaria).

I gravami incidentali promossi da Eco Ecole contengono, tutti, motivi essenzialmente di ordine tecnico (5 vizi nel ricorso 9/2017 contro Innova; 7 vizi nel ricorso 11/2017 contro Arcas).

Inoltre va considerato, come ben posto in luce dalla difesa regionale, che competenze in ordine alla "compatibilità" del progetto presentato con il progetto preliminare e ammissibilità della relativa progettazione definitiva ed esecutiva (post aggiudicazione) rientrano nella competenza del RUP, in applicazione dell'art. 168 del DPR 207/2010.

Il ricorso incidentale di Eco Ecole solleva questioni (5 vizi) inerenti valutazioni essenzialmente di merito della proposta tecnica-progettuale presentata dalla concorrente Innova.

Si evidenzia che tutta una serie di aspetti di ritenuta mancata "coincidenza progettuale" (fra progetto preliminare predisposto dall'amministrazione e progetto definitivo presentato in gara), con l'individuazione di limitati e parziali scostamenti, potranno essere suscettibili, qualora venissero ritenuti effettivamente incoerenti, di successiva valutazione ad opera del RUP.

Eventuali discordanze potranno essere considerate in sede di “approvazione del progetto” (fase successiva all’aggiudicazione) , come ripetutamente evidenziato dalla difesa della Regione, con possibilità di successivi “adeguamenti” su sollecitazione del responsabile del procedimento (competenza riservata a questo soggetto e non anche alla Commissione, che deve solo valutare il “valore” dei progetti), in applicazione dell’articolo 168 del regolamento 207/2010, che espressamente lo consente.

Al RUP viene affidato un potere di valutazione della coerenza e fattibilità progettuale, con possibilità di emanazione di eventuali “prescrizioni” al fine di consentire ammissibili adeguamenti del progetto definitivo (qualora non incidano in maniera rilevante sulla proposta tecnica complessiva; circostanza che nel caso di specie non emerge).

Diversamente alla Commissione spettano le valutazioni tecniche e l’attribuzione dei punteggi delle diverse proposte progettuali e delle relative soluzioni strutturali e tecnologiche applicate.

In conclusione il ricorso incidentale promosso da Eco Ecol, nell’ambito del primo ricorso Innova, va respinto, in quanto prospetta valutazioni di merito con rielaborazione dell’analisi/valutazione tecnica, potere spettante alla Commissione (e al RUP) , con impossibilità di sovrapposizione da parte di questo giudice.

B) RICORSO PRINCIPALE proposto da INNOVA contro ECO ECOLE (n. 9/2017).

Si evidenzia che una parte dei vizi contenuti nei due ricorsi principali sono comuni; benché una censura procedimentale di ordine generale

(formulata avverso le modalità di espletamento dei lavori da parte della Commissione), è stata presentata con una graduazione diversa tra i due ricorrenti Innova ed Arcas.

Infatti il vizio che ha contestato la mancanza del Collegio perfetto (in riferimento alla costituita Commissione deputata alla valutazione delle offerte), è stato formulato da Innova in via principale (censura n. 2); mentre è stato presentato da Arcas solamente in “ulteriore subordine” (con il 4° motivo, dopo altra censura, la terza, formulata in primo subordine).

Nel ricorso Innova il secondo vizio procedimentale non è stato, dunque, proposto espressamente in via subordinata (contrariamente al terzo).

Nonostante ciò il Collegio ritiene di dover prioritariamente esaminare comunque il 1° vizio principale, posto che la sua eventuale fondatezza potrebbe implicare, potenzialmente, una maggiore valutazione del punteggio inerente la proposta progettuale presentata da Innova, in particolare in riferimento al criterio n. 2. Con interesse prevalente a questa decisione rispetto alla pronunzia procedimentale che impedirebbe la conservazione degli atti valutativi.

Con conseguente salvezza della procedura di gara, seppur con necessità di rivalutazione del punteggio tecnico attribuito alle concorrenti per tale criterio n. 2; ma con teorica possibilità di conseguire l'aggiudicazione, qualora fosse dimostrato (e valutato) che il punteggio spettante ad Innova, per tale criterio, avrebbe dovuto essere superiore, e con una differenza tale (maggiormente premiante) da poter sovvertire l'esito della gara (sarebbe sufficiente l'attribuzione dello stesso punteggio, per il criterio n. 2, ad Eco Ecole e ad Innova).

B1) PRIMO VIZIO INNOVA (primo ricorso 9/2017).

Il ricorso principale promosso da Innova mira ad ottenere, innanzitutto (interesse sostanziale prevalente, censura numero 1), un maggior punteggio della propria offerta tecnica o, quantomeno, l'assegnazione dei medesimi punti (al 1° e al 2° classificato, Eco Ecole e Innova).

Per alcuni elementi la ricorrente Innova ritiene del tutto "sovrapponibili" le due offerte tecniche (Innova ed Eco Ecole).

In altri casi sostiene che i parametri elaborati da Innova sarebbero addirittura notevolmente migliori rispetto a quelli di Eco Ecole.

Comunque Innova ritiene che non sarebbe assolutamente giustificata la differenza di 7 punti tra le due offerte in riferimento all'elemento di valutazione n. 2.

Sono state formulate da Innova tre censure (il cui contenuto è stato già indicato precedentemente nella parte in fatto), le prime due in via principale, la terza in via subordinata.

Con il primo motivo Innova sostiene che nella valutazione del criterio n. 2 sarebbero stati commessi errori palesi nell'assegnazione dei punteggi : formula richiesta di assegnazione di un punteggio superiore alla propria offerta o, al limite, l'assegnazione dei medesimi punti.

In via subordinata, sempre nell'ambito del primo motivo, si formula (in caso di mancato pareggio) domanda di rivalutazione delle offerte in conformità ai criteri previsti nei documenti di gara e ai contenuti delle offerte.

L'attribuzione del punteggio per il criterio n. 2 ("globale valutazione energetica-evoluzione tecnica e tecnologica-aumento parametri efficienza del polo scolastico") presupponeva l'analisi e la

valutazione delle tre distinte Relazioni tecniche che erano state richieste dalla Lettera di invito e che dovevano essere presentate dai concorrenti.

Molte contestazioni impingono nel merito e non possono essere (ri) valutate in sede di legittimità da parte del giudice amministrativo, per inammissibile sostituzione nell'attività tecnico-discrezionale di analisi progettuale richiesta (dunque per gli stessi motivi per i quali si è già disposto il rigetto del ricorso incidentale Eco Ecole nell'ambito del primo ricorso).

Le contestazioni formulate nel primo motivo del ricorso Innova si concentrano, sostanzialmente, nella ritenuta impropria e/o illegittima valutazione nel merito degli elementi tecnologici delle due proposte tecniche formulate dalle parti (Innova e Eco Ecole).

Tutta una serie di elementi sollevati hanno una natura squisitamente tecnica e si riferiscono al merito .

Lo sviluppo delle censure non consente di apprezzare macroscopiche erroneità nelle valutazioni compiute dalla Commissione.

Né può sostenersi che per il criterio n. 2 non vi fossero parametri e criteri nell'assegnazione del punteggio (40 punti).

I presupposti valutativi si rinvergono nelle tre diverse Relazioni che erano state richieste per definire dettagliatamente lo sviluppo della prestazione energetica “globale”, e quindi “unitaria” degli edifici, con specifico rilievo per la dimostrazione della maggior “efficienza” <complessiva> del polo scolastico. Dato che non deriva semplicemente dalla “somma” dei singoli elementi (scorporati) valutati, nell'ambito del criterio n. 2, ma che si correla ad una valutazione energetica globale compiuta dalla Commissione in ordine

alla struttura come progettata (importante nuovo immobile prefabbricato).

Ciascun commissario aveva la possibilità di esprimere il proprio giudizio in riferimento ad una pluralità di elementi dettagliati e pre-individuati dalla lettera di invito, con l'indicazione di tutte le caratteristiche che risultavano rilevanti, e che, per il criterio n. 2 , risultavano da tutti i dati inseriti nelle tre Relazioni tecniche.

La formulazione del giudizio di apprezzamento tecnico delle soluzioni progettuali e tecnologiche individuate spettava ai singoli componenti della Commissione, sulla base delle proprie competenze, previo esame, in forma congiunta, di tutti i progetti, nel rispetto del principio della collegialità.

Nel caso di specie non si ravvisano macroscopiche ed arbitrarie valutazioni tecniche compiute nell'esame dei progetti presentati da Eco Ecole e da Innova.

Il primo motivo del ricorso principale Innova va quindi respinto.

**

B2) SECONDO VIZIO INNOVA (primo ricorso 9/2017).

Il secondo motivo del ricorso principale di Innova si pone su di un livello diverso e si riferisce all'operato delle Commissioni- Collegi perfetti (dello stesso tenore e contenuto è l'analogo vizio n. 4, formulato, in ulteriore subordine, nel secondo ricorso principale promosso da Arcas, n. 11/2017).

La censura sollevata va valutata ed apprezzata con peculiare delicatezza.

La questione, in fatto, è evidente e risulta acclarata dalla consultazione dei diversi verbali di gara che attestano lo svolgimento dell'operato della commissione:

-la Commissione era composta da tre membri, aventi ciascuno una particolare competenza professionale per poter valutare ed esprimere il giudizio con l'attribuzione del punteggio;

-la Commissione nei verbali nn. 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 24 ha operato in composizione ridotta; in molti casi con due componenti; in un caso addirittura con un unico membro (cfr. verbale 13).

Parte ricorrente sostiene che, in tal modo, è stato leso il principio del collegio perfetto, che deve sorreggere l'operato della commissione in tutte le sue fasi essenziali di analisi e di valutazione dei progetti e di attribuzione dei relativi punteggi.

La Regione e la controinteressata aggiudicataria Eco Ecole sostengono, invece, che, benché sia vero che la Commissione non abbia svolto i propri lavori sempre con la partecipazione di tutti i tre membri nominati, debba essere considerato un ulteriore elemento di natura sostanziale.

Sarebbe necessario compiere l'analisi della tipologia di esercizio dei poteri da parte della Commissione, con "scorporo" delle (diverse) attività esercitate.

Occorre, secondo le controparti, compiere un preciso distinguo fra "attività valutativa" in senso stretto ed "attività di mera analisi" progettuale.

Ai fini della valutazione complessiva della legittimità dell'operato dovrebbe, cioè, valutarsi la "qualità" dell'attività esercitata dalla Commissione, con scissione fra mera attività preparatoria/istruttoria e attività valutativa vera e propria.

Mentre la prima sarebbe soggetta al menzionato principio (collegio perfetto), la seconda potrebbe essere svolta e/o delegata ad uno o più soggetti componenti.

E ciò è quello che sarebbe avvenuto nel caso di specie.

La materia contesa è, dunque, quella riferita alla definizione dei diversi <ambiti e settori> rispetto ai quali la commissione può “scomporre” la propria attività, agendo anche senza il rispetto del Plenum.

Le controparti sostengono, sotto tale profilo, sostanzialmente, che sarebbe sufficiente che il collegio perfetto fosse stato rispettato nell'attribuzione dei punteggi finali relativamente a ciascuno dei sei criteri qualità, nonché del prezzo (attività collegiale risultante dal verbale n. 25),.

È incontestabile, in fatto, che in molte riunioni (7) non è stato rispettato il principio dell'integrità del collegio.

Il Collegio, esaminando il contenuto delle attività svolte in queste riunioni, ritiene che la Commissione non ha esercitato in modo legittimo la propria attività.

In 6 delle 7 sedute menzionate sono state compiute “porzioni” di analisi vera e propria dei progetti presentati e per lo più proprio in relazione all'applicazione del criterio n. 2.

Invero, nelle sedute del 12, 13, 14, 15, 16, 17 sono state svolte attività di analisi, anche “conclusive”, che non possono certo farsi rientrare in funzioni aventi natura meramente istruttoria e/o preparatoria .

La commissione è stata nominata con determinazione dirigenziale del 31 agosto 2016, e risultava così composta:

-Rosset, ingegnere, Coordinatore del dipartimento infrastrutture viabilità e edilizia residenziale dell'assessorato opere pubbliche, in qualità di <membro esperto e Presidente della commissione>;

-Dall'O', architetto, Professore associato di fisica tecnica ambientale del Politecnico di Milano, in qualità di <membro esperto in ambito impiantistico ed energetico>;

-Diotallevi, ingegnere, Professore ordinario di tecnica delle costruzioni dell'università di Bologna, in qualità di <membro esperto in ambito strutturale>.

L'analisi di progetti (o delle loro diverse "parti") implica una percezione delle caratteristiche concrete, che saranno poi oggetto di valutazione con l'attribuzione dei punteggi.

Nel caso di specie, come si riscontra nei verbali succitati, le indagini e gli apprezzamenti svolti solo da una parte della commissione, quella risultata a composizione parziale e ridotta, hanno decisamente e necessariamente influito sulla decisione finale.

La valutazione e l'attribuzione dei relativi punteggi, suddivisi nei 6 criteri predefiniti, risulta priva di correlazione fra analisi e giudizio.

La funzione della commissione risulta snaturata, in quanto le "analisi" dei progetti non sono state svolte con integrità nella sua composizione, e con dinamica congiunta e collegiale, al fine di consentire l'espressione del giudizio tecnico da parte di tutti i membri esperti, in settori diversi.

Occorre, cioè, tutelare il valore della "collegialità" nell'analisi dei progetti, per poter esprimere un adeguato giudizio, supportato, necessariamente, dall'avvenuto esame prioritario di tutti i profili che caratterizzavano i progetti della struttura, in relazione ai criteri predisposti nella lettera di invito.

Nel caso di specie è avvenuto che:

§ dal verbale 12 risulta che alla seduta del 14 ottobre 2016, sviluppatasi in due sessioni, mattutina e pomeridiana, non era

presente il commissario Diotallevi; in tale seduta riservata la commissione ha svolto, come emerge testualmente, “l’analisi di tutti i progetti per il criterio n. 6” (organizzazione del cantiere e interferenze sul traffico); per questo criterio, dunque, l’analisi è stata svolta solo da parte di due componenti;

§ dal verbale 13 risulta che lo svolgimento delle attività della commissione del 15 ottobre 2016 è stata svolta (per la seduta mattutina e pomeridiana), in parte con la presenza di due componenti (essendo assente il commissario Diotallevi); ed in parte (sessione pomeridiana) con la presenza del solo componente esperto Dall’O’, cioè in versione monocratica e senza la presenza del Presidente;

in tale riunione la commissione (in questa forma decapitata, trattandosi, a quel punto, di organismo individuale) ha “proseguito nell’analisi di tutti i progetti per il criterio n. 2 (cioè per il parametro maggiormente contestato in queste controversie), relativo alla prestazione energetica globale degli edifici, con esame delle tre relazioni; la commissione, a composizione imperfetta, non avendo incluso il “lavoro di analisi del criterio 2”, stabiliva di proseguire l’esame nella seduta successiva fissata per il 18 ottobre 2016;

§ dal verbale 14, riferito alla sessione del 18 ottobre 2016, risulta che anche qui non era presente il commissario Diotallevi; nella seduta mattutina e pomeridiana la commissione ha dunque operato con soli due componenti, “proseguendo nell’analisi di tutti i progetti per il criterio 2, con esame delle tre relazioni”; anche qui, non avendo la Commissione (rectius i due componenti) concluso l’esame dei progetti, veniva disposta la prosecuzione del lavoro di analisi, per il criterio 2, nella successiva seduta fissata al 19 ottobre 2016;

§ dal verbale 15, riferito alla seduta del 19 ottobre 2016, ove è proseguita l'attività di analisi di tutti progetti per il criterio 2, e che si è sviluppata in sessioni mattutina, dalle 8:00, e pomeridiana, risulta che il commissario Diotallevi è stato presente solo a partire dalle ore 11:30; inoltre l'altro commissario Dall'O' ha lasciato la seduta alle 17:00 (i lavori sono proseguiti fino alle 17:45);

§ dal verbale 16 relativo alla seduta del 20 ottobre 2016, ove è “proseguita l'analisi di tutti progetti per il criterio 2”, il commissario Dall'O' non era presente; espressamente da questo verbale risulta che “il lavoro di analisi del criterio 2 <si conclude> in questa seduta”;

§ dal verbale 17 del 21 ottobre 2016 la commissione ha “proseguito nell'analisi di tutti progetti per il criterio 1 (completezza del progetto definitivo); in questa sessione di lavori il commissario Dall'O' non era presente; non avendo potuto concludere il lavoro di analisi del criterio 1 la commissione disponeva la prosecuzione dei lavori nella seduta successiva del 28 ottobre 2016.

Successivamente i lavori si sono svolti (fino al verbale 23) con la presenza di tutti i 3 componenti, con assegnazione dei punteggi, per ciascun criterio, da parte di ciascun membro, per la valutazione degli elementi rapportati, essenzialmente, alla qualità strutturale e tecnologica.

Il Tribunale ritiene che solamente il verbale 24, ove non era presente il Presidente, può essere considerato privo di valore decisorio, in quanto si era verificato che due concorrenti (estranei al presente giudizio) avevano presentato, in riferimento al criterio 2, CD non leggibili. Riconoscendo la possibilità di sussistenza di mero errore

materiale la commissione “rimandava alla seduta successiva la valutazione di quanto evidenziato”.

Diversamente per tutte le altre 6 sedute, ove la Commissione ha svolto effettiva analisi dei progetti, in riferimento ai diversi criteri (anche in forma conclusiva).

Valutando questo quadro complessivo di svolgimento anomalo nei lavori della Commissione , il Collegio ritiene che sia venuta a mancare una porzione valutativa, da parte dell’ organismo integro e completo, deputato all’analisi dei progetti con applicazione dei 6 criteri predisposti dalla stazione appaltante.

L’assenza di “analisi collegiale” determina una valutazione illegittima nell’attribuzione (successiva) dei punti, ancorchè quest’ultima si sia svolta (necessariamente) con l’apporto di tutti i 3 membri, posto che ciascun esperto doveva esprimere un proprio, singolo, giudizio individualizzato.

L’attribuzione del punteggio non può che scaturire dall’analisi dei progetti, correlata alle conoscenze che ciascun membro possiede., posto che, è bene ribadirlo, le sedute dedicate all’analisi e valutazione dei progetti-offerte debbono svolgersi con il necessario contributo di tutti di i 3 componenti, esperti in settori differenziati e nominati proprio in relazione alle loro diversificate competenze.

Ciascun membro della commissione , prima dell’attribuzione del punteggio, deve poter analizzare, necessariamente collegialmente, i progetti, percependo le caratteristiche tecniche e strutturali di ciascuno.

Tale fase risulta necessaria, ineludibile ed irrinunciabile per poter esprimere successivamente, il proprio punteggio sintetico

(numerico), in ordine ai diversificati e personalizzati aspetti tecnologici-qualità presentati (dettagliati nei 6 criteri).

I diversi progetti presentano, infatti, ciascuno, soluzioni originali ed ampiamente differenziate.

L'assegnazione del punteggio doveva dunque avvenire sulla base delle (precedenti) analisi compiute ed acquisite sui progetti; con stretta correlazione tra "analisi" e "valutazione" delle caratteristiche tecniche proposte (innovative), tutte da compiersi nell'ambito del collegio perfetto.

Nel caso in esame il principio della collegialità è stato decisamente leso e non è stato rispettato.

Alcune "analisi progettuali" sono state compiute (in ben 6 casi) ad opera di due membri su tre (o addirittura in una circostanza in versione monocratica).

Dal verbale n. 13 del 15 ottobre 2016 emerge che, addirittura, è accaduto che la commissione si è assottigliata a tal punto che dalle 13:00 in poi rimanesse operativo un solo componente (Giuliano Dall'O') fino all'ultimazione dei lavori (ore 17:00).

Oltretutto si evidenzia che dai verbali 15 e 16 emerge che l' "esperto in ambito impiantistico ed energetico", Prof. Dall' O', era assente; ed in queste due sessioni riservate sono stati esaminati proprio aspetti inerenti le sue competenze (criterio 2: efficienza globale della struttura).

Tali omissioni non possono essere considerate mere "stonature" suscettibili di essere sanate, corrette e/o ratificate, in sede successiva, in particolare in fase di valutazione finale (come sostengono le controparti) con l'attribuzione del punteggio assegnato a ciascun criterio (che è avvenuta in forma collegiale con il verbale n. 25 del 18

novembre 2016 –e così non poteva che essere, dovendo i membri esprimere i propri punteggi-) da parte di tutti i commissari, con il rispetto del Collegio.

Questo Giudice ritiene che una parte rilevante dell'attività di analisi valutativa, soprattutto in riferimento al criterio 2, con analisi delle tre relazioni rilevanti, sia stata svolta da una Commissione priva di tutti i membri necessari di diritto (tre) :ciò determina la valutazione viziata dei progetti e delle offerte tecniche presentate dai concorrenti.

Pacifici principi impongono che “ciascun membro” della Commissione debba essere presente alle sedute di analisi e di valutazione delle proposte, limitando ad ipotesi del tutto residuali (qui non rinvenibili, se non, esclusivamente per il verbale 24), aventi connotazioni strettamente istruttorie, la possibilità di agire a composizione ridotta, delegando ad uno o più membri la trattazione di attività meramente preparatorie.

In considerazione delle peculiari professionalità volute e richieste per la nomina, con estrazione differenziate categorie competenti, è necessario che ogni componente sia partecipe in tutte le operazioni di analisi e di valutazione, prodromiche ed essenziali per la successiva assegnazione del punteggio.

Ciò determina la fondatezza del secondo vizio sollevato, in via principale, da Innova, con conseguente necessità di svolgimento di una nuova procedura valutativa dei progetti, a composizione integra della commissione, che qui è mancata.

L'accoglimento del motivo, di ordine procedimentale, travolge l'attività valutativa compiuta dalla Commissione , in quanto le analisi dei progetti non sono state svolte dalla Commissione nel rispetto del principio del Plenum-Collegio perfetto.

**

B3) TERZO MOTIVO,

Il terzo motivo, che è stato presentato da Innova, in via subordinata, ove si lamenta la mancanza di “sotto criteri/sotto pesi” (censura che avrebbe determinato, se fondata, l’annullamento dell’intera procedura di gara), nonché l’assenza di una motivazione specifica e puntuale nell’attribuzione dei punteggi (soprattutto in riferimento al criterio n. 2), risulta assorbito dall’accoglimento del precedente vizio sviluppato in via principale dalla stessa Innova.

C) SECONDO RICORSO DI ARCAS (n. 11/2017).

L’accoglimento della censura riferita al Collegio imperfetto, promossa nel primo ricorso Innova, determina effetti diretti sul secondo ricorso promosso da Arcas (da parte della 3^a graduata).

Arcas, che voleva ottenere l’esclusione sia di Eco Ecole che di Innova (prima e seconda graduata) per ottenere l’aggiudicazione in proprio favore, sostanzialmente viene a subire la decisione di accoglimento del primo ricorso Innova in considerazione dell’avvenuto travolgimento della gara, con conseguente necessità di una nuova valutazione di tutti i progetti presentati (compreso Arcas), ad opera di una nuova Commissione a composizione integra e perfetta, nel rispetto del “plenum”.

Quindi il ricorso principale promosso da Arcas (n.11/2017) diventa improcedibile in quanto l’accoglimento della contestazione inerente il mancato rispetto del principio del collegio perfetto nell’operato della commissione, formulata nel primo ricorso Innova, rende la procedura viziata, con necessità di rinnovo nello sviluppo valutativo dei progetti presentati dalle contendenti (il medesimo vizio era stato

formulato anche nel ricorso Arcas, ma solamente “in ulteriore subordine”).

Ogni altro profilo risulta quindi assorbito, in quanto Arcas deve, sostanzialmente, sottostare agli effetti della decisione assunta, in accoglimento, disposta nell’ambito del ricorso Innova , con conseguente travolgimento delle operazioni di analisi progettuali, e con necessità di nuova valutazione ad opera di una nuova Commissione a composizione perfetta, cioè con il suo “plenum” integro.

D) SUCCESSIVA VALUTAZIONE: da parte della STESSA Commissione o NOMINA DI UN NUOVO ORGANISMO.

Accolto il vizio procedimentale ed annullati gli atti correlati e successivi, occorre valutare gli effetti della pronuncia giurisdizionale sull’attività che deve essere compiuta , in sostituzione, della parte dichiarata illegittima.

Tematica ampiamente dibattuta è quale debba essere, in caso di accoglimento del ricorso ed in particolare del vizio procedimentale (come nel caso di specie è avvenuto), l’organismo tecnico tenuto a sviluppare la nuova valutazione dei progetti a seguito della riscontrata illegittimità nelle modalità di esplicazione delle operazioni/valutazioni eseguite dalla (prima) Commissione .

Le soluzioni, in giurisprudenza, si diversificano anche in base alle diverse situazioni di fatto:

riammissioni di soggetti esclusi; illegittima costituzione di Commissione; svolgimento di attività illegittima; omesse e/o carenti valutazioni; criteri che sorreggono la gara; esplicazione di discrezionalità, ecc...

Nel caso di specie la Commissione ha agito in violazione del principio del Collegio perfetto, determinando , con una propria valutazione illegittima, attività (parziali) che hanno determinato il travolgimento di tutta la fase valutativa, per carenza di analisi progettuale da parte di tutti i membri nominati, in sede collegiale.

Sul punto occorre innanzitutto richiamare il comma 12 dell'art. 84 del Codice 163/20016 che prevede che “in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, <è riconvocata la medesima commissione>.”

La previsione normativa contiene un'enunciazione di principio, posta a presidio della celerità e del buon andamento dell'Amministrazione, che consente la prosecuzione dei lavori.

Il legislatore ha ritenuto, con l'introduzione di tale disposizione, che, in caso di rinnovazione della gara, la conoscenza da parte dei Commissari degli atti e delle operazioni già effettuate possa giovare alla celere rinnovazione del procedimento.

Ma tale opzione deve intendersi come norma che consente (cioè in termini di possibilità/facoltà , e non anche quale vincolo/obbligo) l'affidamento dei nuovi lavori alla “stessa” Commissione.

Ma occorre evidenziare che, in materia, un orientamento giurisprudenziale (anche del Consiglio di Stato, cfr. CS sez. III n. 1409 del 13.3.2012) sostiene che l'affidamento alla stessa Commissione (in prosecuzione degli atti annullati) trova un limite insuperabile qualora tale scelta “determini una compromissione delle <esigenze di garanzia di imparzialità>, valore altrettanto preminente nell'affidamento degli appalti pubblici”.

La norma, pertanto, va interpretata nel senso che non è esclusa la possibilità di nominare una “nuova” Commissione qualora ciò dipenda dalla riscontrata necessità, nel caso concreto, di “garanzia di maggiore serenità di giudizio” .

E nel caso di specie le modalità di svolgimento dei lavori della Commissione (tolleranza delle assenze di componenti ed esercizio dei poteri valutativi a composizione ridotta) richiede che le nuove valutazioni vengano espresse ad opera di soggetti diversi. Ciò al fine di evitare la possibilità anche solo ipotetica di riprodurre una tendenziale mera ratifica e/o conferma del precedente operato compiuto da un organismo che in precedenza ha operato in composizione viziata .

A favore della possibilità di optare, preferibilmente, per la nomina di una <nuova Commissione> per l’effettuazione di tutte le attività valutative dei progetti-offerte tecniche , si è espresso con chiarezza il Consiglio di Stato, con la pronuncia già richiamata 1409 /2012 (che ha confermato Tar Lombardia sez. I, n. 452/2011 del 11.2.2011) , affermando un importante principio, al quale questo Collegio intende aderire, conformandosi alle esigenze di questo contenzioso.

Il passo fondamentale, che affronta specificamente la doverosità o meno della nomina della stessa Commissione, e che vuole dimostrare la possibilità di poter ammettere e sostenere entrambe le soluzioni, è il seguente:

“ Quanto al motivo con cui si denuncia la violazione dell’art. 84, comma 12, del codice dei contratti, la sentenza ha correttamente affermato che l’Amministrazione si è limitata a dare esecuzione alla sentenza che suggeriva la nomina di una nuova Commissione.

Va qui precisato che il comma 12 dell'art. 84 prevede che in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione.

Il legislatore ha sostanzialmente recepito quell' orientamento giurisprudenziale che ammetteva e consentiva il rinnovo delle operazioni di gara (segmento tecnico) da parte della medesima commissione.

Con l'articolo. 84 comma 12 del Codice 163/2006 si è disposto che in caso di annullamento il rinnovo delle operazione avviene da parte della medesima Commissione.

In questo quadro normativo sembrerebbe che, in via generale, la <medesima commissione> sarebbe tenuta a "rivalutare" le offerte della procedura annullata in sede contenziosa.

Va però evidenziato che la norma non "impone", né obbliga il rifacimento del giudizio da parte della stessa medesimi componenti.

Così come è stata articolata la disposizione si può sostenere che il rinnovo della valutazione e del giudizio da parte dei medesimi commissari è concepita come mera possibilità/facoltà conferita alla stazione appaltante. In un' ottica di accelerazione del nuovo procedimento.

Nonostante la presenza della disposizione normativa permane, dunque, uno spazio di apprezzamento in ordine alla sussistenza, caso per caso, di elementi di opportunità che inducano e rendano maggiormente appropriata la costituzione di una "nuova commissione".

Specie quando sia consigliabile che l'attività di valutazione, innovativa, dei progetti e delle offerte debba essere svolta da un

(nuovo) soggetto che sia caratterizzato da “piena” terzietà nell’espressione dei rinnovati giudizi tecnici, con correlata assegnazione dei relativi punteggi di valutazione.

La nomina di un <nuovo organismo> consente una maggior tutela dei valori sostanziali ed essenziali che il procedimento di gara deve garantire, dovendo selezionare, tramite procedura ad evidenza pubblica, con criterio di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il miglior contraente.

Ad avviso del Collegio la previsione normativa contiene una facoltà, un’enunciazione di principio, posta a presidio della celerità e del buon andamento dell’Amministrazione, e sottintende che nell’ipotesi di rinnovazione dell’intera gara la conoscenza degli atti e delle operazioni già effettuate possa giovare alla celere rinnovazione del procedimento, a condizione che ciò non si risolva nella compromissione della garanzia di imparzialità, valore altrettanto preminente negli affidamenti pubblici.

La norma, pertanto, va interpretata nel senso che non è esclusa la possibilità di nominare una nuova Commissione <se garanzia di maggiore serenità di giudizio>.

E’ quanto accaduto nell’ipotesi in esame, in cui l’annullamento parziale dell’aggiudicazione, solo per quanto riguardava l’attribuzione di un singolo punteggio, era stato determinato dalla necessità di un’indagine più approfondita e una motivazione meno superficiale con riguardo all’applicazione di un sub-criterio di valutazione delle offerte, e su tale esito aveva anche influito la circostanza che si era verificata in seno alla precedente Commissione la spaccatura tra membri interni e membri esterni (cfr. pag. 10 sentenza n. 452/2011). Riconvocare la medesima Commissione avrebbe, dunque,

comportato il rischio di rinnovare anche il contrasto interno alla Commissione ed il rischio di condizionamenti preconcetti di giudizio.

La scelta dell'Amministrazione, aderendo al suggerimento della sentenza n. 1871/2010, in quanto più idonea a salvaguardare l'imparzialità dell'organo tecnico, non appare censurabile.”

Questa è la chiara posizione del Consiglio di Stato, che questo Collegio intende condividere.

Dunque in caso di <rinnovo del procedimento di gara> a seguito di annullamento dell'aggiudicazione (o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti) è da considerarsi legittima la nomina di una <nuova Commissione> di gara qualora ciò garantisca maggiore serenità di giudizio (nonostante la vigenza del comma 12 dell'art. 84 del codice dei contratti che prevede la riconvocazione della stessa commissione).

Ad avviso del Collegio l'esistenza di tale previsione normativa non impedisce la possibilità di nomina di una <diversa commissione>, a composizione differenziata.

Sussiste la possibilità di nomina di una nuova Commissione ogniqualvolta ciò sia necessario per garantire un (nuovo) libero e sereno giudizio.

Nel nostro caso l'annullamento giurisdizionale colpisce proprio la scelta che è stata effettuata, ripetutamente, ed in fasi “essenziali” valutative, dai componenti della Commissione.

Considerando tale peculiare aspetto si ritiene sussistano motivazioni sufficienti per disporre il rinnovo delle operazioni ad opera di una “diversa” commissione giudicatrice, cioè di una Commissione di esperti diversi da quelli in precedenza selezionati.

E ciò affinché sia tutelato e premiato il valore della terzietà nell'espressione dei giudizi, che non debbono essere condizionati da quelli precedentemente, illegittimamente, espressi.

Nel nostro caso, per come si sono svolti i fatti, il principio di terzietà deve essere garantito e deve trovare tutela (nella nuova futura fase) evitando anche solo in via ipotetica che la vecchia commissione, sanzionata per omesso rispetto del principio del collegio perfetto, possa rielaborare giudizi diretti ad effettuare una mera "sovrapposizione" delle analisi e delle valutazioni precedentemente espresse, in modo anomalo, esplicando un potere di "pseudo ratifica".

In definitiva , si ritiene che dalla norma citata non derivi un vincolo/obbligo di rivalutazione da parte della "medesima" Commissione, essendo facoltativo e non doveroso il riutilizzo della medesima composizione.

E tale considerazione deve essere esplicitata soprattutto quando la selezione sia retta, come nel nostro caso, dal criterio dell' "offerta economicamente più vantaggiosa" (e non con il diverso criterio, semplice ed automatico, del massimo ribasso), con conseguente esercizio di ampia discrezionalità tecnica.

I nuovi Commissari , che verranno nominati, avranno la possibilità di "riconsiderare" le soluzioni progettuali in completa autonomia di giudizio, senza condizionamenti pregressi.

La norma del codice, comma 12 dell'art. 84 del Codice 163/2006 non distingue (ovviamente) le diverse tipologie di vizi che sono stati oggetto di accoglimento da parte dal giudice e che hanno determinato l'annullamento della procedura.

La disposizione normativa è diretta, dunque, solo a “consentire” il rinnovo delle valutazioni (anche) da parte della <stessa> commissione, a prescindere dalle motivazioni per le quali l'impugnazione è stata accolta (annullamento esclusioni ed ammissioni; annullamento aggiudicazione).

Senza precisare in quale fase tale possibilità sia ammessa :

cioè se l'annullamento interviene a procedimento ancora in corso, a buste chiuse, con tutela di ammissioni/esclusioni;

oppure se sopraggiunge dopo l'intervenuta aggiudicazione finale con completamento e definizione della procedura di gara (graduatoria).

Nel nostro caso va evidenziato che il vizio che è stato accolto, di natura procedimentale, attiene proprio alla modalità di svolgimento dei lavori da parte della commissione ed in particolare nelle modalità di esplicazione delle attività principali di “analisi” dei progetti.

Sussistendo questa stretta correlazione tra attività censurata ed elaborazioni tecniche da rinnovare, si ritiene che l'utilizzo di una commissione composta da membri diversi corrisponda ad imprescindibili esigenze di terzietà.

Infine occorre considerare un altro delicato aspetto.

La problematica della rivalutazione dei progetti “a buste aperte”.

Sul punto si richiama la pronunzia del Consiglio di Stato, sezione VI, n. 4514 del 4/9/2014, che si è conformato con quanto in precedenza sostenuto dalla Adunanza Plenaria con la sentenza 26 luglio 2012 n. 30, che ha ritenuto possibile la rinnovazione da parte della stessa Commissione di gara del solo <segmento di gara della valutazione dei progetti tecnici> in luogo della ripetizione dell'intera gara, <anche quando siano state già conosciute le offerte economiche> dei concorrenti.

Così si è espresso il Consiglio di Stato:

“Del resto, anche l'Adunanza Plenaria con la sentenza 26 luglio 2012, n. 30 ha ritenuto possibile la rinnovazione da parte della stessa Commissione di gara del solo segmento di gara della valutazione dei progetti tecnici in luogo della ripetizione dell'intera gara, anche quando siano state già conosciute le offerte economiche dei concorrenti”.

Ammettendo, in quel caso, che avrebbe dovuto essere rinnovato il solo tratto procedimentale relativo alla valutazione delle offerte con rinnovo ad opera della stessa Commissione di gara.

La tematica risulta, peraltro, estremamente controversa in quanto recentemente, invece, lo stesso Consiglio di Stato, con la pronuncia, Sez. III, del 24-11-2016 n. 4934 (confermando Tar Piemonte, I, 367/2016) , ha affermato che dovrebbe prevalere, invece, il principio di segretezza, sostenendo che:

“In caso di annullamento dell'aggiudicazione definitiva per illegittima costituzione della commissione giudicatrice, la valutazione del nuovo seggio non può riguardare le medesime offerte già presentate dagli operatori economici pena l'inevitabile violazione del principio di segretezza che governa tutte le procedure ad evidenza pubblica”.

In punto di rinnovo delle operazioni di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di un concorrente, si rileva, quindi, che non vi è univocità giurisprudenziale. Confrontandosi opposti valori: di segretezza, da un lato, e di effettività della tutela, dall'altro.

Una parte della giurisprudenza ritiene che il “principio di segretezza” delle offerte non sia inderogabile in senso assoluto, dovendo essere coordinato con altri principi quali l'effettività della tutela

giurisdizionale e l'eseguibilità dei giudicati. Ben potendo essere utilizzati i criteri di massima predeterminati e non travolti dal giudicato.

Il principio di segretezza non rappresenterebbe, dunque, il valore prevalente, essendo necessario che questo sia coordinato con altri fondamentali principi :

la conservazione, l'efficienza, la buona amministrazione, l'economicità posti a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, che costituisce principio generale cardine (cfr. art. 1 del d.lgs. n. 104 del 2010).

I diversi orientamenti sono stati diffusamente richiamati ed illustrati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 30 del 2012 (chiamata a pronunciarsi dalla VI Sezione con sentenza parziale n. 2515/12 e contestuale rimessione di questione all'adunanza plenaria).

L'A.P., sostenendo il principio della prevalenza della prosecuzione della gara (con conservazione delle offerte) ritiene esplicitamente che "affermare che dopo il giudicato favorevole debba aprirsi una fase di presentazione di <nuove offerte> sia da parte del ricorrente vincitore sia da parte degli altri concorrenti, significa mutare l'interesse finale riconosciutogli in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova. Il che non appare all'evidenza aderente alla reale portata della pronuncia favorevole ottenuta".

Affermando, inoltre, che "la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto

almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara”.

Si è pienamente consapevoli che in questo contesto interpretativo, non certo unanime, il Consiglio di Stato, Sez. III del 24.11.2016 n. 4934 , nonostante il principio affermato dall’ AP del 2012, si è espresso in modo opposto, discostandosi, ritenendo, in un caso di annullamento dell’aggiudicazione definitiva per illegittima costituzione della commissione giudicatrice, che:

“la valutazione del nuovo seggio non può riguardare le medesime offerte già presentate dagli operatori economici pena l’inevitabile violazione del principio di segretezza che governa tutte le procedure ad evidenza pubblica.

Se è vero, infatti, in via generale, che l’annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori, è anche vero che tale regola dev’esser armonizzata e coordinata, nelle procedure di aggiudicazione di un appalto, con il principio che impone la segretezza delle offerte (a tutela dell’imparzialità delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti).

Tale regola implica che -nei casi in cui la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell’offerta tecnica e quella dell’offerta economica (come nel caso in esame, in cui la stazione appaltante ha scelto il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa)- le offerte economiche devono restare segrete fino alla conclusione della fase relativa alla valutazione di quelle tecniche (Ad Plen., 26 luglio 2012, n.30; ex multis Cons. St,

sez. IV, 29 febbraio 2016, n.824), a presidio della genuinità, della trasparenza e della correttezza delle operazioni valutative (che resterebbero irrimediabilmente compromesse e inquinate da un'anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche).

Orbene, nella fattispecie controversa il principio appena enunciato è rimasto vulnerato per effetto della ripetizione delle operazioni valutative (da parte della nuova Commissione) dopo che le offerte tecniche ed economiche erano state, non solo conosciute, ma addirittura valutate dalla Commissione originariamente nominata (con atto poi rimosso dalla stazione appaltante in via di autotutela).

La valutazione di offerte inserite in buste già aperte (entrambe) implica la violazione del principio di segretezza delle offerte, per come sopra definito, nella misura in cui l'attività valutativa si è concentrata su offerte i cui contenuti avevano ormai irrimediabilmente perso i caratteri indefettibili della riservatezza e dell'anonimato, essendo stati già conosciuti (perlomeno dagli originari commissari e dalle imprese concorrenti)”

Risulta, dunque, nonostante l'espressione del supremo Consesso (AP 30/2012), ancora tematica fortemente aperta e dibattuta. Ed influenzata ampiamente dalle diverse situazioni di fatto che molto incidono nella valutazione delle interferenze che si creano fra i valori in gioco.

La caratterizzazione della fattispecie in concreto (con tutti i numerosi fattori che rilevano, soprattutto, nelle modalità di esercizio dei poteri) fanno scaturire pronunzie differenziate, che creano un certo sgomento ed una inevitabile incertezza.

Alla luce di tale (estremamente variegato) contesto il Collegio ritiene che potrà essere rinnovato il solo segmento procedimentale

concernente la valutazione delle offerte tecniche già presentate attività che dovrà essere compiuta ad opera di una Commissione di gara composta da diversi esperti (in applicazione dei principi già sopra illustrati, a tutela dei principi di terzietà).

In conclusione:

- * va respinto il ricorso incidentale proposto (nel primo ricorso) dall'aggiudicataria Eco-Ecole contro Innova; i cinque vizi sollevati sono essenzialmente di ordine tecnico e le valutazioni compiute non si appalesano viziate da macroscopiche illegittimità;
- * va respinto il ricorso incidentale proposto (nel secondo ricorso), da Innova contro Arcas; i quattro vizi sollevati sono essenzialmente di ordine tecnico e le valutazioni compiute dalla Commissione non risultano viziate da manifeste ed arbitrarie illegittimità;
- * il primo ricorso principale di Innova va parzialmente accolto (respinto il primo vizio, esplicando valutazioni di merito) per fondatezza del secondo motivo, a causa dell'avvenuto esercizio di una parte dei poteri valutativi ad opera di un Collegio "imperfetto" (con assorbimento del terzo motivo);
- * con conseguente annullamento degli atti impugnati dall'inizio della fase di valutazione delle offerte tecniche (progetti);
- * con necessità di nomina di una "nuova" Commissione che espletterà le analisi e le valutazioni dei contenuti delle proposte tecniche progettuali e realizzative presentate dai concorrenti a composizione integra e completa, nel rispetto del principio del collegio perfetto, per ogni attività di analisi prodromica e necessaria per espletare poteri valutativi ;

* il secondo ricorso Arcas (della terza graduata) diviene improcedibile in quanto la procedura di valutazione risulta travolta, per effetto dell'accoglimento del vizio procedimentale sviluppato in via principale con il primo ricorso Innova; gli atti espletati dalla Commissione a composizione imperfetta risultano rimossi, in radice; con la conseguenza che non sussiste alcuno spazio di valutazione delle censure (proposte da Arcas in via principale) e finalizzate ad ottenere le "esclusioni" di due partecipanti (Eco-Ecole e Innova, rispettivamente collocati in graduatoria al primo e secondo posto).

In considerazione della complessità dei plurimi contenziosi le spese di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

* respinge i ricorsi incidentali (di Eco Ecole e di Innova);

* accoglie parzialmente il primo ricorso principale Innova (per il secondo motivo; respinto il primo e assorbito il terzo); con annullamento dei provvedimenti impugnati e degli atti di gara compiuti dalla Commissione giudicatrice, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione

* con necessità di nomina di una "nuova" Commissione per la riedizione dei poteri valutativi, nel rispetto del principio della collegialità integrale e del collegio perfetto;

* dichiara improcedibile il secondo ricorso principale, quello di Arcas (terza graduata) in quanto la procedura di valutazione risulta travolta con l'accoglimento del vizio procedimentale sviluppato in via principale con il primo ricorso principale Innova;

Spese processuali compensate tra le parti.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Carlo Buonauro, Consigliere

L'ESTENSORE

Grazia Flaim

IL PRESIDENTE

Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO