

N. 00364/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00210/2013 REG.RIC.
N. 00229/2013 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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 210 del 2013, proposto da:
Volcan Srl, Bettiol Srl, Metall Ritten Gmbh e Damiani-Holz & Ko
AG, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., la prima quale
mandataria e le altri quali mandanti del raggruppamento temporaneo
d'impresе costituendo, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti prof.
Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Alessandro Righini e Andrea
Pallaver, con domicilio eletto presso lo studio legale di quest'ultimo
in Bolzano, via Carducci, 3;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Larcher, Patrizia Pignatta,
Renate von Guggenberg e Alexandra Roilo, domiciliata presso
l'Avvocatura provinciale in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

Acp- Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti

pubblici e Business Location Südtirol - Alto Adige Ag/Spa, non costituiti;

nei confronti di

ZH - General Construction Company Spa, in persona del l.r.p.t., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresе costituita con le mandanti Erdbau Srl, J. Schmidhammer Srl, Leitner Electro Srl, Plattner Bau Spa, Rubner Holzbau Spa, Gaetano Paolin Spa e Frener & Reifer Srl, in virtù di mandato collettivo speciale con rappresentanza dd. 9.7.21013, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Segalerba, Andreas Agethle e Manfred Schullian, con domicilio eletto presso lo studio legale di quest'ultimo in Bolzano, viale Stazione, 5;

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2013, proposto da:

Unionbau Srl, Cle - Cooperativa Lavoratori Edili, Atzwanger Spa, Elpo Srl, Lanz Metall Srl e Stahlbau Pichler Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., la prima quale mandataria e le altri quali mandanti di un'associazione tempranea d'impresе costituenda, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Herwig Neulichedl e Andreas Widmann, con domicilio eletto presso il loro studio legale in Bolzano, via Dr. Streiter, 12;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Larcher, Renate von Guggenberg, Patrizia Pignatta e Alexandra Roilo, domiciliata presso l'Avvocatura provinciale in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

Acp- Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti

pubblici e Business Location Südtirol - Alto Adige Spa, non costituiti;

nei confronti di

ZH-General Construction Company Spa, in proprio e quale mandataria di un raggruppamento di imprese costituita con le mandanti Erdbau Srl, J. Schmidhammer Srl, Gaetano Paolin Spa, Plattner Bau Spa, Frener e Reifer Srl, Rubner Holzbau Spa e Leitner Elektro Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentata e difesa in virtù di mandato collettivo speciale con rappresentanza dd. 9.7.21013 dagli avv.ti Paolo Segalerba e Manfred Schullian, con domicilio eletto presso lo studio legale di quest'ultimo in Bolzano, viale Stazione, 5;

Volcan Srl, Bettiol Srl, Metall Ritten Srl e Damiani Holz & Co Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., la prima quale mandataria e le altri quali mandanti di un raggruppamento temporaneo d'impresе costituendo, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Alessandro Righini e Andrea Pallaver, con domicilio eletto presso lo studio legale di quest'ultimo in Bolzano, via Carducci, 3;

per l'annullamento

-----quanto al ricorso n. 210 del 2013:

del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla A.T.I. con capogruppo mandataria ZH - General Construction Company A.G. dell'appalto per i lavori di "Realizzazione di un polo scientifico e tecnologico nell'areale ex Alumix a Bolzano. Lotto 2: Risanamento e ristrutturazione del padiglione d'ingresso e della centrale BZ1 nonché

costruzione dell'edificio per uffici e del garage sotterraneo", comunicato ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a), del D.Lgs. n. 163/06 con nota - che parimenti si impugna - prot. n. 1174 del 3.7.2013 a firma del Presidente dell'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; nonché di ogni altro atto comunque connesso per presupposizione o consequenzialità, ed in particolare:

dei verbali dell'autorità di gara, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla procedura della costituenda A.T.I. aggiudicataria dell'appalto;

della nota 12.7.2013 con cui il Direttore dell'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha confermato l'aggiudicazione dell'appalto capeggiata da ZH - General Construction Company A.G., nonché per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento del danno causato alle ricorrenti dalla mancata aggiudicazione dell'appalto;

---quanto al ricorso incidentale depositato il 28.10.2013 dall'ATI ZH: per l'annullamento delle impugnate determinazioni della Stazione Appaltante, nella parte in cui non hanno escluso la parte ricorrente principale ATI Volcan dalla procedura di gara, secondo quanto infra meglio esplicitato e rappresentato.

-----quanto al ricorso n. 229 del 2013:

del verbale dd. 28.6.2013 di aggiudicazione della gara "Realizzazione del polo scientifico e tecnologico dell'areale ex-Alumix a Bolzano. Lotto 2: risanamento e ristrutturazione del padiglione d'ingresso e altro;

dei verbali di commissione di gara dd. 13.5.2013, 27.5.2013, 8.6.2013 e 26.6.2013;

nonché di ogni altro atto, presupposto, connesso e/o consequenziale,

accertando, in relazione ai motivi di ricorso proposti, che la controinteressata ATI ZH è stata illegittimamente dichiarata aggiudicataria dell'appalto de quo e l'ATI Volcan seconda classificata e che, per l'effetto, la ricorrente è stata illegittimamente classificata terza nella gara d'appalto in questione, della quale per contro avrebbe dovuto (o comunque potuto) risultare aggiudicataria,

ordinare all'amministrazione resistente, quale reintegrazione in forma specifica, l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e/o ogni altro provvedimento conseguente alle statuizioni di annullamento e accertamento di cui sopra;

in via subordinata, condannare l'amministrazione resistente al risarcimento per equivalente in denaro del danno patito in conseguenza degli atti illegittimi di gara nella misura del danno emergente, oltre al 10% dell'importo offerto a titolo di perdita di danno emergente e lucro cessante nonché a titolo di perdita di chance;

---quanto al ricorso incidentale depositato il 17.10.2013 dall'ATI Volcan:

per l'annullamento del verbale della commissione di gara del 28.6.2013 e dell'allegato verbale della commissione tecnica del 26.6.2013, nella parte in cui hanno attribuito punti 10,20 all'offerta dell'ATI Unionbau con riferimento al criterio 'qualità' subcriterio 'facciata', nella parte in cui hanno attribuito punti 2,80 punti all'offerta dell'ATI Unionbau con riferimento al criterio 'qualità'

subcriterio 'pannello di soffitto' e nella parte in cui hanno attribuito punti 2,80 punti all'offerta dell'Unionbau con riferimento al criterio 'impiego di personale' subcriterio 'direttore di cantiere';

---quanto al ricorso incidentale depositato il 28.10.2013 dall'ATI ZH: per l'annullamento delle impugnate determinazioni della stazione appaltante, nella parte in cui non hanno escluso la parte ricorrente dalla procedura di gara e/o nella parte in cui non hanno riconosciuto alla ricorrente punteggi inferiori ai fini della graduatoria finale, secondo quanto infra meglio esplicitato e rappresentato, nonché per quanto occorrer debba, del disciplinare di gara, nella parte in cui consente, in violazione del disposto di cui all'articolo 37, comma 8 d.lgs. 163/06, che in caso di raggruppamenti temporanei d'impresa costituendo le offerte possano essere sottoscritte anche dalle sole mandatarie capogruppo.

Visti i ricorsi, gli atti di costituzione in giudizio, i ricorsi incidentali (escludenti), le memorie, le memorie di replica, la documentazione prodotta, nonché tutti gli atti di causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Peter Michaeler e uditi per le parti i difensori, l'avv. P. Negri per i ricorrenti ATI Volcan, l'avv. A. Widmann per i ricorrenti Unionbau, l'avv. M. Larcher per la Provincia Autonoma di Bolzano, l'avv. L. Harder, in sostituzione dell'avv. M. Schullian e l'avv. P. Segalerba per la ZH- General Construction;

--disposta la riunione della causa iscritta al n. 229/2013 alla causa iscritta al n. 210/2013, data la connessione oggettiva e soggettiva;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 15.1.2013, l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici (stazione appaltante unica o SUA) ha indetto una procedura aperta per l'appalto dei lavori di costruzione di un polo scientifico e tecnologico nell'areale ex-Aluminia a Bolzano (lotto 2: *“risanamento e ristrutturazione del padiglione d'ingresso e delle centrale BZ1 nonché costruzione dell'edificio per uffici e garage sotterraneo”*). Il sistema di gara scelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Valore della gara: ca. 31,9 mio. Euro + IVA, oltre ca. 0,6 mio Euro per oneri di sicurezza.

Le offerte dovevano essere inoltrate in via telematica e firmate digitalmente. Il termine finale per la presentazione era previsto per il 15.3.2013. Partecipavano quattro concorrenti.

Acquisito il risultato della valutazione tecnica, nella seduta del 28.6.2013 si procedeva all'apertura delle buste economiche e nella medesima seduta veniva stilata la graduatoria. Con lettera del 3.7.2013 veniva comunicato per via telematica l'esito definitivo della gara.

La graduatoria finale:

- 1.classificata: ATI ZH spa con 97,39 punti;
2. classificata ATI Volcan con 89,78 punti;
3. classificata ATI Unionbau con 88,70 punti;
4. classificata ATI Carron con 77,39 punti.

In data 1.8.2013 veniva depositato un ricorso da parte della seconda classificata (Volcan), nel quale veniva chiesta l'esclusione della prima classificata (ZH), con domanda di risarcimento in forma specifica (aggiudicazione) e subordinatamente in forma generica (per equivalente).

Il ricorso veniva iscritto al RG sub n.210/13.

ZH si è costituita in giudizio, presentando un ricorso incidentale escludente.

La Provincia Autonoma di Bolzano si è costituita, eccependo l'inammissibilità del ricorso. Entrambi hanno comunque chiesto il rigetto nel merito.

In data 10.8.2013 veniva depositato un altro ricorso da parte della terza classificata (ATI Unionbau), nel quale veniva chiesta anche l'esclusione della prima classificata ATI ZH. Nel valutare le offerte tecniche di entrambe le prime due classificate (ATI ZH e ATI Volcan), la commissione avrebbe, inoltre, commesso una serie di errori molto grossolani. Se non fossero stati commessi, la ricorrente ATI Unionbau, attraverso l'annullamento dell'aggiudicazione, sarebbe 'rientrata in gara' (si sarebbe addirittura classificata al primo posto della graduatoria). Anche l'ATI Unionbau ha concluso, domandando il risarcimento in forma specifica (aggiudicazione) e subordinatamente in forma generica (per equivalente).

Il ricorso veniva iscritto al RG sub n. 229/13.

Si sono costituite le controinteressate ATI ZH e ATI Volcan, nonché la Provincia Autonoma di Bolzano, chiedendo tutte il rigetto del ricorso. L'ATI ZH ha inoltre presentato motivi escludenti e, al pari della Provincia, anche motivi di inammissibilità.

Con ordinanza cautelare n. 135/13, emessa nel ricorso iscritto al n. 210/13, l'aggiudicazione è stata sospesa. L'ordinanza è stata confermata in sede di appello (CdS, VI, ordinanza 4296/13).

Le parti hanno depositato numerose memorie e prodotto ulteriori documenti.

Entrambe le cause sono state chiamate per la discussione all'udienza pubblica del 4.12.2013, dopodiché sono state trattenute in decisione. Esse vengono ora riunite.

I motivi di impugnazione concretamente dedotti da Volcan nel ricorso iscritto al n. 210/13 sono:

“1. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/06 e degli articoli 161 e ss. della legge fallimentare, con particolare riferimento all'articolo 186-bis.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore nei presupposti con riguardo alla sussistenza dei requisiti per partecipare alla gara e per contrarre della ditta ZH spa.

Violazione del principio di par condicio tra i concorrenti ad una gara pubblica.”

L'ATI Volcan fa valere la mancata esclusione dell'ATI ZH che in data 22.4.2013 aveva depositato presso il tribunale fallimentare una domanda c.d. 'in bianco' di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale in qualità di impresa mandataria di un'associazione temporanea di imprese già costituita, inconciliabile con la legge fallimentare, in particolare con i commi IV e V dell'articolo 186-bis. Secondo la difesa dell'ATI Volcan, l'offerta dell'ATI ZH avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera a) del codice degli appalti.

“2. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 75 D.L.vo 163/06 e del punto 2.4. del disciplinare di gara;

Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore nei presupposti con riguardo alla sussistenza dei requisiti per partecipare alla gara della costituenda ATI guidata da ZH spa.

Violazione sotto altro profilo del principio di par condicio tra i concorrenti ad una gara pubblica.”

L'ATI Volcan lamenta che la fideiussione presentata dall'ATI ZH difetti dei requisiti minimi, poiché reca una firma illeggibile e non indica alcun dato identificativo del firmatario.

Come già accennato, l'ATI ZH si è costituita, presentando un ricorso incidentale con la memoria depositata il 28.10.2013, ritualmente notificata, nel quale ha impugnato a sua volta il verbale di aggiudicazione, chiedendo l'esclusione dell'ATI Volcan sulla base dei seguenti motivi:

“1. Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 2, punto 1, comma 5 del disciplinare di gara per mancata esclusione dell'offerta dell'ATI Volcan, avendo la stessa consegnato l'offerta in formato PDF anziché in formato PDF/A o in un formato equivalente – violazione del principio di immutabilità e/o inalterabilità dell'offerta – eccesso di potere per travisamento e difetto istruttorio.”

Contrariamente a quanto prescritto dal disciplinare di gara, l'ATI Volcan, secondo la difesa di ZH, aveva presentato la sua offerta su un semplice formato PDF anziché su un formato PDF/A (o equivalente). A differenza di quest'ultimo formato, il formato PDF semplice non garantirebbe l'immutabilità dell'offerta.

“2. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara sub specie della mancata allegazione di idonea documentazione a corredo dell'offerta tecnica – contraddittorietà manifesta tra le dichiarazioni rese sul possesso dei requisiti essenziali del fascicolo valutazioni qualità e la documentazione tecnica allegata – mancato rispetto dei requisiti dell'offerta tecnica – falsità della dichiarazione in merito al possesso dei relativi requisiti – violazione dell'articolo 38 D.L.vo n. 163/06 in tema di false dichiarazioni rese in fase di gara e dell'articolo 4.6.1. del disciplinare – violazione dei principi di legalità e par condicio concorsuale – eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per sviamento – difetto di istruttoria.”

ZH si duole che l'ATI Volcan non abbia supportato l'offerta tecnica con idonea documentazione tecnica, facendo venire meno la corrispondenza tra il prodotto dichiarato ed il prodotto effettivamente offerto. Poiché la divergenza tra il dichiarato e l'offerto integrava gli estremi della dichiarazione non veritiera, l'ATI Volcan andava esclusa.

“3. Ancora violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara sotto il profilo del rispetto dei requisiti dell'offerta tecnica – omessa produzione della documentazione tecnica richiesta dal disciplinare di gara e dal fascicolo valutazione qualità ai fini della giustificazione dell'offerta – difetto di istruttoria – eccesso di potere in tutte le sue forme – sviamento.”

L'ATI Volcan ha omesso, secondo la difesa di ZH, di produrre documentazione idonea a supporto della propria offerta tecnica (posizione 20.50.00.10: profilo in alluminio a taglio termico) o ha offerto una qualità di prodotto diversa da quella risultante dalle schede tecniche (posizione 20.50.00.10: coefficiente di trasmissione termico sotto la voce vetratura di tamponamento).

La Provincia ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per una duplice ragione.

Nella prima eccezione, ragionando in analogia all'articolo 37/18 codice appalti, ha rilevato il difetto di interesse a ricorrere in capo all'ATI Volcan. Secondo la sua difesa, aggiudicato l'appalto all'ATI ZH, la stazione appaltante avrebbe potuto scegliere, a sua discrezione, se recedere dall'appalto o se procedere alla sostituzione dell'impresa ZH con un altro operatore economico che avrebbe proseguito i lavori come mandatario.

Nella seconda, ha fatto valere la tardività dell'impugnazione. Essendo il concordato preventivo stato pubblicato sul registro delle

imprese il 22.4.2013, l'esclusione avrebbe dovuto essere chiesta ancora nella seduta del 28.6.2013, quando era stata stilata la graduatoria. Nel merito ha difeso l'operato della stazione appaltante, contestando la sussistenza dei motivi di esclusione adottati dall'ATI Volcan.

I motivi concretamente dedotti dall'ATI Unionbau nel ricorso iscritto al n. 229/13 sono:

“A) Illegittimità formali

1.Mancanza dei presupposti per l'aggiudicazione dell'appalto (DURC); violazione dell'articolo 38 D.Lgs. n. 163/06; violazione dell'articolo 186-bis legge fallimentare.”

Con questo motivo, l'ATI Unionbau fa valere innanzitutto la mancata esclusione dalla gara dell'ATI ZH che al momento dell'aggiudicazione non era in regola con i contributi previdenziali.

Inoltre, non diversamente dall'ATI Volcan, con questa censura anche l'ATI Unionbau fa valere la mancata esclusione dell'ATI ZH a causa della domanda di concordato preventivo, inconciliabile con la legge fallimentare (articolo 186-bis L.F.).

“2. Dichiarazione non veritiera della ZH spa sulla situazione di controllo di cui all'articolo 2359 CC; annullamento dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 6 disciplinare di gara.”

Secondo Unionbau, ZH non avrebbe fatto presente alla stazione appaltante tutte le sue partecipazioni societarie.

“3. Violazione del disciplinare di gara (art. 5) e dell'allegato G DPR 207/2010.”

Con questo motivo Unionbau censura il modus procedendi della commissione tecnica i cui componenti avevano attribuito sempre coefficienti uguali alle singole offerte.

‘B) Vizi, irrazionalità, contraddizioni logiche, incongruenze nella valutazione della Commissione tecnica;

1. Offerta ATI ZH General Construction Company Spa: violazione principio dell'unicità dell'offerta; violazione art. 2.12.4 del disciplinare di gara e dell'art. 4, comma 6 del Capitolato speciale d'appalto – parte I;

2. Offerta ATI ZH General Construction Company Spa: Illogicità e contraddittorietà della valutazione relativa alla posizione 20.50.00.10 “facciata” compiuta sulla base di indicazioni di caratteristiche e qualità non confermate da schede tecniche e certificazioni prodotte; violazione della lex specialis e in particolare delle disposizioni di cui al punto 2.12.6 del disciplinare di gara, controllo della qualità e al punto 2.3 dello stesso disciplinare criteri di valutazione nonché delle prescrizioni contenute a pag. 2 del fascicolo qualità relative alla necessità di corrispondenza tra qualità dichiarate e documentazione tecnica allegata; eccesso di potere;

3. Offerta ATI ZH General Construction Company Spa: Illogicità e contraddittorietà della valutazione relativa alla posizione 15.18.01.05° “lampada a sospensione”.

Offerta ATI ZH General Construction Company Spa e offerta ATI Volcan Srl: contraddittorietà e illogicità della valutazione positiva del campione presentato per la voce “elemento parete-soffitto”, non corrispondente a norme tecniche imperative nonché al progetto; violazione della lex specialis e in particolare delle disposizioni di cui al punto 2.12.3 campionatura e al punto 2.3 dello stesso disciplinare criteri di valutazione nonché delle prescrizioni contenute nel fascicolo qualità relative alla necessità di corrispondenza tra progetto e campioni presentati; eccesso di potere;

4. Offerta ATI Volcan SRL: violazione art. 38, comma 1, lett. h) D.Lgs. n. 163/06 e dell'obbligo assunto nei confronti della stazione appaltante con la domanda di partecipazione di rendere dichiarazioni veritiere a pena di esclusione,

con riferimento ai lavori di referenza indicati nel curriculum del direttore di cantiere; contraddittorietà ed illogicità della motivazione sul punto, eccesso di potere;

5. Offerta ATI ZH General Construction Company Spa e offerta ATI Volcan Srl: Illogicità e contraddittorietà della valutazione relativa alla posizione 13.03.01.08 pannello da soffitto compiuta sulla base di indicazioni di caratteristiche e qualità non confermate da schede tecniche e certificazioni prodotte; violazione della lex specialis e in particolare delle disposizioni di cui al punto 2.12.6 del disciplinare di gara, controllo della qualità, al punto 2.3 dello stesso disciplinare, criteri di valutazione e al punto 2.12.3 campionatura nonché delle prescrizioni contenute a pag. 2 del fascicolo qualità relative alla necessità di corrispondenza tra qualità dichiarate e documentazione tecnica allegata e di corrispondenza tra progetto e campioni presentati; eccesso di potere;

6. Offerta ATI Volcan Srl: Illogicità e contraddittorietà della valutazione relativa alla posizione 20.50.00.10, facciata, compiuta sulla base di indicazioni di caratteristiche e qualità non confermate da schede tecniche e certificazioni prodotte; violazione della lex specialis e in particolare delle disposizioni di cui al punto 2.12.6 del disciplinare di gara, controllo della qualità, al punto 2.3 dello stesso disciplinare, criteri di valutazione e al punto 2.12.3 campionatura nonché delle prescrizioni contenute a pag. 2 del fascicolo qualità relative alla necessità di corrispondenza tra qualità dichiarate e documentazione tecnica allegata e di corrispondenza tra progetto e campioni presentati; eccesso di potere.

7. Considerazioni finali sull'incidenza dei vizi/errori della valutazione qualitativa.”

Nella doglianza sub B), suddivisa nei ‘sub-motivi’ da 1 a 7, Unionbau elenca una serie di vizi ed errori ritenuti macroscopici che, se non fossero stati commessi da parte della commissione tecnica nella valutazione delle offerte, avrebbero comportato una riduzione di

22,4 punti all'ATI ZH e di 26,1 punti all'ATI Volcan, con la conseguenza che l'aggiudicazione avrebbe quantomeno dovuto essere annullata, nel caso in cui la graduatoria non fosse direttamente sovvertita ope iudicis. Al fine di dimostrare la fondatezza dell'affermazione, viene chiesto che il giudice, qualora non proceda de plano all'annullamento, disponga l'assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio.

Come già accennato, anche in questa causa iscritta al n. 229/13 l'aggiudicataria (ATI ZH) ha presentato un ricorso incidentale escludente (nei confronti dell'ATI Unionbau) con la memoria depositata il 28.10.2013, ritualmente notificata.

In esso fa valere:

“1.A”: è ripetuto il motivo escludente già avanzato al 1. punto nei confronti dell'ATI Volcan nel ricorso iscritto al n. 210/2013. Esso riguarda l'impugnazione del verbale di aggiudicazione nella parte in cui non aveva escluso l'ATI Unionbau a causa dell'offerta consegnata nel formato PDF semplice, in violazione del principio di immodificabilità della stessa.

“1.B Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 37, comma 8 e dell'articolo 46, comma 1-bis, D.L.vo 163/06, per mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tutti i componenti dell'ATI costituenda Unionbau, illegittimità del disciplinare di gara in parte qua.”

Capeggiando l'Unionbau, in qualità di mandataria, un'associazione non ancora costituita (c.d. 'costituenda'), a mente degli articoli 37/8 e 46-1bis del codice degli appalti, l'offerta avrebbe dovuto recare la sottoscrizione di tutte le imprese aggregate. Poiché il disciplinare di gara ammetteva per alcuni documenti la possibilità della sottoscrizione da parte della sola mandataria, è stato impugnato

contestualmente il disciplinare di gara nei punti in cui era in contrasto con le disposizioni legislative di rango superiore sopra indicate.

“1.C. Motivo subordinato: sul punteggio assegnati all’ATI Unionbau: violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 1, punto 2.3 (offerta economicamente più vantaggiosa – criteri di valutazione) e dell’articolo 5, punto 1 (autorità di gara e commissione tecnica). Eccesso di potere per carenza d’istruttoria e travisamento, nonché per perplessità, illogicità ed irragionevolezza della valutazione dell’offerta tecnica dell’ATI Unionbau.”

Con la presente doglianza, ZH censura gli atti di gara nella parte in cui non hanno riconosciuto all’ATI Unionbau punteggi inferiori. La censura è stata proposta in via subordinata, per l’ipotesi in cui non venissero accolti i motivi escludenti sub 1.A. ed 1.B.

ZH ha proposto anche un motivo di inammissibilità nei confronti del ricorso di Unionbau:

“2.A. In via preliminare e/o pregiudiziale: inammissibilità del ricorso interposto dalla Unionbau per carenza di interesse – inconfigurabilità della tutela in forma specifica azionata dalla ricorrente.”

La tesi dell’inammissibilità è basata sull’affermazione che l’ATI Unionbau non avrebbe superato la prova di resistenza.

Nel merito – con le eccezioni sub 2.B - l’aggiudicataria ATI ZH ha contestato la fondatezza della richiesta di esclusione avanzata da Unionbau (eccezioni sub 2.B.1 e sub 2.B.2: presa di posizione sul concordato preventivo e sulla situazione di controllo ex art. 2359 CC), nonché la fondatezza dell’affermazione secondo la quale sarebbero stati commessi errori macroscopici nella valutazione della propria offerta (eccezioni sub 2.B.3: presa di posizione sul motivo A.3 del ricorso principale di Unionbau; eccezioni sub 2.B.4, sub

2.B.5, sub 2.B.6 e sub 2.B.7: presa di posizione sui motivi sub B del ricorso principale di Unionbau).

La Provincia Autonoma si è costituita, insistendo sull'inammissibilità del ricorso principale in virtù del ragionamento sull'articolo 37/18 codice appalti, eccezione già sollevata nei confronti della Volcan. Nel merito ha difeso l'operato della commissione, contestando punto per punto le affermazioni di Unionbau in ordine agli asseriti vizi valutativi.

L'ATI Volcan si è costituita, chiedendo a sua volta – analogamente a quanto affermato da ZH con il motivo (subordinato) sub 1.C - l'annullamento del verbale di aggiudicazione e del verbale della commissione tecnica nella parte in cui quest'ultima aveva attribuito punteggi troppo elevati all'offerta dell'Unionbau (motivo 1.2: attribuzione erronea di punti 10,20 all'offerta ATI Unionbau per il sub criterio "facciata"; motivo 1.3: erronea attribuzione di punti 2,80 all'offerta ATI Unionbau per il sub criterio "pannello da soffitto"; motivo 1.4: erronea attribuzione di punti 2,80 all'ATI Unionbau per il sub criterio "direttore di cantiere").

Per completare l'esposizione, nella memoria di merito depositata il 18.11.2013, ZH ha fatto presente di essere in procinto di fondare una nuova società (una c.d. 'New Company') insieme alla quarta classificata Carron, a maggioranza di quest'ultima, alla quale verrà conferito il ramo aziendale ZH relativo all'attività di costruzioni edili, con effetti retroattivi alla data di deposito della domanda di concordato. In tal modo si realizzerebbe una fattispecie sussumibile sotto l'articolo 51 codice appalti, ossia di successione del cessionario (nuova società) nella posizione che faceva capo alla cedente ZH. L'aggiudicazione dell'appalto sarebbe compresa nella cessione del

ramo aziendale e la nuova società subentrerebbe pertanto alla cedente ZH nella posizione di aggiudicataria dell'appalto. La tesi è stata avversata dalle difese dei ricorrenti Volcan e Unionbau (per quanto riguarda quest'ultima: v. memoria dep. il 18.11.2013 e memoria di replica dep. il 22.11.2013).

DIRITTO

In conformità alla sentenza CdS, Ad. Plen. 4/2011, si esaminano dapprima (sub I) i motivi escludenti o paralizzanti adottati da ZH nei confronti dei due ricorrenti (ricorso incidentale avverso Volcan depositato il 28.10.2013 nella causa iscritta sub 210/13 e ricorso incidentale avverso Unionbau, di pari data, depositato nella causa iscritta al n. 229/13).

Successivamente si approfondiscono (sub II) le censure di inammissibilità presentate da ZH (sempre nel ricorso incidentale avverso Unionbau) e dalla Provincia Autonoma di Bolzano nei confronti di entrambi i ricorrenti (atto di costituzione e replica depositato il 14.8.2013 nella causa iscritta la n. 210/13 e atto di costituzione e replica nella causa iscritta al n. 229/13).

Poi ci si addentrerà (sub III) nelle doglianze tese all'esclusione di ZH, presentate sia da Volcan che da Unionbau nei rispettivi ricorsi principali (motivi 1 e 2 del ricorso Volcan e motivi sub A del ricorso Unionbau).

Successivamente ancora saranno esaminati (sub IV) i motivi riguardanti il merito delle valutazioni compiute dalla commissione tecnica, se ed in quanto necessario.

Alla fine (sub V) saranno tratte le dovute conclusioni finali.

I. Esame dei motivi escludenti o paralizzanti adottati da ZH.

a) Il primo motivo incidentale escludente o paralizzante presentato da ZH nei confronti di entrambi i ricorrenti riguarda il formato elettronico, sul quale i documenti dovevano essere caricati e consegnati alla stazione appaltante.

L'articolo 2 (comma 5) del disciplinare di gara stabilisce:

“Si richiede ai partecipanti alla gara di consegnare la documentazione, ove richiesto in formato PDF, in formattazione PDF/A, o comunque in un formato che rispetti le caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità, immutabilità e immutabilità nel tempo del contenuto e della sua struttura (a tal fine i documenti informatici non devono contenere macroistruzioni o codice eseguibile, tali da attivare la funzionalità che possano modificarne la struttura o il contenuto) del documento.

Qualora queste caratteristiche non fossero date nella documentazione presentata da parte del concorrente in sede di gara, l'autorità di gara procederà alla sua esclusione dalla gara.”

I concorrenti Unionbau e Volcan hanno consegnato la documentazione in formato PDF che, secondo la difesa di ZH, non sarebbe in grado di garantire l'immutabilità e l'integrità del documento, garantito, invece, solo dal formato PDF/A.

Il motivo è rigettato, essendo l'immutabilità dell'offerta non connessa al formato in cui le offerte vengono consegnate, ma alla firma digitale, apponendo la quale il documento viene formalmente consegnato alla stazione appaltante unica. Con la firma digitale, il sistema telematico della stazione appaltante “copia, segrega e archivia” il documento, rilevando immediatamente la presenza di macroistruzioni o codici eseguibili, idonei a modificarne il contenuto o la struttura. L'immutabilità non è una caratteristica intrinseca del formato (anche il formato PDF/A è modificabile), ma è garantita

dalla firma digitale. Conseguentemente, il disciplinare non richiedeva la consegna delle offerte esclusivamente nel formato PDF/A, ma autorizzava espressamente anche la consegna attraverso il formato PDF ordinario.

Ma vi è di più.

L'articolo 20, comma 3 del codice dell'amministrazione digitale (D.L.vo 82/2005, in breve CAD) stabilisce che *“le regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione, la validazione temporale dei documenti informatici, nonché quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica avanzata, sono stabilite ai sensi dell'articolo 71”*. L'articolo 71 CAD delega al Presidente del Consiglio di Ministri il compito di dettare le regole tecniche attraverso l'adozione di decreti, da emanare secondo una determinata procedura (sentire il garante, acquisizione di pareri tecnici ecc.). L'articolo 21 (comma 2) CAD stabilisce che *“...il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3 che garantiscono l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile.”*

Alla luce di queste disposizioni si ritiene non sufficiente il mero sospetto in ordine all'astratta modificabilità del documento. Occorre anche la prova concreta che il sistema telematico utilizzato dalla stazione appaltante non sia conforme alle prescrizioni dettate dal codice dell'amministrazione digitale o che la documentazione caricata dai concorrenti fosse effettivamente dotata di macroistruzioni o codici eseguibili. In caso contrario, il motivo non è solo infondato, prospettandosi addirittura inammissibile.

b) Un altro motivo escludente, addotto da ZH nei confronti dell'ATI Unionbau nella memoria depositata il 28.10.2013 (motivo sub 1.B. nella causa iscritta al n. 229/13), riguarda la sottoscrizione dell'offerta tecnica. Poiché l'associazione temporanea, capeggiata da Unionbau, non era ancora costituita, si sostiene che tutti i documenti avrebbero dovuto essere firmati da tutti i suoi componenti, mentre non lo erano quei documenti, nei cui confronti il disciplinare di gara autorizzava la sottoscrizione ad opera della sola mandataria. Si aggiunge, precisando, che è stato impugnato anche il disciplinare nella parte in cui consentiva la sottoscrizione ad opera della sola capogruppo.

Il motivo è infondato. A differenza dell'associazione già costituita che va qualificata 'come mandato con rappresentanza' e nella quale è sufficiente la firma delle offerte da parte della sola impresa mandataria che rappresenta le altre, l'associazione non ancora costituita è basata su una semplice promessa o impegno scritti in ordine alla futura costituzione dell'associazione, sospensivamente condizionata all'aggiudicazione.

In tale ultimo caso l'articolo 37 (8. comma) del codice appalti prescrive che *"...l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento temporaneo..."* e, completando la prescrizione con la sanzione, l'articolo 46-1bis stabilisce che la *"... stazione appaltante esclude i concorrenti ... nei casi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali..."*.

L'accento va posto sull'inciso *"incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta"* che non sussiste nel caso in esame. La provenienza sarebbe assolutamente incerta solo se essa difettesse integralmente

della sottoscrizione e se questa mancasse su tutti i documenti. Solo allora l'offerta potrebbe considerarsi priva di paternità e s'imporrebbe l'esclusione. Non si ritiene, pertanto, integrata la fattispecie *“dell'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta”*.

c) Gli ultimi motivi paralizzanti fatti valere da ZH riguardano il ricorso dell'ATI Volcan (motivi II e III della memoria incidentale dep. 28.10.2013 nella causa 210/13). ZH si duole che Volcan non abbia supportato l'offerta tecnica attraverso idonea documentazione. In tal modo il prodotto dichiarato non corrispondeva più al prodotto offerto. Più in particolare, con riferimento alla vetratura di tamponamento (posizione 20.50.00.10), Volcan avrebbe offerto un valore di abbattimento acustico pari a 45 DB, mentre dalla scheda tecnica emergeva un valore di abbattimento solo di 42 DB, inferiore al requisito essenziale minimo richiesto. Secondo questa tesi, l'ATI Volcan andrebbe esclusa, poiché sarebbero integrati gli estremi della dichiarazione non veritiera a causa della divergenza tra il dichiarato e l'offerto.

Si reputa che la censura non costituisca un motivo di esclusione dalla gara ma incida sull'attribuzione del punteggio, come tale rientrante nel merito valutativo dell'offerta. In conformità a quanto sostenuto dalla difesa della Provincia, prevale, almeno in linea di principio, l'offerta dichiarata su quella risultante dalla scheda tecnica. Il motivo sarà dunque esaminato, se necessario, insieme agli altri motivi riguardanti l'attendibilità delle valutazioni di merito compiute dalla commissione tecnica (sub IV).

Nel concreto, se il prodotto offerto non soddisfa i requisiti essenziali, la commissione dovrà valutarla con “0” punti, ma non si procede all'esclusione dell'offerta. Il disciplinare di gara (articolo 2.3.

a pagina 5 e 6), indicando i criteri di valutazione per le singole voci del fascicolo qualità, attribuisce, infatti, *“... un punteggio pari a ‘0’ a quelle posizioni del fascicolo, compilate dall’offerente, che rispettano solo in parte i requisiti essenziali ivi richiesti”*, aggiungendo che *“...in fase di esecuzione dei lavori all’aggiudicatario sarà richiesta comunque la fornitura di una prestazione che rispetti almeno tutti i requisiti essenziali del prodotto.”*

II. Rigettati i motivi paralizzanti, si passa all’approfondimento dei motivi di inammissibilità.

Dapprima ci si addentra nei due motivi di inammissibilità eccepiti dalla difesa della Provincia (nelle memorie di costituzione e di replica).

d) Come già detto, la prima eccezione di inammissibilità riguarda entrambi i ricorrenti ed è basata sull’articolo 37 comma 18 codice appalti che, secondo questa tesi, andrebbe applicato analogicamente all’impresa che si trova in concordato preventivo.

La disposizione citata stabilisce: *“...in caso di fallimento del mandatario... la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ... ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni, la stazione appaltante può recedere dall’appalto.”*

La disposizione si riferisce senza ombra di dubbio solo alla fase esecutiva dell’appalto (e comunque successiva alla firma del contratto). Essa si riferisce, in altre parole, a quei casi, in cui il lavoro ha già avuto inizio ma non è stato ancora terminato. Essendo preferibile portarlo a termine senza fermarlo (con il rischio che il cantiere resti bloccato per lungo tempo), la stazione appaltante è autorizzata, in via del tutto eccezionale ed in deroga al principio di

immutabilità del contraente, a scegliersi discrezionalmente un altro operatore economico con il quale proseguire e concludere i lavori, senza l'osservanza di una particolare procedura.

Il caso in esame, invece, si riferisce alla fase precedente, quella della gara. Non essendo avvenuta ancora l'aggiudicazione, non può essere accordata alla stazione appaltante la discrezionalità di sostituire uno dei concorrenti. Sarebbe lo stravolgimento di ogni principio sottostante alle procedure selettive che sarebbe portato 'ad absurdum'. Si procederebbe alla sostituzione di un concorrente all'interno di una procedura selettiva, senza necessità di osservanza delle regole selettive.

e) Per quanto riguarda il secondo motivo di inammissibilità, quello per tardività (eccepito dalla Provincia unicamente nei confronti della Volcan), è facile osservare che l'ATI Volcan ha tempestivamente impugnato l'aggiudicazione. Non aveva alcun obbligo o dovere di sollevare la questione relativa al concordato preventivo già durante la seduta del 28.6.2013, nella quale era stata stilata la graduatoria. Il termine di impugnazione decorre, infatti, dalla data della comunicazione dell'aggiudicazione. Il motivo è pertanto infondato.

f) Un altro motivo di inammissibilità presentato da ZH nei confronti dell'ATI Unionbau (punto 2.A. del ricorso incidentale depositato il 28.10.2013) riguarda la "prova di resistenza" che Unionbau non avrebbe superato, determinando pertanto la sua carenza di interesse a ricorrere.

Il motivo è infondato. La verifica della prova di resistenza non sarebbe superata unicamente nel caso in cui l'ATI Unionbau avesse fatto valere censure, sulla base delle quali non avrebbe mai raggiunto il risultato mirato in caso di accoglimento del ricorso (annullamento

dell'aggiudicazione alla prima ed alla seconda classificata). Ma, i motivi addotti da Unionbau sono astrattamente idonei al raggiungimento del risultato prefisso, qualora accolti. In particolare, se fossero fondati i motivi di esclusione presentati nei confronti di ZH e se anche la tesi dei vizi macroscopici commessi nella valutazione dell'offerta tecnica dell'ATI Volcan fosse fondata, s'imporrebbe l'esclusione della prima e l'annullamento della classificazione dell'ATI Volcan al secondo posto della graduatoria, con conseguente necessità di rinnovazione del segmento procedimentale relativo alla valutazione delle offerte tecniche (in tal senso: CdS, VI, 1332/12), alla quale dovrebbero partecipare le offerte dell'ATI Volcan e dell'ATI Unionbau.

III. Rigettati i motivi di inammissibilità, si passa ora all'approfondimento dei motivi tesi all'esclusione di ZH. Sono i motivi contenuti nel ricorso principale di Volcan (motivi sub I e II nella causa iscritta la n. 210/13) e nel ricorso principale dell'Unionbau (motivi sub A "illegittimità formali" nella causa iscritta al n. 229/13).

g) E' fondato il motivo addotto da entrambi i ricorrenti che riguarda la domanda di concordato preventivo (motivo I del ricorso Volcan e motivo A, punto 1 del ricorso Unionbau), basato sull'articolo 38, comma 1, lettera a) del codice degli appalti.

L'art. 38, comma 1, lettera a) stabilisce:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento... e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento... di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186-bis del r.d. 16 marzo 1942 n.247, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni...”.

Ai fini dell'interpretazione di questa disposizione sono decisivi i commi IV e V dell'articolo 186-bis legge fallimentare che stabiliscono:

“(IV comma): L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedura di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

a) una relazione di un professionista...che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento al contratto;

b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale... richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare alla impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto...”.

(V. comma): Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale...”.

Come già accennato nell'ordinanza cautelare n. 135/13, che ha sospeso l'appalto, le disposizioni indicano il giusto equilibrio tra i molteplici interessi contrastanti in gioco, da un lato l'interesse ed il diritto dell'impresa in crisi di potere continuare l'attività, dall'altro lato, gli interessi dei concorrenti in gara ad essere trattati in condizioni di parità (quindi la tesi che bisogna favorire l'impresa in crisi, cozza inevitabilmente contro questo principio), l'interesse dei creditori e soprattutto l'interesse economico della comunità affinché

gli appalti siano aggiudicati alle imprese in grado di portarli a termine, per escludere a priori il rischio che i cantieri si blocchino durante l'esecuzione dei lavori.

Conviene partire dai fatti. ZH ha partecipato alla gara in qualità di impresa mandataria di un'ATI già costituita. Il termine per la presentazione delle offerte è scaduto il 15.3.2013, nella seduta del 28.6.2013 è stata stilata la graduatoria, il 3.7.2013 è stata comunicata formalmente l'aggiudicazione. In data 22.4.2013 è stata depositata presso il tribunale fallimentare la domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, pubblicata il medesimo giorno sul registro delle imprese. La domanda è stata presentata "in bianco", ovverossia senza allegazione del piano di risanamento previsto dall'articolo 160 L.F. e senza allegazione della documentazione prescritta dall'articolo 161 L.F. La domanda "in bianco" persegue unicamente la finalità di ottenere dal tribunale un termine (moratoria) che, da un lato, sospende tutte le procedure esecutive pendenti a carico dell'impresa in crisi e, dall'altro, consente a quest'ultima di guadagnare tempo per potere trattare con i creditori e preparare 'con calma' il piano di risanamento, senza l'assillo delle procedure esecutive.

Il giorno successivo al deposito della domanda, ZH ha ottenuto dal tribunale fallimentare una moratoria di 120 gg, successivamente prorogata di altri 60 gg (il tempo massimo è di 180 gg). ZH si trova ancora nella fase della moratoria. Nell'ipotesi in cui essa fosse in grado di presentare il piano di risanamento, la domanda dovrà passare un primo vaglio da parte del tribunale fallimentare, di natura più che altro formale, nel quale verrà esaminata la correttezza formale della documentazione depositata. E' il vaglio di ammissibilità

al concordato di cui all'articolo 162 L.F. Il tribunale fallimentare nominerà un 'advisor' (commissario giudiziale) che, persona neutra e terza, esaminerà il piano di risanamento. Depositata la relazione da parte del commissario giudiziale (articolo 172 L.F.), i creditori verranno chiamati a votare ai sensi dell'articolo 174 L.F. Il voto dei creditori costituirà il fulcro centrale della procedura. Saranno i creditori e non il tribunale fallimentare a decidere, secondo convenienza, in ordine all'approvazione sostanziale o meno del piano. Ottenuta la maggioranza dei voti da parte dei creditori (articolo 177 L.F.), il tribunale fallimentare pronuncerà la decisione finale con l'omologazione del concordato ai sensi dell'articolo 180 L.F, dopo avere esaminato le opposizioni dei creditori dissenzienti.

Orbene, il V comma dell'articolo 186-bis stabilisce che "*l'impresa in concordato*" non può assumere la veste di mandataria.

Come va interpretato l'inciso "*impresa in concordato*"?

La prima interpretazione possibile è che tale sia già l'impresa che abbia depositato la sola domanda di ammissione al concordato preventivo. Depositata la domanda, l'impresa si troverebbe già "in concordato", ancorché appena nella fase iniziale della procedura appena descritta.

La seconda interpretazione possibile è che "in concordato" sia l'impresa solo quando la domanda di ammissione sia già stata definitivamente omologata. L'impresa si troverebbe già in fase di attuazione del piano di risanamento, avendo percorso positivamente tutta la procedura concordataria, con l'approvazione sia da parte dei creditori che da parte del tribunale fallimentare.

Qual è l'interpretazione da accogliere? La prima, perché la seconda interpretazione - come efficacemente dimostrato dalla difesa

dell'Unionbau nella memoria depositata il 18.11.2013 - porterebbe a conseguenze assurde. La seconda opzione interpretativa porterebbe all'esclusione dell'impresa il cui piano abbia già trovato l'avallo sia dei creditori che del tribunale, mentre l'impresa - è il caso di ZH - che ancora non ha neppure depositato il piano di risanamento non verrebbe esclusa. La disparità di trattamento sarebbe evidente, poiché si escluderebbe l'impresa il cui concordato presenta elevate probabilità di successo, mentre non si escluderebbe l'impresa che, se non riuscisse a presentare il piano o che, in caso di piano presentato, non riuscisse a convincere i creditori ed il tribunale in ordine alla sua fattibilità, rischierebbe seriamente il fallimento.

Ma vi è un altro argomento, altrettanto importante, per disporre l'esclusione di ZH. E' basato sul IV comma, lettera a), dell'articolo 186-bis che impone all'impresa in concordato di presentare "*in gara*" una relazione da parte di un professionista qualificato che "*...attesti la conformità al piano (di risanamento) e la ragionevole capacità di adempimento del contratto...*". ZH non ha prodotto questa relazione e non è neppure in grado di produrla, perché il piano di risanamento non esiste ancora. ZH si trova tuttora nella fase della moratoria, vale a dire nella fase delle trattative e di elaborazione del piano.

Da ultimo, in favore dell'esclusione milita anche "*...l'esigenza di certezza dello status delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici...*" come ha avuto modo di constatare il CdS nell'ordinanza n. 4429/2013, in occasione di un'altra procedura selettiva riguardante ZH.

Concludendo il ragionamento, lo status di impresa mandataria o capogruppo di un'associazione temporanea d'impreses è inconciliabile con lo status di impresa in concordato preventivo. Poiché i requisiti

di ordine generale devono perdurare durante tutto lo svolgimento della procedura selettiva, fino alla stipula del contratto (in tal senso inequivocabilmente: CdS, V, 1446/2011; v. anche determinazione n. 1/2010 dell'AVCP sub punto 2), in capo all'impresa ZH, avendo essa depositato la domanda di ammissione al concordato preventivo durante la gara, è venuto a mancare in corso di gara il requisito di cui all'art. 38, comma 1 lettera a del codice degli appalti.

Va, pertanto, disposta l'esclusione.

Non occorre più esaminare, perché assorbiti, i restanti motivi di esclusione fatti valere, sia da Volcan con riguardo alla polizza fideiussoria (2. motivo del ricorso principale iscritto al n. 210/13), che da Unionbau con riguardo al DURC (motivo sub A, punto 1), alla mancata indicazione delle società collegate o controllate ai sensi dell'art. 2359 CC (motivo sub A, punto 2) ed ai coefficienti identici attribuiti dai commissari tecnici (motivo sub A, punto 3).

La domanda che si pone a questo punto è, se l'esclusione riguardi solo la mandataria ZH, come sostenuto dalla difesa della Provincia che argomenta in analogia all'articolo 37/18 codice appalti, o se riguardi tutte le imprese del raggruppamento da lei rappresentate.

Seppure confortata dal principio di conservazione, la tesi della Provincia è da rigettare, innanzitutto perché, come già spiegato sopra, l'articolo 37/18 vale solo per la fase esecutiva dell'appalto, ed in secondo luogo, perché essa porterebbe alla conseguenza inaccettabile che la pubblica amministrazione possa sostituire un operatore economico già durante la fase della gara. E' impensabile che, mentre si aggiudichi la gara al raggruppamento, si proceda al contempo alla sostituzione dell'impresa mandataria. Va escluso pertanto l'intero raggruppamento.

L'ultimo esame riguarda la c.d. 'New Company' che l'aggiudicataria ZH sarebbe in procinto di costituire, con effetti retroattivi, insieme alla quarta classificata Carron. Acquistato il ramo aziendale ZH relativo alle costruzioni, la NewCo sarebbe legittimata, secondo questa tesi, a sostituire nell'appalto la cedente ZH (che rimarrebbe in concordato preventivo, svuotato tuttavia dell'appalto). La tesi è infondata, come si evince da una veloce lettura degli articoli 51 e 116 codice appalti. La prima disposizione normativa presuppone la già avvenuta costituzione della nuova società, mentre, allo stato, la costituzione della New Company è appena abbozzata (v.doc. 59 fascicolo ZH). La seconda non ammette il subentro automatico, potendosi la stazione appaltante opporre.

IV. Esclusa dalla gara l'offerta dell'ATI ZH, non occorre più esaminare, rimanendo assorbite, le doglianze "di merito" da questa fatte valere in ordine all'operato della commissione tecnica, in particolare in ordine agli errori e vizi in cui questa sarebbe incorsa nel valutare le offerte tecniche presentate dall'ATI Volcan e dall'ATI Unionbau (motivi sub II e III del ricorso incidentale depositato 28.10.2013 nella causa iscritta al n. 210/13; motivi sub 1.C del ricorso incidentale depositato il 28.10.2013 nella causa iscritta al n. 229/13: "*motivo subordinato: sul punteggio assegnato all'ATI Unionbau*"). In direzione opposta, non occorre neppure approfondire, perché altrettanto assorbite, le doglianze "di merito" avanzate da Unionbau nei confronti delle valutazioni della commissione tecnica sull'offerta tecnica dell'ATI ZH (motivi sub B, da 1 a 7 del ricorso principale nella causa iscritta al n.229/13, limitatamente ai punti riguardanti l'offerta ZH).

h) Resta unicamente l'approfondimento delle censure "di merito" presentate da Unionbau nei confronti dell'offerta tecnica dell'ATI Volcan, più precisamente nei confronti delle valutazioni effettuate dalla commissione tecnica e del punteggio da questa attribuito. Sono i 'sub-motivi' trattati al punto 3.4, al punto 4, al punto 5 ed al punto 6 del motivo sub B (*"vizi, irrazionalità, contraddizioni logiche, incongruenze nella valutazione della commissione tecnica"*). Se le doglianze fossero fondate, avendo la commissione tecnica effettivamente attribuito, sulla base di errori macroscopici, un punteggio troppo elevato all'offerta tecnica dell'ATI Volcan (si sostiene che l'offerta tecnica dell'ATI Volcan sia stata sopravvalutata per ben 26,1 punti), il verbale di aggiudicazione andrebbe annullato anche nella parte in cui aveva classificato l'ATI Volcan al secondo posto della graduatoria. A tal fine la difesa dell'ATI Unionbau chiede eventualmente l'assunzione di una ctu.

Atteso che ogni valutazione tecnica (che non sia un mero accertamento) presenta inevitabilmente un margine di opinabilità, non è ammesso, almeno in linea di principio, che il giudice sostituisca il proprio giudizio, altrettanto opinabile, al giudizio della commissione tecnica (v. CdS, VI, 1332/12 e giurisprudenza ivi richiamata), neppure attraverso 'il grimaldello' o la 'longa manus' del ctu. E' noto, infatti, l'indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni effettuate dalla commissione tecnica sia sostanzialmente di tipo "estrinseco". Solo nel caso in cui "ictu oculi" si ravvisassero illogicità, contraddittorietà o altri profili di inattendibilità nelle valutazioni compiute dalla commissione, il giudice annullerà il provvedimento impugnato, se necessario dopo avere disposto una consulenza tecnica d'ufficio.

Egli, invece, non potrà mai attribuire direttamente il punteggio tecnico (come sembra chiedere in via principale la difesa dell'ATI Unionbau), pena la violazione del principio di separazione dei poteri sotteso all'ordinamento costituzionale, secondo il quale l'unico soggetto in grado di apprezzare in via immediata e diretta le offerte sia la pubblica amministrazione (attraverso la commissione tecnica).

Le doglianze dell'Unionbau vanno analizzate sulla base del parametro di giudizio appena esposto. In particolare occorre chiarire in via preliminare e prioritaria se la commissione tecnica sia incorsa in errori di valutazioni grossolani, tali da considerare inattendibili le valutazioni meritorie compiute riguardo all'offerta dell'ATI Volcan.

Cominciando dal punto 6, Unionbau accusa Volcan di avere offerto delle qualità non confermate dalle schede tecniche, con particolare riferimento alla vetratura di tamponamento (6.1), agli elementi ciechi di tamponamento (6.2) ed al campione box uffici (6.3). Come ha efficacemente replicato la difesa della Provincia, per quanto riguarda il campione box uffici, “...il fascicolo non comprende questa voce e di conseguenza non contiene nessuna prescrizione relativa al box di legno...” e, per quanto riguarda gli elementi ciechi di tamponamento, la “resistenza al fuoco” non era richiesta né dal fascicolo né dal testo esteso.

Per quanto riguarda il punto 4, Unionbau si duole che l'impresa Bettiol, società mandante dell'ATI Volcan, abbia indicato nel curriculum del direttore dei lavori delle referenze non corrispondenti alla realtà. Dal momento che l'affermazione non risulta dalla documentazione prodotta in sede di gara (v. difesa della Provincia nell'atto di costituzione e replica depositato il 20.9.2013), si ritiene che si tratti dell'affermazione di un fatto che era al di fuori della sfera

di controllo della commissione tecnica. La sua verifica necessiterebbe di un'ampia istruttoria tesa all'accertamento dei fatti concreti (assunzione di testimoni ecc.), inconciliabile, da un lato, con le esigenze di celerità del processo in materia di appalti e, dall'altro lato, con i limiti del presente giudizio.

Per quanto riguarda la censura sub 3.4, Unionbau si duole che il campione presentato da Volcan non corrisponderebbe alle norme di sicurezza (es: cavo elettrico FROR). Si condivide la tesi della difesa della Provincia secondo la quale il campione serve, come precisato dal disciplinare, principalmente per valutare la qualità esecutiva ed estetica dell'opera e non la corrispondenza alle caratteristiche tecniche.

Considerazioni analoghe valgono anche nei confronti della censura di cui al punto 5. Premesso che nel progetto erano previste diverse misure, la difesa della Provincia ha chiarito ulteriormente che lo scopo del campione non era quello di definire una misura vincolante (nel caso in esame della bocchetta) ma piuttosto quello di evidenziare la qualità del prodotto e la tipologia di montaggio.

Riassumendo, poiché i vizi affermati o non sussistono proprio o non sembrano gravi o grossolani, non sussiste alcuna ragione per mettere in dubbio l'attendibilità delle valutazioni compiute dalla commissione tecnica. Non è pertanto necessario disporre l'assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio. In conclusione, il ricorso dell'Unionbau non sembra idoneo a contendere all'ATI Volcan il secondo posto nella graduatoria.

Non occorre più esaminare, rimanendo assorbito, il ricorso incidentale dell'ATI Volcan (memoria depositata il 17.10.2013 nella causa iscritta al n. 229/13), nel quale questa accusa a sua volta la

commissione tecnica di avere attribuito un punteggio troppo elevato all'ATI Unionbau.

V. Traendo le conclusioni finali: vanno rigettati i motivi paralizzanti ed i motivi di inammissibilità adottati dall'ATI ZH e dalla Provincia Autonoma di Bolzano nei confronti delle ATI Volcan e Unionbau; vanno accolti i motivi tesi all'esclusione dell'ATI ZH; vanno rigettati i motivi di natura meritoria (valutativa) presentati dall'ATI Unionbau nei confronti dell'offerta tecnica dell'ATI Volcan.

Di conseguenza, il verbale di aggiudicazione va annullato nella parte in cui non ha provveduto ad escludere dalla gara l'offerta della prima classificata ATI ZH, mentre resta confermato nella parte in cui ha attribuito un punteggio maggiore all'offerta dell'ATI Volcan rispetto all'offerta dell'ATI Unionbau.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza.

L'ATI Unionbau e l'ATI ZH rifondono le spese di giudizio all'ATI Volcan.

Sono compensate, invece, le spese tra l'ATI Unionbau e l'ATI ZH, nonché tra la Provincia Autonoma di Bolzano e le ricorrenti (ATI Volcan e ATI Unionbau).

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando:

a) accoglie il ricorso dell'ATI Volcan (iscritto al n. 210/13) e rigetta parzialmente il ricorso dell'ATI Unionbau (iscritto al n. 229/13) e, per l'effetto, annulla il verbale di aggiudicazione nella parte in cui non ha escluso dalla gara l'ATI ZH;

b) condanna le ricorrenti ATI Unionbau (in via solidale tra la mandataria e le mandanti) e ATI ZH (in via solidale tra la mandataria

e le mandanti) a rifondere le spese di giudizio all'ATI Volcan che si liquidano in Euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori, a carico dell'ATI ZH ed in Euro 12.000,00 (dodicimila/00), oltre accessori, a carico dell'ATI Unionbau;

c)compensa le spese di giudizio tra l'ATI Unionbau e l'ATI ZH, nonché tra la Provincia Autonoma di Bolzano e le ricorrenti ATI Volcan e ATI Unionbau;

d)condanna altresì l'ATI ZH (per quanto riguarda la causa 210/2013) e l'ATI Unionbau (per quanto riguarda la causa 229/13) a rimborsare all'ATI Volcan il contributo unificato.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Hugo Demattio, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere

Peter Michaeler, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2013

IL SEGRETARIO

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

