

Pubblicato il 07/08/2017

N. 00263/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00062/2017 REG.RIC.

 logo

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 Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 62 del 2017, proposto da:
CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L., in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Francesco Zaccone e Francesco Mollica, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Zaccone in Roma, via
Emanuele Gianturco 6;

contro

Fondazione Söll Brunico, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Daniel Rudi Ellecosta,
Giandomenico Pittelli, con domicilio eletto presso lo studio del
secondo in Bolzano, via duca d'Aosta, n. 100;

Provincia Autonoma di Bolzano, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Unionbau S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del
costituendo RTI con le imprese Vitralux S.r.l., Elpo S.r.l., Mader

S.r.l. e Tischlerei Gruber S.n.c., che agiscono sia in qualità di mandanti del suddetto RTI, sia in proprio, e Moser & Co. S.r.l., tutte rappresentate e difese dagli avvocati Gerhard Brandstätter e Andreas Widmann, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Bolzano, via dott. Streiter n. 12;

Con il ricorso principale

per l'annullamento, previa adozione delle opportune misure cautelari - degli atti e delle operazioni concernenti la procedura aperta indetta dalla Fondazione Söll Brunico ex D.lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di “Ristrutturazione e ampliamento del vecchio Municipio p.ed. 264/1 p.f. 160 a Brunico”, nella parte in cui con gli stessi la S.A. ha ammesso alla procedura il RTI Unionbau, valutato la relativa offerta ed aggiudicato a questi l'affidamento, anziché all'odierno ricorrente (secondo classificato) previa esclusione e/o corretta valutazione dell'offerta del RTI controinteressato e, in particolare:

- del provvedimento di aggiudicazione della procedura in favore del RTI Unionbau datato 20.2.2017 e comunicato a mezzo pec all'odierno ricorrente in pari data;
- della proposta di aggiudicazione e della relativa approvazione;
- del non altrimenti conosciuto provvedimento di ammissione alla procedura del RTI Unionbau, mai pubblicato sul profilo del Committente ex art. 29 D.lgs. 50/2016 e 120 c.p.a.;
- di tutti i provvedimenti, gli atti e verbali (anche istruttori) delle sedute pubbliche e riservate in cui si è articolata la procedura di gara, anch'essi non pubblicati sul profilo del committente e sul portale di cui all'art. 29 del D.lgs. 50/2016, nella misura in cui a mezzo degli stessi si è disposta l'ammissione alla procedura del RTI Unionbau, si è successivamente proceduto alla valutazione della relativa offerta e,

quindi, all'aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI Unionbau, anziché alla sua esclusione e comunque all'aggiudicazione in favore dell'odierno ricorrente (ancorché non tutti conosciuti);

- della richiesta dd. 17.2.2017 e del conseguente sub-procedimento di soccorso istruttorio avviato dalla S.A. in favore del RTI Unionbau;

- della graduatoria di gara;

- degli atti e delle valutazioni di valutazione delle offerte tecniche;

- della clausola della *lex specialis* recante la previsione della formula di attribuzione del punteggio alle offerte economiche, ovvero, in subordine della *lex specialis* e dell'intera procedura di gara in vista di una sua corretta riedizione;

- degli atti e delle risultanze delle operazioni di verifica del possesso dei requisiti generali di moralità di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016 e dei requisiti speciali di qualificazione dichiarati in gara dal RTI Unionbau;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente, ancorché non conosciuto; con richiesta di subentro della società ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il RTI Unionbau, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare la gara;

- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

Con il ricorso incidentale presentato da Unionbau S.r.l. il 27.4.2017, ove occorra, per l'annullamento in via incidentale degli atti e le operazioni concernenti la procedura aperta indetta dalla Fondazione Söll di Brunico ex D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di “Ristrutturazione e ampliamento del vecchio Municipio P.Ed. 264/1, P.F. 160 a Brunico”, nella parte in cui con gli stessi la S.A. non ha escluso/ha ammesso alla procedura CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L.; ha ritenuto completa la documentazione tecnica allegata a corredo dell'offerta tecnica di CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L.; ha ritenuto che l'offerta tecnica di CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L. rispetti i requisiti e le caratteristiche minime prescritte dal Fascicolo valutazione delle qualità ed ha valutato la relativa offerta e, in particolare:

- del non conosciuto provvedimento di ammissione alla procedura del CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L., mai pubblicato sul profilo del Committente ex art. 29 D.Lgs. 50/2016 e 120 c.p.a.;
- di tutti i provvedimenti, gli atti e verbali (anche istruttori) delle sedute pubbliche e riservate in cui si è articolata la procedura di gara ed in particolare dei verbali d.d. 23.1.2017, 24.1.2017, 25.1.2017, 26.1.2017, 3.2.2017, 6.2.2017 e 16.2.2017 nonché di quelli non conosciuti, tutti non pubblicati sul profilo del committente e sul portale di cui all'art. 29 del D.Lgs. 50/2016, nella misura in cui a mezzo degli stessi si è disposta l'ammissione alla procedura del CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L. e si è successivamente proceduto alla valutazione della relativa offerta, anziché alla sua esclusione;

- ed in particolare del verbale d.d. 25.01.2017 con cui la documentazione tecnica di CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L. è stata giudicata completa procedendo alla valutazione della relativa offerta tecnica; del verbale d.d. 3.2.2017 con cui la Commissione di gara ha ritenuto che il campione di CEC sia stato presentato in maniera regolare (v. doc. 21 di Söll);
- della graduatoria di gara (v. doc. 37 di Söll);
- degli atti e delle valutazioni delle offerte tecniche conosciuti e non conosciuti ed in particolare dei verbali della Commissione tecnica di gara d.d. 25.1.2017, 26.1.2017, 6.2.2017 e relativi allegati nei quali si è proceduto alla valutazione tecnico – qualitativa dell'offerta di CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L (v. doc. 22 di Söll); delle Tabelle di attribuzione punti e motivazioni (v. doc. 23 di Söll);
- degli atti e delle risultanze delle operazioni di verifica del possesso dei requisiti generali di moralità di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 e dei requisiti speciali di qualificazione dichiarati in gara dal CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L.;
- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente, ancorché non conosciuto;”

Con richiesta di rigettare il ricorso principale proposto da CEC – Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L., in quanto inammissibile, improcedibile ed infondato, ove occorra previo annullamento in via incidentale degli atti di gara in parte qua.

Visti il ricorso principale e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale e i relativi allegati della parte controinteressata;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Söll Brunico, della Unionbau S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con le imprese Vitralux S.r.l., Elpo S.r.l., Mader S.r.l. e Tischlerei Gruber S.n.c., che agiscono sia in proprio, sia in qualità di mandanti del suddetto RTI, e della Moser & Co. S.r.l.;

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 7 giugno 2017 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori: avv. F. Zaccone per la parte ricorrente; avv.ti D.R. Ellecosta e G.D. Pittelli per la Fondazione Söll Brunico; avv. A. Widmann per la parte controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 30.11.2016 la Fondazione Söll Brunico indiceva una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "Ristrutturazione e ampliamento del vecchio municipio pe. 264/1 pf. 160 a Brunico". L' "Importo complessivo dei lavori in appalto" veniva stimato in euro 9.435.223,94, ivi compresi gli "Oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso", fissati in euro 496.620,06; sicché, per differenza, l' "Importo dei lavori posto a base di gara" risultava di euro 8.938.603,88; tutti gli importi IVA esclusa.

Quale criterio di aggiudicazione veniva scelto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 33 l.p. 16/2015 e art. 95 d.lgs. 50/2016, che prevedeva l'assegnazione massima di 60 punti per la

qualità – da attribuirsi in base ai criteri indicati nella c.d. tabella “criteri di valutazione”, e di 40 punti per il prezzo.

Partecipavano alla gara il Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L. e il RTI controinteressato. All’esito delle operazioni di gara e delle valutazioni delle offerte, l’appalto veniva aggiudicato al RTI Unionbau con 94,57 punti (60 punti conseguiti per la qualità e 34,57 punti per il prezzo), mentre la ricorrente CEC conseguiva 65,97 punti (25,97 punti conseguiti per la qualità e 40 punti per il prezzo).

Di un tanto la stazione appaltante dava comunicazione alle concorrenti con comunicazione dd. 20.2.2017.

Con il presente ricorso parte ricorrente impugna sia l’ammissione dell’aggiudicatario RTI Unionbau alla gara, sia il provvedimento di aggiudicazione e i connessi atti e chiede:

in via principale, previa sospensione della loro efficacia, l’annullamento degli stessi e l’aggiudicazione in proprio favore; il subentro nel contratto eventualmente stipulato, previa dichiarazione d’inefficacia del contratto stesso, non comportando i vizi dedotti l’obbligo di rinnovare la gara;

in via subordinata, in accoglimento delle doglianze dedotte con il VII mezzo di ricorso, disporre la caducazione della clausola di gara relativa all’attribuzione del punteggio all’offerta e la conseguente aggiudicazione in favore del ricorrente, ovvero la rinnovazione della fase di valutazione delle offerte economiche e tecniche;

in via subordinata, ove la pretesa al conseguimento del bene della vita richiesto dovesse risultare impossibile, la condanna dell’ente intimato al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla

mancata esecuzione dell'appalto, nella misura da quantificare in corso di causa.

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi d'impugnazione:

I. Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara, avuto particolare riguardo alle previsioni di cui ai §§ 2.5. e 2.5-bis. Violazione e/o falsa applicazione di tutte le norme ed in particolare degli artt. 48, 52, 83, co 9, e 94 del d.lgs. 50/2016 in punto di modalità e condizioni di presentazione dell'offerta. Disciplinare in punto di sottoscrizione dell'offerta economica. Difetto assoluto di sottoscrizione dell'offerta. Difetto di un elemento essenziale dell'offerta. Violazione dei principi di certezza, riferibilità e d'inviolabilità dell'offerta. Difetto dei requisiti di genuinità dell'offerta. Violazione dei principi di trasparenza e par condicio competitorum. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e perplessità di comportamento;

II. Violazione dei principi di unicità, certezza e determinatezza dell'offerta, genuinità e trasparenza. Violazione degli artt. 83, co 9, 94 e 95 del d.lgs. 50/2016. Sulla natura duplice ed indeterminata dell'offerta economica del RTI Unionbau. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e perplessità di comportamento.

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 32, 48, 83, co. 9, del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 120 c.pa. Violazione dell'art. 92 del d.p.r. 207/2010. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi punto di RTI, qualificazione degli RTI e validità del modulo partecipativo prescelto. Violazione del principio che impedisce alle imprese cooptate di partecipare al raggruppamento. Violazione del principio di immutabilità del

RTI. Indeterminata e assoluta equivocità della forma associativa adottata. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria. Violazione della par condicio competitorum;

IV. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 32, 48, 83, co. 9, del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 120 c.p.a. Violazione dell'art. 92 del d.p.r. 207/2010. Violazione delle clausole del disciplinare di gara in punto di qualificazione degli RTI. Violazione e falsa applicazione delle norme primarie e dei principi punto di RTI, qualificazione degli RTI e di qualificazione delle mandanti dei raggruppamento o sub-raggruppamenti orizzontali;

V. Incertezza, indeterminatezza ed aleatorietà dell'offerta avversaria. Violazione dei livelli minimi salariali. Violazione e /o falsa applicazione degli artt. 23, 95 e 97 del d.lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, co 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016.

VI. Violazione del principio di segretezza dell'offerta economica. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento.

VII. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 94, 95 e 213 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle regole di trasparenza, par condicio, genuinità della competizione, concorrenza e buon andamento. Difetto di proporzionalità e ragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica ed all'offerta tecnica illegittimità della clausola di gara relativa all'attribuzione del punteggio all'offerta economica poiché importante l'appiattimento dei punteggi attribuibili.

Manifesta erroneità, incongruità ed irragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica. Contraddittorietà, illogicità erroneità, irragionevolezza e disparità di trattamento nella valutazione delle offerte. Sviamento di potere.

In via subordinata: illegittimità dell'intera procedura

VII.a. Illegittimità relative alla valutazione dell'offerta economica;

VII.b. In via subordinata, laddove la superiore richiesta non dovesse trovare ingresso, per le medesime ragioni su esposte si chiede l'annullamento dell'intera procedura in vista della sua corretta riedizione;

VII.c. Illegittimità relative alla valutazione dell'offerta tecnica, strutturata sulle sotto - censure A.), B.), C.) D.) ed E.).

Parte ricorrente formula, inoltre, istanza istruttoria per l'esibizione in giudizio dell'intera offerta presenta in gara dall'aggiudicataria.

Si sono costituiti in giudizio la Unionbau S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI controinteressato, Vitralux S.r.l., Elpo S.r.l., Mader S.r.l. e Tischlerei Gruber S.n.c., che agiscono sia in proprio, sia in qualità di mandanti del suddetto RTI, e la Moser & Co. S.r.l., proponendo ricorso incidentale, con il quale impugnano l'ammissione alla gara del RTI avversario e chiedono il rigetto del ricorso principale, ove occorra previo annullamento degli atti di gara indicati nel suddetto ricorso incidentale.

All'udienza in camera di consiglio del 4.4.2017 parte ricorrente, preso atto del dichiarato impegno della stazione appaltante di non stipulare il contratto fino alla decisione della presente causa in primo grado, ha rinunciato all'istanza cautelare. Alla pubblica udienza del 7.6.2017, sentite le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

La difesa della resistente Fondazione Söll Brunico (di seguito Söll) ha chiesto, ai sensi dell'art. 120, comma 9, c.p.a., l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che è stato pertanto pubblicato il 9.6.2017.

DIRITTO

E' oggetto di causa la procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "Ristrutturazione e ampliamento del vecchio municipio p.ed. 264/1 p.f. 160 a Brunico", alla quale hanno partecipato soltanto due concorrenti: il RTI Unionbau, aggiudicatario, e il CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. a R.L. (di seguito Consorzio CEC), secondo classificato.

Per economia processuale il Collegio procederà in via prioritaria all'esame del ricorso principale proposto dal Consorzio CEC, la cui infondatezza comporta l'improcedibilità per carenza d'interesse del ricorso incidentale proposto dal controinteressato RTI Unionbau.

Si premette, in riferimento all'istanza istruttoria di parte ricorrente, che, dopo un primo diniego, la stazione appaltante ha consentito l'accesso e l'estrazione in copia della documentazione di gara relativa al raggruppamento aggiudicatario.

Si dà altresì atto che all'udienza del 7.6.2017, in sede di discussione di merito della presente causa, parte ricorrente, preso atto delle argomentazioni portate in giudizio dal controinteressato RTI Unionbau, ha rinunciato al primo motivo d'impugnazione, riferito all'asserita mancata sottoscrizione digitale dell'offerta economica.

Si procede, pertanto, all'esame di merito del ricorso, iniziando con l'esame del secondo motivo d'impugnazione.

Parte ricorrente afferma che l'offerta economica del RTI Unionbau sarebbe viziata da incertezza e duplicità, perché l'importo complessivo di euro 9.317.243,68, indicato nell'offerta economica, non coincide con quello complessivo di euro 9.319.243,69 risultante nell'Allegato C1 - "Lista delle categorie e lavorazioni" - del disciplinare di gara, risultando una discordanza di euro 2.000,01.

Effettivamente, tale discordanza è rilevabile dalla documentazione in atti (cfr. doc. nn. 6 e 10 di Söll).

Va tuttavia osservato che si tratta di un evidente errore materiale, involontariamente causato dalla stazione appaltante e, come tale, riconosciuto dalla stessa commissione di gara.

Nel disciplinare di gara gli importi relativi ai lavori e agli oneri di sicurezza erano stati indicati come segue: “Importo complessivo dei lavori in appalto (compresi oneri per la sicurezza): euro 9.435.223,94. -, I.V.A. esclusa; Oneri per l’attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso d’asta: euro 496.620,06. -, I.V.A. esclusa; Importo dei lavori posto a base di gara (esclusi oneri per la sicurezza): euro 8.938.603,88. -, I.V.A. esclusa”, ed anche a pagina 5 dello stesso disciplinare gli oneri di sicurezza venivano indicati nell’importo di euro 496.620,06.

Tuttavia, nell’allegato C1 al disciplinare di gara “lista delle categorie di lavorazioni e forniture – offerta con prezzi unitari”) l’importo per gli oneri di sicurezza veniva indicato nel diverso importo di euro 498.990,06 (cfr. doc. 6 di Söll).

In altri termini, nel disciplinare di gara i costi di sicurezza erano stati indicati in Euro 496.620,06 mentre nei fogli Exel precompilati, riferiti alla “Offerta” e agli “Oneri di sicurezza”, dell’Allegato C1, erano stati indicati in Euro 498.990,06.

Come dato atto dalla commissione di gara nel verbale di seduta del 16.2.2017, si tratta di un mero errore materiale nel quale è incorsa la stazione appaltante. Verbalizza infatti la suddetta Commissione che “A causa di un errato inserimento dei costi per la sicurezza (non soggetti a ribasso) da parte della stazione appaltante, risulta un’incongruenza negli allegati C e C1 di entrambi gli offerenti. Ciò

non comporta alcuna irregolarità nel calcolo del punteggio economico, considerato che quest'ultimo viene calcolato sul prezzo al netto dei predetti costi. Per l'importo complessivo offerto e l'aggiudicazione prevale il contenuto dell'allegato C1" (cfr. doc. n. 21 di Söll).

Tale errore non inficia, in effetti, l'unicità dell'offerta dell'aggiudicatario RTI Unionbau perché, come statuito dal disciplinare di gara, l'importo dei lavori posto a base di gara, pari ad euro 8.938.603,88 IVA esclusa, era al netto degli oneri per la sicurezza per espressa previsione dell'art. 1, par. 2.1 del disciplinare di gara. Conformemente, anche il successivo punto 2.5bis del disciplinare precisava che "non sono stati soggetti a ribasso d'asta tutti i costi della sicurezza, sia i costi della sicurezza speciali, elencati nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (articolo 100 d.lgs. 81/2008) - nell'ammontare indicato nel bando di gara, nel capitolato speciale d'appalto e nel piano di sicurezza e di coordinamento, sia i costi della sicurezza di legge, già compresi nella misura fissa del 1% in ogni singolo prezzo unitario così come risultante dal computo estimativo, e di impegnarsi a destinare tali importi a misure di sicurezza sul cantiere" (cfr. doc. n. 2 di Söll).

Sia nell'allegato C "Offerta economica ", sia nell'allegato C1 "Verzeichnis der Arbeiten und Lieferungen Angebot mit Einheitspreisen" depositati da Unionbau in sede di gara, l'importo a base d'asta senza oneri di sicurezza indicato dal RTI Unionbau è sempre di euro 8.820.623,63 (cfr. doc. nn. 5 e 6 di Söll). L'ammontare degli oneri di sicurezza non poteva dunque incidere sulla valutazione dell'offerta economica. Correttamente, dunque, la Stazione appaltante ha affermato che il "punteggio economico, ...

viene calcolato sul prezzo offerto al netto dei predetti costi. Per l'importo complessivo offerto e l'aggiudicazione prevale il contenuto dell'allegato C1", superiore a quello indicato nell'allegato, peraltro generato automaticamente dal sistema.

Da quanto appena illustrato consegue che, a differenza del caso deciso dal Consiglio di Stato con la sentenza 15.2.2016, n. 627, che viene richiamata a proprio favore dalla parte ricorrente, l'offerta del RTI aggiudicatario non si prospetta, nel caso di specie, indeterminata e/o duplice.

Con il terzo motivo d'impugnazione parte ricorrente lamenta, anzitutto, la mancata pubblicazione, in violazione alla previsione di cui all'art. 29 del d.lgs. 50/2016, dei provvedimenti di ammissione / esclusione dei concorrenti. Osserva il Collegio che un tanto non inficia di per sé la procedura di gara, rilevando soltanto in ordine al termine ultimo concesso, ai sensi dell'art. 120 c.p.a., per l'impugnazione degli stessi, fermo restando che, per quanto attiene al dies a quo, esso non può che decorrere dalla ricezione o piena conoscenza degli stessi; id est, nel caso di specie, dalla comunicazione dd. 20.2.2017 di intervenuta aggiudicazione della procedura.

Il Consorzio CEC lamenta, poi, la violazione del principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei, sancita dall'art. 48, commi 9 e 19 del d.lgs. n. 50/2016.

In breve: nella domanda di partecipazione e dichiarazione di impegno a costituirsi in RTI le imprese controinteressate avrebbero esplicitato le quote di partecipazione al RTI da ciascuno assunte, le quote di qualificazione da ciascuna spese, ed avrebbero indicato le rispettive quote di esecuzione dei lavori. Lamenta il ricorrente che

l'impresa Moser & Co. GmbH, seppur indicata come impresa cooptata, si sarebbe comportata come una mandante ed assume che "l'acquisizione di una quota di partecipazione al RTI implica necessariamente la spendita di qualificazione SOA in misura pari alla quota acquisita; di tal che l'assunzione di una quota di partecipazione al RTI è ontologicamente preclusa ad un'impresa che vorrebbe figurare nella veste di cooptata. E tuttavia, Moser & Co. GmbH pur sprovvista di qualificazione SOA in OG1 ha assunto una quota di partecipazione al RTI per detta categoria. La Moser & Co. GmbH, dunque, ha operato alla stregua di una vera e propria mandante, pur non possedendo le qualificazioni richieste. Quale risvolto di tale invalido modulo associativo, il RTI Unionbau è venuto a qualificarsi nella categoria OG1 per il 97,64 %, residuando un 2,36 % di qualificazione nella predetta categoria non "coperta" e spesa da alcun altro associato, poiché assunta e spesa indebitamente da Moser & Co. GmbH. Pertanto, il RTI Unionbau non risulta validamente qualificato nella categoria OG1, residuando un porzione di qualificazione non apportata da alcun partecipante al raggruppamento". Aggiunge, inoltre, che la Moser & Co. GmbH avrebbe posto in essere anche altri adempimenti propri delle mandanti e preclusi alla cooptata, quali ad esempio: - figurare nella e rilasciare (assieme al RTI Unionbau) la polizza fideiussoria; - sottoscrivere gli elaborati di offerta tecnica e l'offerta economica.

Un tanto premesso, osserva il Collegio che, come dedotto dalle controparti, la Moser & Co. s.r.l. è stata sin dall'inizio espressamente indicata quale impresa cooptata ("kooptiertes Mitglied") del RTI Unionbau, costituito dalla mandataria Unionbau s.r.l. e dalle

mandanti Vitralux s.r.l., Elpo s.r.l., Mader s.r.l. e Gruber s.r.l. (cfr. doc. n. 9 di RTI Unionbau).

E' invero innegabile che, nel modulo attinente la composizione del RTI, in corrispondenza alla posizione della Moser & Co. s.r.l., risultava nella tabella, sotto la voce "Anteil Beteiligung" (quota di partecipazione), una quota partecipativa al RTI pari al 2,36 %.

Ed è proprio per tale palese contraddizione che la stazione appaltante, legittimamente, è intervenuta mediante l'istituto del soccorso istruttorio, al fine di chiarire quale fosse l'effettiva posizione della

Moser & Co. s.r.l.

Ed un tanto, reputa il Collegio, in aderenza all'indirizzo espresso dall'art. 56, co. 3, della Direttiva 24/2014/UE e in virtù della previsione di cui all'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016 che stabilisce che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara ...".

La giurisprudenza amministrativa ha peraltro affermato che: - "con il nuovo soccorso istruttorio è possibile chiedere alle imprese riunite di rendere la dichiarazione sulla divisione delle quote di partecipazione al RTI anche quando tale dichiarazione non sia stata presentata nell'offerta di gara" (TAR Piemonte, Torino, sez. II, n. 1335/2015); - se si ritiene ammissibile la regolarizzazione nel caso di omessa

dichiarazione sulla divisione delle quote, tale regolarizzazione dovrà essere consentita, a fortiori, anche nel caso di dichiarazione non conforme alle prescrizioni vigenti (cfr. TAR Veneto, Sez. I, n. 619/2015); - “la modesta rettifica delle percentuali di partecipazione al raggruppamento detenute dalla mandante e dalla mandataria, nel caso di specie lo spostamento del 5 % della quota di partecipazione dalla mandante alla mandataria, non possono incidere non solo sull’affidabilità del raggruppamento, ma ancor più non possono modificare il regime della responsabilità del raggruppamento...” (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 1041/2017).

Inoltre, esprimendosi sul principio di non modificabilità soggettiva enunciato dall’art. 37, comma 9 del precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12.4.2006, n. 163), la giurisprudenza ha già avuto occasione di affermare che “Il principio di immutabilità soggettiva, lungi dall’essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell’art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Cons. Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101)” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23.11.2016, n. 4918).

In particolare, per quanto qui di specifico interesse, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale “sostanziale”, è stato recentemente affermato che:

- la stazione appaltante, di fronte all'incertezza sulla qualificazione del raggruppamento (id est: se raggruppamento in cooptazione o ordinario raggruppamento temporaneo orizzontale di imprese), "avrebbe potuto e dovuto ammettere il ricorso al soccorso istruttorio ex articolo 46 d.lgs. n. 163", atteso che "la circostanza che la mandante abbia presentato istanza di partecipazione alla gara e garanzia fideiussoria e l'impegno a conferire mandato alla ... (omissis) ... (adempimenti non necessari, dato che l'impresa cooptata non assume la qualità di concorrente prima e di contraente poi in caso di aggiudicazione) non giustifica ad avviso del Collegio l'esclusione dato che questi adempimenti sono il frutto al massimo di un errore". Soccorso istruttorio ritenuto "doveroso perché nella fattispecie oltretutto alle ricorrenti non sono imputate deficienze nella documentazione presentata (nel senso che non viene addebitata la mancanza di documenti e/o dichiarazioni) ma una loro "sovraabbondanza" (che al limite è interpretabile come "forma di particolare scrupolo" secondo la efficace formula usata dalla giurisprudenza invocata dalle ricorrenti) (cfr. TAR Latina, Sez. I, 9.2.2017, n. 78);

- nel dubbio se un'impresa qualificata come "mandante cooptata" abbia inteso fare o meno parte del raggruppamento temporaneo, avendo dichiarato nella propria domanda di partecipazione alla gara, una percentuale/quota di partecipazione nel raggruppamento del 3,25 %, la stazione appaltante, a fronte della difficile comprensione della posizione di tale ditta, "avrebbe dovuto quantomeno esercitare il soccorso istruttorio al fine di ottenere chiarimenti in ordine alla reale volontà della ditta in questione e, dunque, alla sua corretta

qualificazione come mandante o come cooptata” (cfr. TAR Brescia, 8.3.2017, n. 337).

Si tratta di orientamento condiviso e fatto proprio dal Collegio nella presente causa.

Un tanto definito in ordine alla legittimità dell'intervenuto soccorso istruttorio, va osservato che non si prospetta un'effettiva modificazione soggettiva nella composizione del RTI Unionbau.

Infatti, premesso che “non vi è ragione per ritenere che la cooptazione, pur con tutte le sue particolari caratteristiche, rappresenta altro che una speciale tipologia di aggregazione, e che dunque rientra nel genere dell'associazione temporanea” (cfr. Cons. Stato, VI, 14 dicembre 2012, n. 5749), va osservato che: - il RTI aggiudicatario rimane il medesimo sia nei soggetti che lo compongono, sia nei soggetti che eseguono i lavori; - non vi è alcuna scoperta di qualificazione, perché la categoria OG1 risulta interamente assicurata, al 100%, dalla mandataria Unionbau s.r.l., sicché non sembra nemmeno potersi sostenere l'avvenuta integrazione postuma di un requisito di qualificazione.

Con il quarto motivo parte ricorrente si duole della mancata esclusione del RTI aggiudicatario, perché le mandanti del sub - raggruppamento orizzontale nella categoria OS6 Gruber OHG e Vitralux GmbH avrebbero “speso” requisiti di qualificazione in detta categoria inferiori alla soglia minima del 10% richiesto in capo alle mandanti dall'art. 92, co. 2, del D.P.R. n. 207/2010 e dalla legge di gara.

Osserva il Collegio che l'art. 92, co. 2 del d.p.r. 207/2010 stabilisce che “per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1,

lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato...”.

Premesso che il riferimento è ai “requisiti di qualificazione” (e non di “partecipazione” e/o “esecuzione”), e che, inoltre, in seguito alla modifica legislativa intervenuta con l'art. 12 co. 9, del D.L. n. 47/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 80/2014, le quote di partecipazione e le quote di esecuzione possono essere liberamente stabilite nell’ambito dei propri requisiti di qualificazione (cfr., Cons. Stato, Sez. IV, n. 374/2015), va osservato che le due mandanti Vitralux e Gruber rispettano i limiti relativamente al possesso in capo a ciascuna impresa di attestazione SOA in classifica pari ad almeno il 10% dell’importo delle categorie.

Infatti: la Gruber, che partecipa al sub raggruppamento orizzontale nella categoria OS6 con una quota del 7,86%, è in possesso della qualifica SOA OS6, classe I, valida fino a euro 258.000,00 (pari al 12,777% dell’importo complessivo della categoria OS6 che ammonta a euro 2.019.249,18) e la Vitralux, che partecipa al sub raggruppamento orizzontale, possiede la qualificazione per la categoria OS6 classe III bis fino a euro 1.500.000,00.

Con il quinto motivo d'impugnazione il ricorrente Consorzio CEC lamenta che, in riferimento al criterio di valutazione "2.03 Occupazione di personale apprendista", le sono stati attribuiti soltanto 9 punti a fronte dei 17 assegnati al RTI Unionbau, nonostante la non adeguatezza della sua proposta, che sarebbe da considerarsi incerta ed aleatoria a causa del dichiarato previsto impiego sul cantiere "di ben 46 apprendisti"; il che non potrebbe deporre per una "corretta esecuzione dei lavori a regola d'arte, con una adeguata valutazione del costo della mano d'opera e delle qualifiche e maestranze occorrenti per l'appalto, nonché con il cronoprogramma proposto in gara da controparte".

La censura, come opposto dalla controparte, si appalesa inammissibile per la sua genericità e sinteticità, venendo ad essere lamentata una violazione di norme indeterminata e senza adeguata allegazione.

Ciò non di meno si può comunque osservare che: - dalla c.d. tabella punteggi si evince che per il punto "2.03 Occupazione di personale apprendista" è stato attribuito ad entrambe le concorrenti il punteggio massimo di 3 punti; - per quanto attiene ai costi dei lavoratori, premesso che l'aggiudicatario RTI Unionbau ha offerto un ribasso di appena l'1,31989%, l'eventuale scostamento dai minimi tabellari - che nel caso di specie non è sostenuta da adeguata allegazione - non costituisce di per sé un presupposto di esclusione, assumendo invece rilievo nel giudizio di congruità dell'offerta in sede di valutazione di anomalia della medesima; - i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto e inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni

statistiche ed analisi aziendali” (cfr. Tar Lazio, Sez. I ter, 30 dicembre 2016, n. 12873).

Va inoltre tenuta debita considerazione del fatto che, come affermato dalla giurisprudenza, “nelle gare pubbliche l'offerta non deve essere determinata al netto del costo del personale, come invece espressamente previsto per gli oneri di sicurezza e, quindi, la stazione appaltante deve accertare la compatibilità della stessa anche con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera, con la conseguenza che il ribasso offerto può essere giustificato, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, ma rispettando e tutelando al contempo il costo della stessa.” (Cons. Stato, Sez. III, 10.2.2016, n. 589).

Con il sesto motivo d'impugnazione parte ricorrente lamenta che il RTI Unionbau “abbia anticipato, in sede di offerta tecnica, indicazioni economiche relative al prezzo offerto”.

Si tratta di censura assolutamente generica e priva di argomentazione, sicché inammissibile.

Con il settimo motivo d'impugnazione il Consorzio CEC solleva una serie di censure, riferite alla valutazione delle offerte, che vengono argomentate anche sub a), b), e c), quest'ultimo punto a sua volta articolato sulle sub censure A.), B.), C.), D.) ed E.), deducendo, in via subordinata, l'illegittimità dell'intera procedura.

Sub a) al settimo motivo: Illegittimità relative alla valutazione dell'offerta economica.

Parte ricorrente si duole del fatto che, avendo la stazione appaltante adottato il c.d. metodo della proporzionalità inversa degli importi

offerti, al RTI Unionbau sono stati attribuiti ben 34,57 punti a fronte di un ribasso “solo” del 1,319%, a fronte dei 40 punti assegnati al Consorzio CEC per il più consistente ribasso del 14,69%.

A tal riguardo, va osservato che “nelle gare pubbliche la formula, da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica, può essere scelta discrezionalmente dalla Pubblica amministrazione sia nella definizione dei criteri, da utilizzare quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nella individuazione delle formule matematiche da usare per l'attribuzione del punteggio; di conseguenza nei confronti di tali scelte, che sono tipica espressione di discrezionalità tecnico amministrativa, il sindacato giurisdizionale può intervenire solo nei casi in cui le stesse risultino abnormi, sviate o manifestamente illogiche”, ipotesi questa che non pare potersi ravvisare nel caso di specie (Cons. Stato, Sez. V, 10 agosto 2016, n. 3579).

Né può sindacarsi, se non nei casi appena indicati, la scelta, da parte della stazione appaltante, della distribuzione dei punteggi tra l'offerta tecnica e quella economica, atteso che “le stazioni appaltanti, allorché si determinino nel senso di applicare il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono titolari di una potestà ampiamente discrezionale circa la fissazione del criterio di distribuzione dei punteggi tra l'offerta tecnica e quella economica, in vista del miglior perseguimento dell'interesse pubblico insito nella gara” (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22.9.2015, n. 11347).

Più specificamente, poi, si è anche affermato che la formula proporzionale inversa ha pari dignità logico - giuridica di quella diretta, pure per le offerte tecniche, ai fini della ripartizione dei punteggi, e non lede né la par condicio, né la trasparenza e il buon

andamento dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2012 n. 3781 e n. 3781/2012).

Sub b) al settimo motivo: “Laddove la superiore richiesta non dovesse trovare ingresso, per le medesime ragioni si chiede l'annullamento dell'intera procedura in vista della sua corretta riedizione”.

Vista l'infondatezza delle censure di cui al precedente sub a), la richiesta non ha pregio.

Sub c) al settimo motivo: Illegittimità relative alla valutazione dell'offerta tecnica, articolata sub A.), B.) C.), D.) ed E.).

Ancora una volta premette il Collegio, prima di procedere all'esame dei seguenti ulteriori motivi d'impugnazione, che, salvo le eccezioni già sopra enunciate, sfuggono al sindacato del giudice amministrativo le valutazioni operate dalla commissione di gara (cfr., ex multis, Cons. di Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; Sez. V, 16.1.2017, n. 99).

Sub c – A.) Sub criteri di valutazione: Punto 3.02 campione 2 – Facciata con rivestimento in lastre di granito e Punto 4.09 Rivestimento facciate con granito sardo fiammato.

Lamenta il Consorzio CEC che il RTI Unionbau: - avrebbe allegato una semplice scheda del materiale, priva di indicazione sia del produttore che del distributore; - non avrebbe previsto l'utilizzo di granito fiammato, come richiesto dalla stazione appaltante con chiarimenti del 23.12.2016; - avrebbe offerto lastre più pesanti da 3 cm. e previsto l'utilizzazione di una sovrastruttura di sostegno, in tal modo introducendo delle variazioni non consentite dalla lex specialis.

Premesso che modifiche di lieve entità erano invero consentite dalla lex specialis, va osservato che, nel fascicolo valutazione qualità del RTI Unionbau, al punto 04.9 – 10.04.01.02.c viene specificato: “Granit Bianco Sardo (sardinien) 1 Qualität. Bewertungselemente: - Regelmäßigkeit und Struktur Bianco Sardo; Europäische Ware; Stabilität Haltesystem; Ausführung Ecken” (cfr. doc. n. 23 di RTI Unionbau).

Tale indicazioni risultano essere conformi a quanto dovuto.

Per quanto poi riguarda, in particolare, le lastre con spessore di 3 cm. e il sistema di supporto proposto dal RTI Unionbau, esse sono state considerate e valutate dalla Commissione tecnica di gara come dei miglioramenti (cfr. doc. n. 23 di Söll).

Sub c – B.) Sub criteri di valutazione: Punto 4.04 Ascensore.

Afferma il Consorzio ricorrente che, pur avendo offerto lo stesso ascensore di marca Schindler, modello 3300, le sono stati attribuiti 0,64 punti a fronte di 1,32 punti assegnati al RTI controinteressato. Va, invero osservato, che, mentre la ricorrente ha indicato una portata di 8 persone, il controinteressato RTI Unionbau ha indicato una portata di 675 kg / 9 persone. La Commissione tecnica ha ritenuto che l'ascensore proposto dall'aggiudicataria costituisca un miglioramento per via della “portata complessiva maggiore, aumentata capacità portata persone, aumento dimensioni interne, manutenzione gratuita per il primo anno”, mentre ha valutato l'ascensore offerto dal Consorzio CEC nel seguente modo: “Soddisfa i requisiti essenziali / specifiche tecniche essenziali del fascicolo di qualità, il modello 3300 per 8 persone non supera la portata complessiva richiesta e una misura interna, previste nel testo esteso”.

A tal riguardo, il ricorrente non fornisce allegazione alcuna che si tratti dello stesso tipo di ascensore offerto dal RTI controinteressato.

Sub c – C.) Sub criteri di valutazione: Punto 4.5 Guaina.

Il ricorrente sostiene di aver erroneamente indicato un valore di 1,8 mm al posto di 2,0 mm in merito allo spessore della guaina. La deduzione non rileva, atteso che sul mercato è disponibile anche guaina dello spessore di 1,8 mm.

Sub c – D.) Sub criteri di valutazione: punto 4.6 Rivestimento di facciata in lamiera – Punto 4.08 Impianto doccia disabili.

Il Consorzio CEC, rappresentando che il punteggio minimo attribuibile è di 0,01 punti, ritiene illegittima l'assegnazione di 0 punti in ordine alla offerta riguardante il rivestimento di facciata in lamiera e l'impianto doccia disabili. Diversamente da quanto sostenuto nel ricorso, la Commissione ha attribuito 0 punti così motivando: “nessuna indicazione sui prodotti effettivamente offerti, allegato solo copia di un catalogo di prodotti”. In altri termini, la Commissione non ha potuto nemmeno valutare i prodotti effettivamente offerti. Non appare pertanto ingiustificata l'assegnazione di 0 punti.

Sub c - E) Sub criteri di valutazione: punto 2.03 Occupazione di personale apprendista.

Sul punto si rinvia a quanto già detto in riferimento al quinto motivo d'impugnazione, non senza tuttavia precisare che per il (differente) numero di apprendisti rispettivamente indicato, entrambe le concorrenti hanno conseguito lo stesso punteggio.

In conclusione, il ricorso principale è infondato e, come tale, va rigettato unitamente alle domande con lo stesso proposte. Conseguentemente va dichiarata l'improcedibilità per carenza d'interesse del ricorso incidentale.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese, che vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e le domande con lo stesso proposte. Dichiara improcedibile il ricorso incidentale. Condanna la ricorrente CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori Cos. Cons. A R.L. alla rifusione delle spese di lite alla Fondazione Söll Brunico e al controinteressato costituendo RTI Unionbau nell'importo che viene liquidato a favore di ciascuna parte in Euro 6.000,00 (seimila/00) oltre IVA, CNPA ed oneri accessori di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

Margit Falk Ebner, Consigliere

Alda Dellantonio, Consigliere

L'ESTENSORE
Terenzio Del Gaudio

IL PRESIDENTE
Edith Engl

IL SEGRETARIO

