

Publicato il 25/05/2020

N. 00741/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00334/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;
sul ricorso numero di registro generale 334 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Matarrese s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi d'Ambrosio, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, piazza Garibaldi, 23;

contro

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Vernola, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e con domicilio eletto in Bari, via Dante, 97;

nei confronti

società Conpat s.c.a.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Conpat s.c.a.r.l. - D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. - Sifel s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Del Duca e Franco Gagliardi La Gala, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e con domicilio eletto in Bari, via Abate Gimma, 94;

D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l., S.I.F.EL. s.p.a., Manelli Impresa s.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- dell'aggiudicazione prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2020/0000/125 del 24.1.2020 disposta da RFI - Rete Ferroviaria Italiana, della procedura di affidamento n. DAC.0312.2018 (CIG 7653306BE5) ad oggetto la “progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Pescara - Bari, nella tratta Termoli - Lesina, lotto 1 Ripalta - Lesina, tra la pk 0+000 (coincidente con la pk 464+267 della LS Pescara – Bari) e la pk 7+470 (coincidente con la pk 471+856 della LS), comprensivo di armamento ferroviario, e degli impianti tecnologici (impianti di trazione elettrica, luce e forza motrice, telecomunicazioni, segnalamento) che si estendono fino alla pk 7+983 (coincidente con la pk 472+371 della LS) esperita ai sensi del D. Lgs. 50/2016 del 18/01/2019”, comunicata con nota prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2020/0000126 del 24.1.2020, pervenuta in data 27.1.2020, pure impugnata;

- di tutti i verbali di gara, nessuno escluso (seduta pubblica del 14.3.2019, seduta riservata del 5.4.2019, seduta pubblica del 15.4.2019, 31.7.2019, 8.11.2019);
- della “relazione conclusiva dei lavori della commissione giudicatrice in riferimento alla Valutazione delle Offerte Tecniche (busta “B”)” del 28.10.2019, allegata alla nota a firma del Presidente della Commissione prot. n. RFI-DIN-DIS/A0011/P/2019/0000883 del 30.10.2019 e delle accluse due tabelle con valutazione degli elementi tecnici;
- del provvedimento di approvazione degli esiti della procedura a firma del RUP per la fase di affidamento del 23.1.2020 dichiaratamente nominato “segue verbale della Commissione di gara del 08/11/2019” con cui “visto il verbale della Commissione di gara del 08/11/2019 ed effettuata la verifica di congruità dell’offerta del RTI Consorzio Conpat s.c.a.r.l. (...), come da separato atto prot. n. RFI-DIN-DIS/A0011/P/2020/0000062 del 17.1.2020 a firma della Commissione giudicatrice” ha aggiudicato (“si aggiudica”) la “procedura in oggetto per un importo pari a € 59.183.899,98 (...) al netto del ribasso percentuale del 16,179%, di cui oneri per la sicurezza pari a € 1.922.641,57 (...) al RTI Consorzio Conpat s.c.a.r.l. c.f. 06044391214 (mandataria con consorziata esecutrice Menelli Impresa srl c.f. 06746680724) – D’Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali srl C.F. 02461490647 - S.I.F.EL. s.p.a. C.F. 01981810060”;
- degli esiti del sub procedimento di anomalia dell’offerta di cui al verbale della Commissione del 17.1.2020 e alla “relazione dei lavori della Commissione giudicatrice in riferimento alla verifica di congruità dell’offerta economica presentata dal RTI costituendo

Consorzio Conpat s.c.a.r.l. – D’Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. - Sifel spa” ivi approvata, in allegato alla nota prot. n. RFI-DIN-DIS/A0011/P/2020/0000062 del 17.1.2020 (atti pure tutti impugnati, conosciuti in data 25.2.2020);

- di tutti gli atti ai predetti presupposti, connessi, consequenziali, ancorché non conosciuti;

nonché per la declaratoria di nullità del contratto ove *medio tempore* stipulato tra le parti ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, comma 1, lett. c) e d), 122 e 124 del codice del processo amministrativo;

e altresì per l’accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica volta a conseguire l’aggiudicazione dell’appalto *de quo* e conseguente sottoscrizione del contratto previa, ove occorra e in ipotesi di intervenuta sottoscrizione del contratto con l’aggiudicataria in esecuzione dei provvedimenti impugnati, dichiarazione d’inefficacia e accoglimento della domanda di subentro qui espressamente proposta;

- in via di estremo subordine e qualora non fosse possibile conseguire l’aggiudicazione o subentrare nel contratto frattanto stipulato, per l’accoglimento della domanda di risarcimento per equivalente, da quantificarsi in corso di causa, comunque nella misura non inferiore al 10 % dell’importo a base di gara, oltre al rimborso delle spese di partecipazione alla procedura; nonché, per l’accertamento *ex* artt. 116 e 117 del codice del processo amministrativo dell’illegittimità del diniego parziale opposto da Rete Ferroviaria Italiana Spa con note prot. n. 506 del 21.2.2020 e prot. n. 520 del 25.2.2020 in relazione alle istanze di accesso del 27.1.2020, 10.2.2020 e 19.2.2020, con condanna della Stazione appaltante alla esibizione degli atti sottratti all’accesso;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e della società Conpat s.c.a.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Conpat s.c.a.r.l. - D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. - Sifel s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla società Conpat s.c.a.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Conpat s.c.a.r.l. - D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. - Sifel s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2020 il dott. Francesco Cocomile;

L'udienza si svolge mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27;

Ritenuto di definire il presente giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, del codice del processo amministrativo e 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27;

La normativa in vigore non prevede audizioni in questa fase;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando di gara spedito per la pubblicazione sulla G.U.C.E. in data 23.10.2018 la società Rete Ferroviaria Italiana (di seguito RFI) indiceva la gara (CIG 7653306BE5) per l'affidamento della

“progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Pescara - Bari, nella tratta Termoli - Lesina, lotto 1 Ripalta - Lesina, tra la pk 0+000 (coincidente con la pk 464+267 della LS Pescara – Bari) e la pk 7+470 (coincidente con la pk 471+856 della LS), comprensivo di armamento ferroviario, e degli impianti tecnologici (impianti di trazione elettrica, luce e forza motrice, telecomunicazioni, segnalamento) che si estendono fino alla pk 7+983 (coincidente con la pk 472+371 della LS)”.

L'importo complessivo per la realizzazione delle opere (*sub* B del disciplinare di gara), risultante dal progetto definitivo posto a base di gara, ammonta a complessivi € 70.236.447,95, oltre IVA di cui:

- € 1.922.641,57 per oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso;
- € 1.247.130,37 (IVA e contributo integrativo esclusi) per la progettazione esecutiva comprensiva della redazione del piano di sicurezza;
- € 67.066.676,01 (di cui € 61.618.870,74 per prestazioni a corpo e € 5.447.805,27 per prestazioni a misura) per lavori e servizi (bonifica da ordigni bellici).

Il criterio prescelto per l'aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo *ex art.* 95 del decreto legislativo n. 50/2016, come prescritto *sub* K del disciplinare di gara.

Esaurito l'esame delle offerte tecniche ed economiche, la Commissione giudicatrice concludeva i propri lavori in data 8.11.2019, redigendo la graduatoria definitiva in cui primo classificato è risultato il RTI costituendo tra il Consorzio Conpat s.c.a.r.l. e le società D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni

Generali s.r.l. e Sifel s.p.a. con il punteggio totale di 89 (ottenendo la massima valutazione per gli elementi migliorativi), seguito dalla società Matarrese a r.l., odierna deducente, seconda classificata con punti 66,1010.

Veniva così esperito il procedimento di anomalia dell'offerta (provvedimento RUP del 23.1.2020 e relazione Commissione del 17.1.2020).

In data 27.1.2020 RFI comunicava alla società Matarrese gli esiti definitivi della procedura, cui è seguito l'accesso (parziale) all'offerta del RTI aggiudicatario.

In data 24.1.2020 veniva disposta l'aggiudicazione della procedura per cui è causa in favore del RTI controinteressato.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio la ricorrente Matarrese s.r.l. contestava gli atti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

1) violazione degli artt. 94 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016 in relazione agli artt. I, II e J del disciplinare di gara (pagg. 34 - 41) e della tabella di ponderazione (allegato n. 4 al disciplinare); violazione del principio della par condicio e dell'autovincolo; violazione dell'art. 95, comma 14, del decreto legislativo n. 50/2016; violazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto d'istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento; sviamento: il RTI Conpat avrebbe dovuto produrre un computo metrico non estimativo in uno all'offerta tecnica così come prescritto a pag. 37 del disciplinare di gara ("L'offerta tecnica, inoltre: ... a2) ove necessario, deve essere corredata da un computo metrico (non estimativo) senza l'indicazione di prezzi unitari o di importi economici tali da rendere

palese l'offerta economica, che riporti solo le descrizioni dettagliate degli elementi che si discostano da quanto previsto dal progetto definitivo, con indicazione della collocazione fisica o in modo che si possa agevolmente comprendere la collocazione fisica di tali elementi rispetto allo stesso progetto definitivo; il computo metrico deve essere redatto in coerenza con il progetto posto a base di gara e deve dare atto, con la pertinente descrizione: - delle voci ridotte nelle quantità o soppresse integralmente; - delle voci aumentate nelle quantità o delle nuove voci introdotte in aggiunta o in sostituzione"); la disciplina - assolutamente vincolante per la Stazione appaltante - di gara avrebbe, pertanto, imposto in maniera inequivocabile la produzione, a pena di esclusione, del computo metrico non estimativo "ove necessario", ovvero nell'ipotesi in cui le proposte migliorative avessero modificato alcuni aspetti del progetto definitivo posto a base di gara; nel caso di specie il RTI Conpat avrebbe effettivamente proposto modifiche migliorative (*i.e.* 1. la sostituzione dei sostegni provvisori del tipo "struttura essen speciale per deviatoio" in luogo dei sostegni di tipo "essen standard"; 2. la realizzazione di 300 metri di nuovo binario con relativa elettrificazione; 3. la modifica dimensionale di un tombino in c.a., per il quale si stima una riduzione del 40% del quantitativo del volume di calcestruzzo previsto nel progetto originario e conseguente riduzione di acciaio per armature e casseformi derivanti; 4. la soppressione della tubazione ARMCO prevista dal progetto a base di gara), con la conseguenza che, in forza di quanto previsto a pag. 37 del disciplinare di gara, l'omessa produzione del computo avrebbe dovuto comportare l'esclusione del raggruppamento; tutte le predette variazioni concretanti aspetti tecnico-migliorativi, nell'ottica delle

prescrizioni del bando, avrebbero dovuto trovare riscontro anche sotto il profilo quantitativo nei computi metrici che, tuttavia, il RTI aggiudicatario non ha prodotto; conseguentemente, la disposta aggiudicazione sarebbe illegittima per violazione della citata prescrizione del disciplinare di gara; invero, in applicazione del principio dell'autovincolo, a fronte di una prescrizione tassativa e con formulazione chiara, non vi è alcun dubbio che in capo alla Stazione appaltante sussistesse un obbligo conformativo con riferimento all'esclusione del RTI Conpat, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione in applicazione del disciplinare *sub* J (“motivi di esclusione dalla gara”: “saranno esclusi i candidati in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste (...) dal bando e dal presente disciplinare laddove espressamente individuate”) e *sub* I (ove è prescritto “a pena di esclusione” l'obbligo di corredare l'offerta del richiamato computo metrico); detta illegittimità sarebbe ancor più evidente ove si consideri che l'impianto logico-sistematico della disciplina di gara pone in continuità l'offerta tecnica con quella economica; in particolare, tutte le proposte migliorative che determinano modifiche al progetto posto a base di gara dovrebbero trovare riscontro, oltre che nei computi metrici allegati all'offerta tecnica, anche nell'offerta economica, prevedendo il disciplinare di gara (*sub* II, pag. 38) che “qualora il Concorrente proponga in Busta “B” (offerta tecnica), nei limiti e alle condizioni stabiliti dal presente Disciplinare, una o più soluzioni tecniche migliorative al Progetto Definitivo a base di gara, che comportino l'eliminazione, l'aggiunta o la sostituzione di lavorazioni previste nel Progetto Definitivo, l'elenco dei prezzi unitari (ovverosia la lista delle categorie di lavorazioni e forniture) deve essere da lui coerentemente adeguato

...”; in altri termini, la *lex specialis* avrebbe posto in capo al concorrente l’obbligo di modificare la lista delle categorie e delle forniture (ovverosia l’offerta economica) nelle relative quantità, adeguando la stessa alla propria offerta tecnica; il RTI aggiudicatario si sarebbe sottratto anche a tale obbligo, omettendo di adeguare la propria lista delle categorie all’offerta tecnica modificata a seguito della modifica/integrazione delle quantità relative alle proprie proposte migliorative; alla luce di quanto innanzi, non essendovi corrispondenza tra l’offerta tecnica proposta (così come descritta nella relazione) e l’offerta economica, sarebbe evidente la sussistenza di una causa espulsiva;

2) violazione, sotto distinto profilo, degli artt. 94 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016 in relazione agli artt. I, II e J del disciplinare di gara (pagg. 34 - 41) e della tabella di ponderazione (allegato n. 4 al disciplinare); violazione del principio della *par condicio* e dell’autovincolo; violazione degli artt. 94 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione dell’art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto d’istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento; sviamento: pur essendo ammissibili alla stregua della *lex specialis* modifiche migliorative al progetto posto a base di gara che investono singole lavorazioni o aspetti tecnici dell’opera lasciati aperti a diverse soluzioni (con il limite - di carattere generale - che le stesse non incidano sulla struttura e sulla tipologia del progetto a base di gara), nella specie il raggruppamento aggiudicatario avrebbe illegittimamente formulato la propria offerta; detta proposta, infatti, - in assenza della presentazione di documenti necessari (nell’ottica asseritamente espulsiva delle prescrizioni di gara) ad “allineare” la

proposta migliorativa con l'offerta tecnica (attraverso la produzione dei computi metrici non estimativi) ed economica (grazie alla modifica delle liste delle categorie di lavorazioni e forniture) - sarebbe sostanzialmente perplessa e indeterminata (in quanto non assistita dalle necessarie modifiche alla progettazione a base di gara discendenti dalle proposte migliorative); tenuto conto che in generale alla variante progettuale migliorativa introdotta nell'offerta tecnica, non può non corrispondere, nell'offerta economica, la relativa voce di nuovo prezzo o la modifica delle quantità di lavorazioni già previste nella lista delle categorie ovvero il non utilizzo di determinate lavorazioni e attesa la tassatività delle ipotesi espulsive previste dalla *lex specialis sub* art. I, lett. I) e II), art. J, il raggruppamento aggiudicatario sarebbe dovuto essere escluso dalla gara; peraltro, il RTI Conpat avrebbe proposto soluzioni migliorative (illustrate nella relazione) e valutate con il massimo punteggio dalla Commissione, che tuttavia non risulterebbero trasposte nel computo metrico non estimativo (e nell'offerta economica), ossia negli atti che integrano la disciplina contrattuale in sede esecutiva; risulterebbe, quindi, evidente anche l'ambiguità dell'offerta del RTI Conpat, peraltro espressamente sanzionata dal disciplinare di gara nelle disposizioni richiamate e dall'art. 94, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016;

3) violazione, sotto distinto ed autonomo profilo, degli artt. 94 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016 in relazione agli artt. I, II e J del disciplinare di gara (pagg. 34 - 41) e della tabella di ponderazione (allegato n. 4 al disciplinare); eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto d'istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento; sviamento: il RTI

aggiudicatario sarebbe dovuto essere escluso anche per altre ragioni; in primo luogo, la controinteressata avrebbe modificato le caratteristiche dimensionali di un tombino idraulico, determinando un peggioramento delle prestazioni previste nel progetto posto a base di gara; con riferimento al criterio 2.2 di valutazione dell'offerta tecnica ("ottimizzazione delle fasi realizzative dell'opera IN01" – tabella di ponderazione) il RTI Conpat avrebbe offerto l'esecuzione delle opere rappresentate nelle tavole codificate con l'identificativo del citato criterio (2.2) e numerate rispettivamente n. 1 e n. 2 con dimensioni inferiori al minimo previsto dalla legge di gara; in particolare, l'unica rappresentazione grafica quotata della sezione trasversale dei monoliti a farsi, tanto per la canna singola che per la doppia canna, indicherebbe l'altezza netta di metri 2,63 inferiore all'altezza netta rilevabile nei documenti a base di gara ove l'altezza prevista risulta rispettivamente pari a: almeno 2,74 metri secondo la geometria dell'opera esistente come da sezione B-B riportata nel medesimo elaborato, nel regime transitorio e 3,50 metri per la configurazione finale stabilita nel progetto definitivo a base gara; pertanto, la geometria del manufatto in questione illustrata nell'offerta tecnica di Conpat sarebbe in palese contrasto a) con le specifiche finalità del criterio di valutazione 2.2 mirato a premiare una soluzione che "consenta di non ridurre la sezione idraulica attuale del tombino", motivo per il quale sarebbe dovuta essere quanto meno salvaguardata l'esistente misura di 2,74 metri in altezza, e b) con le prescrizioni del disciplinare di gara che, a pag. 36, commina l'esclusione alle offerte che (iii) "prevedono soluzioni tecniche o prestazionali peggiorative rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara oppure incompatibili con

quest'ultima" (nella specie, sarebbe dovuta essere rispettata la misura di 3,50 metri in altezza del tombino stabilita per la configurazione finale dell'opera); conseguentemente, l'offerta del RTI Conpat, con cui è stata proposta una soluzione tecnica e prestazioni peggiorative e incompatibili con quella a base di gara, sarebbe dovuta essere esclusa; la stessa proposta del raggruppamento relativa alla realizzazione delle opere di adeguamento del tombino al Fosso Olivella 2 si contraddistinguerebbe per ulteriori anomalie che ne avrebbero dovuto determinare l'esclusione; mentre il progetto definitivo a base di gara contempla una sezione netta del tombino pari a metri 6,00 x 3,50, il RTI Conpat avrebbe proposto di poter conseguire una "sezione idraulica incrementata rispetto alla soluzione a base di gara" ma con una sezione che - oltre ad avere un'altezza inferiore a quella di progetto - sarebbe caratterizzata da una larghezza netta di 4,50 metri (rispetto ai 6,00 metri del progetto) e ulteriormente parzializzata dall'introduzione del setto di separazione del camminamento interno che produce l'effetto di ridurre la luce utile da 4,50 metri a 4,36 metri ($=0,98+3,38$); pertanto, sussisterebbero le seguenti cause di esclusione previste dal disciplinare (pag. 36) per le soluzioni che: ii. esprimono o rappresentano soluzioni tra loro alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivoche e caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla S.A.; iii. prevedono soluzioni tecniche o prestazionali peggiorative rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara oppure incompatibili con quest'ultima; iv. sono in contrasto con autorizzazioni, pareri o altri atti di assenso (...) oppure in contrasto

con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale o paesaggistica o con altri vincoli inderogabili se non già oggetto di deroghe già acquisite e contenute nella progettazione a base di gara; l'oggettiva "equivocità" della proposta di Conpat emergerebbe dalle relative rappresentazioni grafiche, essendo indicata nel medesimo elaborato (planimetria delle fasi realizzative - Tav. 1/2) una differente larghezza di ciascuna canna, quotata per una luce netta di 6 metri nella vista planimetrica e con una luce netta di 4,5 metri nelle sezioni già precedentemente richiamate; la Commissione invece di disporre l'esclusione dell'offerta avrebbe all'opposto attribuito il massimo punteggio per la proposta che sarebbe "connotata da aspetti positivi ed un'ottima rispondenza alle aspettative"; inoltre, la proposta del RTI Conpat, prevedendo la realizzazione, prima dell'inizio del cantiere, di un tronchino di manovra della lunghezza complessiva di metri 300, in affiancamento al binario di precedenza lato mare e ad esso collegato con apposito scambio, ometterebbe di considerare i reali ingombri utili a realizzare detta opera; invero, per la costruzione di una piattaforma in affiancamento al binario di precedenza dispari di PM Lesina su cui ospitare sia il binario del tronchino, sia gli spazi necessari alla movimentazione dei materiali, occorrerebbe una larghezza minima in pianta di circa 10,00 metri (composta da 4,00 metri per interasse binario di cantiere rispetto al binario I; 1,50 metri per completamento massicciata ferroviaria; 4,50 metri per movimentazione materiali, carico pietrisco, delimitazione aree, etc.) a cui si deve aggiungere l'ingombro del rilevato da realizzare per consentire la costruzione del binario; conseguentemente, l'ingombro totale da considerare per la costruzione del tronchino sarebbe di 10 metri per la piattaforma e di

12 metri per il rilevato ferroviario, per un totale di 22 metri, quale distanza reale da considerarsi come limite di occupazione del nuovo tronchino rispetto alla rotaia più vicina del binario I di Lesina; pertanto, la proposta del concorrente Conpat risulterebbe carente in quanto si limiterebbe ad una semplice verifica satellitare dei luoghi di intervento, omettendo, tuttavia, di indicare una qualsivoglia ipotesi di larghezza del cantiere a tergo del tronchino in questione e trascurando l'effettiva orografia del territorio nella zona di intervento; invero, la proposta della controinteressata comporterebbe un'occupazione di aree ulteriori rispetto a quelle di proprietà di RFI, in violazione di una prescrizione presidiata da sanzione espulsiva (pag. 36 del disciplinare sub lett. a) e in contrasto con quanto dalla stessa concorrente dichiarato in relazione alla “presenza di spazi adeguati alla proposta senza alcuna necessità di esproprio di terreni, neanche temporaneo”; anche in questo caso risulterebbe incomprensibile il giudizio espresso dalla Commissione di gara (“... la proposta risulta dotata di idonea qualificazione di aspetti positivi e ottima rispondenza alle aspettative”) assegnando un punteggio di cinque punti su cinque, piuttosto che prevederne l'esclusione dalla procedura; infine, la proposta del RTI Conpat di inserire un deviatoio sul binario I di precedenza di Lesina per costruire una nuova comunicazione con il tronchino di cantiere sarebbe del tutto inadeguata e allo stato irrealizzabile in quanto per inserire un deviatoio su un binario di circolazione sarebbe necessario ottenere preventivamente le autorizzazioni specifiche; inoltre, mancherebbero del tutto le valutazioni tecnico-progettuali relative agli adeguamenti e/o modificazioni degli impianti di segnalamento IS esistenti tali da rendere funzionale proprio il tronchino di cantiere;

per altro verso, l'assenza delle valutazioni quantitative degli interventi afferenti al deviatario, che invece avrebbe richiesto l'elaborazione dei relativi computi metrici, nonché la relativa modifica della lista delle categorie non previste da Conpat nella propria offerta, comunque concreterebbero un'autonoma causa espulsiva per le ragioni esposte nei precedenti motivi.

Con successivo atto la deducente Matarrese s.r.l. all'esito dell'accesso alla documentazione, proponeva ulteriori motivi di ricorsi:

1) violazione, sotto distinto e autonomo profilo, degli artt. 94 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016 in relazione agli artt. I, II e J del disciplinare di gara (pagg. 34 - 41) e della tabella di ponderazione (allegato n. 4 al disciplinare); violazione del D.M. 14.1.2008 (par. 5.2.1.2 e ss.) e del D.M. 17.1.2018 (norme tecniche per le costruzioni); violazione della circolare del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici 2.2.2009, n. 617 - "Istruzioni per l'applicazione delle "Nuove norme tecniche per le costruzioni" di cui al D.M. 14 gennaio 2008"; violazione dell'art. 2.5.2.1.2 del Manuale Progettazione Ferroviaria (rev. 30.12.2016 e 22.12.2017); eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto d'istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento; sviamento: la Commissione non si sarebbe avveduta di eclatanti e macroscopiche carenze di aspetti progettuali peggiorativi dell'offerta del RTI Conpat rispetto al progetto posto a base di gara, tali da determinare cause di esclusione, espressamente prescritte dalla *lex specialis*; in violazione del criterio 2.0 (relativo agli aspetti tecnici migliorativi - pag. 36) del disciplinare di gara (che vieta modifiche comportanti lo stravolgimento del progetto posto a base di gara, la violazione di norme vigenti e la formulazione di soluzioni tra loro

alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivoche o caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla Stazione appaltante), il RTI aggiudicatario avrebbe proposto soluzioni tecnico-migliorative implicanti 1.- la modifica dei requisiti prestazionali e funzionali dell'opera "come da progetto, da normativa di legge e specifiche/capitolati di RFI S.p.A.", 2.- la violazione delle Norme Tecniche di Costruzione di cui al D.M. 14.1.2008 (e D.M. 17.1.2018), sulle cui basi il progetto definitivo è stato redatto, 3.- la proposta di "soluzioni tra loro alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivoche o caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla S.A." e 4.- la previsione di "soluzioni tecniche o prestazionali peggiorative rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara oppure incompatibili con quest'ultima"; in altri termini, la soluzione tecnica proposta dal RTI Conpat, in relazione al criterio *sub* 2.0 (pag. 36 del disciplinare), lungi dal costituire una soluzione migliorativa della progettazione a base di gara, concretterebbe viceversa una proposta peggiorativa che viola anche le norme tecniche sulle costruzioni di cui al D.M. 14.1.2008 (sulle cui basi è stato predisposto l'intero progetto definitivo a base di gara; cfr. la relazione sulle interferenze idrauliche LI0001D78CLIN0100001A, capitolo 3, *sub* "normativa di riferimento" e la relazione idrologica LI0001D09RIID00001B, *sub* 2.1 del Capitolo 2 - "scelta dei tempi di ritorno") e al D.M. 17.1.2018 (richiamato nella progettazione definitiva; cfr. la relazione idraulica LI0001D09RIID002004A in relazione al franco idraulico di 1,50 m); in particolare, il franco

idraulico (dispositivo finalizzato a introdurre un margine di sicurezza per prevenire i disastri conseguenti alle piene e costituente la distanza che deve essere lasciata sgombra al di sopra della superficie libera del pelo di un corso d'acqua e sino all'intradosso della struttura da realizzare) proposto dal RTI controinteressato in relazione all'intervento *post operam* del manufatto IN01 – Tombino al Km 0+253 Fosso Olivella 2 avrebbe una lunghezza di gran lunga inferiore a 1.50 metri, dimensione minima prescritta dalla *lex specialis* (cfr. progetto a base di gara - relazione idraulica LI0001D09RIID002004A, punto 4, pagg. 17 e ss.), dal D.M. 14.1.2008 (Norme Tecniche per le costruzioni), dalla circolare del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici del 2.2.2009, n. 617, dal Manuale di Progettazione Ferroviaria di RFI e dal D.M. 17.1.2018, con ciò annullando tutti i coefficienti di sicurezza prescritti dal progetto a base di gara e dalle norme superiori; in ogni caso, ove si volesse considerare un transito d'acqua all'interno dei manufatti proposti dal RTI Conpat capace di garantire il franco - minimo prescritto - di 1.50 m, l'altezza d'acqua consentita all'interno dei predetti manufatti si ridurrebbe a $h=1.13\text{m}$, con possibilità di transito di una portata totale $Q=22.78\text{mc/sec}$, costituente circa il 33% della portata di calcolo ($Q=70\text{ mc/sec}$) prevista nel progetto definitivo a base di gara, con la conseguenza che, anche sotto tale profilo, la proposta del RTI Conpat si porrebbe in contrasto con la disciplina di gara in quanto soluzione prestazionale peggiorativa rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara e incompatibile con quest'ultima; in conclusione, la soluzione proposta dal RTI Conpat non garantirebbe il franco idraulico di 1,50 metri e risulterebbe così peggiorativa rispetto al progetto a base di gara, in

quanto la prestazione idraulica del tombino sarebbe fortemente penalizzata dalla riduzione delle dimensioni geometriche proposte, con contestuale e inammissibile riduzione della portata di calcolo ($Q=70$ mc/sec) contemplata nel progetto definitivo; inoltre, la proposta di Conapt presenterebbe profili intrinseci di manifesta contraddittorietà e grave incertezza in relazione alla realizzazione del tombino costituito da tre canne che presenta differenti dimensioni indicate rispettivamente a pag. 28 e a pag. 31-32 della relazione tecnica di offerta e nell'elaborato grafico 2.2. (Planimetria fasi realizzative); tali contraddittorietà (tra la relazione e il progetto) renderebbero l'offerta perplessa, non garantendo alla Stazione appaltante (che di tanto non si sarebbe avveduta), garanzia di affidabilità e serietà dell'offerta, non essendo né univoca, né conforme alle prescrizioni della progettazione a base di gara; conseguentemente, la soluzione peggiorativa proposta dal RTI Conpat (che peraltro viola prescrizioni inderogabili in materia di sicurezza) costituirebbe, in applicazione delle prescrizioni della *lex specialis* richiamate in rubrica, causa di esclusione dalla procedura illegittimamente non disposta dalla Commissione di gara e dalla Stazione appaltante, così avendo aggiudicato l'appalto a un concorrente che avrebbe offerto una soluzione impraticabile, in quanto non garantirebbe le condizioni minime di sicurezza e i franchi minimi, pari ad almeno 1.50 metri, oltre che contraddittoria e incerta;

2) violazione, sotto distinto ed autonomo profilo, degli artt. 94 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016 in relazione agli artt. I, II e J del disciplinare di gara (pagg. 34 - 41) e della tabella di ponderazione (allegato n. 4 al disciplinare); eccesso di potere per erronea

presupposizione, difetto d'istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento; sviamento: dall'esame della proposta progettuale del RTI Conpat emergerebbero ulteriori profili tali da rendere l'offerta inidonea a migliorare gli aspetti tecnici e funzionali dell'opera con riferimento alla soluzione *sub* 2.3 dell'allegato 4 – tabelle di ponderazione “Riduzione del tempo di occupazione del Binario I di Lesina per il cantiere di armamento” in relazione al criterio *sub* 2.3.1 relativo alle “soluzioni realizzative che riducano il tempo di occupazione del Binario I di Lesina destinato al ricovero e sosta carrelli necessari al cantiere di armamento” (punteggio massimo 5 punti); invero, per tale voce dell'offerta il RTI Conpat ha ottenuto il massimo punteggio conseguibile (5 punti; cfr. relazione conclusiva e relativi allegati), nonostante la proposta progettuale - secondo la prospettazione della ricorrente - non fosse per nulla migliorativa e anzi fosse da escludere; in particolare, la proposta del RTI Conpat relativa alla soluzione progettuale (*sub* 3.2 - pag. 34 e ss. della relazione tecnica di Conpat) consistente nella costruzione, a completa sua cura e spese, prima dell'inizio del cantiere, di un tronchino di manovra della lunghezza complessiva di metri 300, in affiancamento al binario di precedenza lato mare e ad esso collegato con apposito scambio con inserimento di un deviatoio sul binario I di precedenza di Lesina per realizzare una nuova comunicazione con il tronchino di cantiere, interferirebbe sul binario I in esercizio, comportando modifiche al sistema di sicurezza e segnalamento della stazione impresenziata di Lesina e, quindi, all'Apparato Centrale Computerizzato (ACC) della stessa stazione; detto deviatoio da inserire sul binario I innanzi citato, affinché possa operare in sicurezza dovrebbe essere manovrato

mediante comando e controllo elettrico, immobilizzazione, collegamento di sicurezza con i segnali che comandano gli itinerari da e per il binario di precedenza; in nessun caso il deviatoio, ovvero la comunicazione inserita sul binario I, potrebbe essere privo di controllo elettrico opportunamente implementato nelle logiche ACC, tanto al fine di garantire la sicurezza dell'esercizio ferroviario anche alla luce degli ultimi disastrosi eventi occorsi recentemente sulla linea ferroviaria AV/AC nei pressi di Lodi; il RTI controinteressato avrebbe omesso di produrre nel corso della gara la specifica documentazione progettuale imposta dalla disposizione RFI n. 16 del 12.8.2003 recante "Norme per il progetto di base, le verifiche, le consegne e l'attivazione all'esercizio degli impianti di sicurezza e segnalamento, di controllo automatico della marcia dei treni, di telecomando, di controllo e di regolazione della circolazione e di smistamento a gravità", venendo in rilievo nel caso di specie una vera e propria attivazione di impianto; pertanto, la proposta non solo non potrebbe ritenersi migliorativa (conseguendo incomprensibilmente il massimo punteggio), ma ricorrerebbe una causa espulsiva, in quanto la soluzione offerta è incerta nell'*an* e nel *quando*, trattandosi di una proposta di intervento che soggiace all'esito (eventuale) della positiva approvazione di distinti organi deputati alle verifiche del caso rispetto a una progettazione allo stato inesistente in riferimento a tutti i predetti aspetti tecnici; sarebbe, quindi, un'offerta condizionata, come tale non suscettibile di valutazione in quanto non attendibile e idonea a manifestare una volontà certa e inequivoca dell'impresa di partecipare alla gara, avendo il RTI aggiudicatario subordinato l'impegno assunto nei confronti della Stazione appaltante al verificarsi di un evento futuro e

incerto (*i.e.* il procedimento descritto dalla disposizione RFI n. 16/2003 cit.); sotto ulteriore profilo, sarebbe stato violato dalla Stazione appaltante l'obbligo, generalizzato quanto alle infrastrutture ferroviarie, di cui all'art. 41 del decreto legislativo n. 112/2015 (attuazione della direttiva 2012/34/UE che istituisce uno spazio ferroviario unico) di osservare i requisiti di sicurezza, introducendosi nel caso in esame interferenze che incidono sulla sicurezza, senza nessuna considerazione delle peculiari disposizioni di RFI nella specifica materia; di qui l'illogicità, oltre che la disparità di trattamento e l'irrazionalità *in parte qua*, delle valutazioni espresse dalla Commissione; e ancora, del tutto illogiche e incomprensibili sarebbero la previsione progettuale relativa alla elettrificazione del tronchino di cantiere (relazione tecnica del RTI Conpat - pag. 34: "Il tronchino, che sarà poi utilizzato durante tutta la durata dei lavori dai mezzi di cantiere su rotaia, sarà dotato di una propria linea di alimentazione elettrica (...)") e la disposta elettrificazione sul tronchino che deve essere dedicato all'armamento e, quindi, a tutte quelle attività per cui non è necessaria l'elettrificazione; ciò, infatti, comporterebbe la presenza della linea di contatto durante la fase di carico del pietrisco sui carri tramoggia mediante pala meccanica, con la conseguenza che in tal caso l'esecutore sarebbe costretto a chiedere di togliere tensione al gestore dell'infrastruttura con aggravio di soggezioni all'esercizio ovvero allo stesso esecutore; conseguentemente, la proposta del concorrente sarebbe carente rispetto all'effettiva valutazione delle numerose soggezioni dovute alla presenza dell'impianto di trazione elettrica; tale profilo comporterebbe effetti, ancora una volta, sull'aspetto solo nominativamente migliorativo dell'offerta del raggruppamento

aggiudicatario, costituente - a ben vedere - una non concessa modifica *in peius* delle previsioni progettuali a base di gara del tutto ignorata dalla Commissione.

2. - Si costituivano Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e la società Conpat s.c.a.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Conpat s.c.a.r.l. - D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. - Sifel s.p.a., resistendo al gravame.

3. - Il RTI controinteressato notificava ricorso incidentale avente contenuto "paralizzante", in quanto diretto a contestare l'ammissione alla gara della ricorrente principale.

4. - All'udienza del 12 maggio 2020 la causa passava in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27.

5. - Si ritiene di definire il presente giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, del codice del processo amministrativo e 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ricorrendone i presupposti.

6. - Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso incidentale proposto dal RTI Conpat debba essere respinto in quanto infondato, mentre la domanda impugnatoria di cui al ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, debba essere accolta, con conseguenziale annullamento dei provvedimenti impugnati nei limiti dell'interesse della ricorrente.

6.1. - Anche alla luce del recente pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 settembre 2019 (causa C-333/18) si procederà, nella fattispecie concreta (procedura con più di due

partecipanti), alla disamina sia del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, sia del ricorso incidentale paralizzante.

Invero, ai sensi della citata pronuncia

“L’art. 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest’ultimo, ed inteso ad ottenere l’esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell’appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”.

6.2. - Preliminarmente, va disattesa l’eccezione, sollevata dalla difesa di RFI, di difetto di competenza per territorio dell’adito T.A.R. Puglia, sede Bari in favore del T.A.R. Lazio, Roma.

Invero, si richiama a tal riguardo il precedente specifico reso da questo Tribunale con sentenza n. 800/2019 avente ad oggetto la stessa gara, decisione confermata in punto di competenza dal

Consiglio di Stato con sentenza n. 7188/2019, le cui conclusioni questo Collegio condivide:

«... Il caso oggetto del presente giudizio è del tutto diverso, in quanto la procedura di gara riguarda un unico lotto nell'ambito dell'appalto della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviario Pescara - Bari, relativo alla tratta Termoli – Lesina, così che del tutto ragionevolmente gli effetti degli atti della procedura di affidamento possono pertanto ritenersi limitati alla circoscrizione del Tribunale amministrativo regionale di Bari.

1.2.2. L'assunto di Rete Ferroviaria Italiana, secondo cui la progettazione esecutiva nell'ambito dell'appalto complesso «*prescinde dal luogo di successiva realizzazione delle opere*», non è divisibile e prova troppo perché, se ciò è vero, è del pari incontestabile che nel sistema degli appalti pubblici di lavori i servizi di progettazione sono strumentali ai lavori di realizzazione dell'opera: gli uni e gli altri sono rivolti al raggiungimento di uno scopo unitario dato dall'opera medesima, una volta completata la quale il contratto può dirsi compiutamente eseguito. Ancorché oggetto di una distinta prestazione contrattuale, e prima ancora di requisiti di qualificazione, la progettazione dell'opera si integra pertanto in un *unicum* inscindibile con i lavori relativi alla stessa – donde appunto l'espressione “appalto integrato” comunemente utilizzata per descrivere la fattispecie in esame – che dà luogo ad un contratto unitario, dato appunto dall'opera.

La considerazione unitaria delle due prestazioni in esso dedotte ed il ruolo strumentale della progettazione rispetto ai lavori consentono di ritenere pertanto operante il criterio di competenza relativo agli effetti dell'atto impugnato, laddove ne ricorrano i presupposti. Ciò è

appunto quanto avviene nel caso di specie, in cui la progettazione esecutiva è finalizzata a lavori destinati ad essere integralmente svolti nella circoscrizione del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – sede di Bari».

6.3. - Sempre in via preliminare va dichiarato il sopravvenuto difetto d'interesse della ricorrente principale alla decisione sull'istanza d'accesso in corso di causa *ex artt.* 116 e 117 del codice del processo amministrativo, essendo stato concesso con nota del 2.3.2020 l'integrale accesso agli atti del procedimento in precedenza negato dalla P.A., come evidenziato con memoria del 30.3.2020 dalla difesa della società Matarrese.

6.4. - Nel merito si evidenzia quanto segue.

6.4.1. - Il ricorso incidentale “paralizzante” proposto dal RTI Conpat va disatteso.

Con il primo motivo di gravame il raggruppamento controinteressato ha dedotto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui la P.A. appaltante non si sarebbe avveduta che “la società Matarrese sia nella compilazione del DGUE, sia nella redazione delle dichiarazioni integrative, nella parte relativa ai gravi illeciti professionali, ha dichiarato di non essersi resa colpevole di alcun grave illecito professionale con specifico riferimento all'art. 80, comma 5, lett. c) del d. lgs. 50/2016”.

Tuttavia, il RTI Conpat riferisce di “essere venuta a conoscenza che la società Matarrese, con disposizione n. 191 del Presidente dell'Anas del 25/10/2016, è stata esclusa dalla procedura concorsuale per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori della S.S. 275 Maglie – S. Maria di Leuca ANAS s.p.a., ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. f) d. lgs. n. 163/06, per aver prodotto, a seguito dell'aggiudicazione

disposta dall'Amministrazione, una cauzione definitiva rivelatasi successivamente falsa”.

In particolare, il RTI Conpat ascrive alla società Matarrese una condotta omissiva, riferita alla mancata dichiarazione del grave errore professionale a fondamento del provvedimento espulsivo adottato nell'ambito della procedura bandita da Anas s.p.a.

Tuttavia, la notizia di cui è “venuta a conoscenza” la ricorrente incidentale è inidonea a fondare una sia pur astratta ipotesi di grave errore professionale e a imporre connessi e conseguenti obblighi dichiarativi.

Infatti, il TAR Puglia, sede di Lecce, Sez. I, con sentenza del 27.4.2017, n. 666, dopo una puntuale ricostruzione dei fatti (e degli atti) caratterizzanti la vicenda, ha annullato la predetta esclusione sul presupposto che “tutti gli accadimenti sin qui esposti - letti sia singolarmente sia nel loro combinato e diacronico dispiegarsi - dimostrano pertanto che, se truffa vi è stata, la ricorrente deve ritenersene parte lesa. Alla stessa stregua, deve escludersi una qualsivoglia sua *culpa in vigilando*, avendo la ricorrente riposto un ragionevole affidamento in altrui certificazioni (IVASS; certificazioni notarili oltremarina) della cui attendibilità essa non aveva alcuna ragione di dubitare”.

L'accertamento contenuto nella sentenza del T.A.R. Lecce quanto all'esclusione di qualsiasi profilo di colpa in capo alla società Matarrese (addirittura parte lesa nell'ambito di una indagine relativa a polizze false) costituisce accertamento giurisdizionale non contestato, in quanto la riforma della statuizione di prime cure ad opera del Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza del 2.7.2018, n. 4035 afferisce a ragioni esclusivamente processuali e non di merito (il

ricorso di primo grado è stato dichiarato inammissibile per carenza d'interesse in capo alla società Matarrese, atteso il successivo provvedimento di revoca dell'intera gara adottato da Anas).

Ne deriva l'insussistenza in capo alla società Matarrese delle condotte ascritte dal RTI Conpat e l'assenza di obblighi dichiarativi di sorta per fatti insussistenti e che non costituiscono errori professionali, tanto meno gravi, con conseguente infondatezza del gravame incidentale *in parte qua* quanto alla pretesa esclusione della ricorrente principale.

Del pari infondato è l'ulteriore motivo (basato sull'identico parametro normativo costituito dall'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016) riferito alla società ATP, mandante del RTI Pedalta, designata dalla società Matarrese quale progettista ausiliario.

Il RTI Conpat riferisce di essere venuto a conoscenza della "circostanza che la società ATP (il cui Presidente del consiglio di amministrazione, era ed è il sig. Romano Filippello) nell'ambito della procedura indetta, peraltro dalla stessa RFI <per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione della variante del tracciato della Linea ferroviaria Bari – Lecce> aveva reso una dichiarazione inveritiera di non trovarsi in alcuna delle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 90, comma 8, del d. lgs. n. 163/2006" laddove la società ATP "era stata affidataria ed esecutrice, per conto di Italferr, di incarichi di supporto alla progettazione".

Tanto avrebbe determinato l'esclusione del RTI Matarrese-Esim "dalla procedura aperta indetta da RFI con provvedimento del 22

febbraio 2017, avendo tale società svolto precedenti incarichi connessi alla progettazione relativa alla procedura, (...)”.

Anche tale circostanza è smentita *per tabulas*, atteso che con delibera n. 1358 del 21.12.2019 (in atti), l'Anac, investita dalla Stazione appaltante ai fini sanzionatori, ha disposto l'archiviazione del procedimento sanzionatorio a carico della società ATP, non ritenendo sussistenti i presupposti per l'applicazione delle sanzioni previste dagli artt. 38, comma 1-*ter*, e 6, comma 11, del decreto legislativo n. 163/2006 con riferimento alla dichiarazione dalla stessa resa in gara, per insussistenza della contestata incompatibilità *ex art.* 90, comma 8, del decreto citato.

L'archiviazione è stata disposta in ragione della circostanza che l'attività prestata dalla società ATP era stata di mero supporto alla progettazione, consistendo (come provato in sede di istruttoria procedimentale laddove è stata esclusa “un'alterazione delle regole della concorrenza, attraverso l'attribuzione di un vantaggio ingiustificato ad uno dei partecipanti”) nella “mera redazione di alcuni elaborati, peraltro successivamente rielaborati dall'Amministrazione, e che la stessa redazione era stata realizzata circa 2 anni prima della gara” e sull'indefettibile presupposto che “l'unico divieto posto dal legislatore per gli affidatari degli incarichi di progettazione è quello fissato dall'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, che impone a questi ultimi di non partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori dagli stessi progettati. Tale disposizione, incidendo sulla partecipazione dei soggetti alle gare e, quindi, sulla libertà di impresa va interpretata in senso rigoroso, quanto alle ipotesi che possono comportare una incompatibilità e,

conseguentemente, l'esclusione dalla gara" (delibera Anac n. 1358/2016, in atti).

Ne deriva, anche *in parte qua*, l'infondatezza del ricorso incidentale per insussistenza del presupposto in fatto cui fa riferimento il raggruppamento controinteressato, relativo a omissioni dichiarative pregresse sanzionate quali illeciti professionali, atteso che l'asserita incompatibilità *ex art.* 90, comma 8, del decreto legislativo n. 163/2006 che non sarebbe stata dichiarata dalla ATP non è invece configurabile, come accertato dall'Anac.

Risulta così dimostrata l'infondatezza della circostanza ritenuta dal RTI Conpat "dirimente ai fini del presente giudizio" in quanto, non sussistendo l'illecito in capo alla società ausiliaria ATP, nulla può ascrivere alla ricorrente principale.

L'insussistenza dei fatti ascritti alla società Matarrese esclude sia l'ipotesi di *mendacio*, pure prospettata dalla ricorrente incidentale (*sub* 1.5), sia l'obbligo di dichiarare errori professionali mai verificatisi (anzi, espressamente esclusi con i succitati provvedimenti), con conseguente inconferenza della giurisprudenza richiamata *sub* 1.3, 1.4 e 1.5 del ricorso incidentale.

Con il secondo motivo dedotto il RTI Conpat si duole della circostanza che "l'offerta della Matarrese s.r.l., contrariamente alle prescrizioni del disciplinare, comporta proposte migliorative che non solo non corrispondono alle esigenze di RFI (giusta quanto si evince dai verbali di gara) ma che, comunque, determinano varianti "non ammesse" al progetto tipologico e strutturale".

In sostanza, secondo la prospettazione della controinteressata, la società Matarrese non solo avrebbe "modificato il progetto dal punto di vista funzionale e strutturale, ma, come stigmatizzato (senza trarre

le dovute conseguenze) nei verbali di gara dalla stessa Commissione: non ha fornito “giustificazioni tecniche per l’eliminazione delle opere provvisorie di sostegno del ponte Essen per l’opera IN01”.

Il motivo è inammissibile prima ancora che infondato.

In punto d’inammissibilità, la genericità della doglianza e l’assenza di documentazione probante non consentono di comprendere né in quale parte la società Matarrese sarebbe incorsa in non ammesse varianti, né se il motivo è volto a sindacare il punteggio attribuito dalla Commissione.

Inoltre, quanto al merito, l’aggiudicataria, nel sintetizzare le valutazioni della Commissione di gara, non considera che per il criterio 2.1 “Ottimizzazione del numero di interruzioni necessarie per la realizzazione delle opere a spinta” la tabella di ponderazione ha prescritto il punteggio massimo di 8 punti (e non già di 2, come indicato dal RTI Conpat); la Commissione ha valutato la proposta della società Matarrese con il punteggio di soli 1,1424 su 8, ritenendo “irrilevante” la miglioria proposta dalla stessa ditta sotto tale profilo (simmetricamente, il punteggio attribuito è stato minimale).

In ogni caso non si ravvisa alcun’alterazione funzionale delle opere nella soluzione progettuale proposta dalla società Matarrese, in quanto il “Ponte ESSEN” è un’opera provvisoria atta a sostenere i binari durante la fase di spinta del manufatto cementizio. Ultimata la spinta del monolite, la struttura provvisoria viene rimossa e resta in opera la struttura muraria che è stata spinta.

La sostituzione del ponte ESSEN con altro metodo di sostegno dei binari non ha comportato alcuna modifica funzionale e strutturale dell’opera realizzata, trattandosi di un’alternativa che garantisce l’identica funzione cui è deputato il ponte Essen a base di gara;

alternativa che è stata proposta *sub specie* di miglioria dalla società Matarrese e che comunque non è stata “premiata” dalla Commissione sulla base di un giudizio tecnico-discrezionale nel quale non sono ravvisabili irrazionalità immediatamente percepibili.

Di qui l'infondatezza (se non l'inammissibilità) del ricorso incidentale *in parte qua*.

Il RTI Conpat si duole, altresì, della valutazione della Commissione (seppure espressa con l'assegnazione di soli 0,55 punti sul massimo attribuibile di 2) in relazione alla proposta progettuale della società deducente quanto al criterio 2.2 “Ottimizzazione delle fasi realizzative dell'opera IN01 - Tombino al km 0+253 Fosso Olivella 2”.

Anche in questo caso la genericità del motivo inficia la doglianza in punto di ammissibilità, atteso che la ricorrente incidentale si limita a ripetere le valutazioni della Commissione ma non dimostra in quale parte la proposta migliorativa della società Matarrese avrebbe costituito inammissibile variante.

Il RTI Conpat (pag. 16) riferisce che “dall'analisi dei grafici n. 1 e n. 2 si evince chiaramente che le rispettive scale di deflusso $Q = Q(h)$ garantiscono il passaggio di una portata di valore pari alla Q_{prog} con lo stesso valore del tirante idrico h pari a 2 m, che si instaura all'interno dei manufatti di attraversamento. In realtà, lo stesso grafico inserito in relazione, evidenzia che anche se di poco, ma la soluzione offerta garantisce una portata transitante inferiore a parità di tirante idraulico”.

La conclusione del RTI Conpat, comunque indimostrata, non è condivisibile.

Il grafico riportato a pag. 16 del ricorso incidentale mostra dei valori di deflusso delle portate pressoché identiche, dando evidenza del contrario di quanto l'aggiudicataria pretenderebbe di dimostrare.

In realtà dai calcoli (non citati dalla ricorrente incidentale) di cui a pag. 34 della relazione tecnica prodotta in gara dalla società Matarrese (in atti), in corrispondenza con il grafico citato dal RTI Conpat, si evince che, con un tirante idrico pari a 2 m, la portata di progetto del tombino del progetto a base di gara è di 69,999 mc/s, mentre quella del tombino a doppia canna proposto dalla Matarrese s.r.l. garantisce una portata di 70 mc/s.

Dall'esame dei predetti calcoli idraulici emerge chiaramente che il manufatto proposto dalla società Matarrese è in grado di smaltire una maggiore portata, a parità di altezza d'acqua (tirante) rispetto alla soluzione del progetto a base di gara, con la conseguenza che, in ipotesi di piene straordinarie o di rigurgiti della corrente per qualsiasi motivo (depositi di materiale sedimentato a valle, materiali trasportati dalla corrente di piena quali alberi o simili), l'opera proposta è migliorativa in quanto, a parità di livello raggiunto dalle acque, migliora il livello di sicurezza idraulica.

Sotto un distinto profilo osserva il RTI controinteressato che «l'offerta della concorrente “prevede altresì l'allungamento del manufatto scatolare sul lato di valle idraulica (lato nord) per consentire di eseguire le operazioni di scavo necessarie alla realizzazione delle opere di sbocco senza necessità di eseguire alcuna opera provvisoria (le paratie di cui al progetto definitivo di gara) e quindi senza alcuna interferenza / interruzione dell'esercizio ferroviario”. Ciò comporta la necessità di una maggiore area di esproprio rispetto al PBG determinando una variante inattuabile per

l'indisponibilità delle aree oltre a generare un aggravio di costi per l'amministrazione. Le varianti al piano particellare di esproprio sono espressamente vietate dal disciplinare di gara» (cfr. pag. 17 del ricorso incidentale).

La censura è infondata in punto di fatto.

Il disciplinare di gara (cfr. pag. 36, *sub a*), nel prevedere - a pena di esclusione - la modifica delle aree da occupare, esclude da tale tassativa prescrizione "le occupazione temporanee che, tuttavia, saranno sotto l'esclusiva responsabilità e onerosità dell'appaltatore".

In conformità con tale prescrizione, la società Matarrese ha previsto una maggiore area di cantiere che non implica di certo una maggiore area di esproprio, come pretenderebbe il RTI Conpat, trattandosi all'opposto di occupazione temporanea di aree ("sotto l'esclusiva responsabilità e onerosità dell'appaltatore", giusta disciplinare) limitata temporalmente al periodo di intervento e funzionale alla più efficace cantierizzazione delle varie fasi lavorative.

Con l'ultimo motivo di ricorso incidentale il RTI Conpat si duole della circostanza che "la concorrente ha proposto, infine, la realizzazione di un fascio di n. 3 binari in prossimità della stazione di Lesina su un'area per la quale non si precisa la proprietà e quindi la relativa disponibilità. Tale variante rende l'offerta indeterminata e tale da esporre l'amministrazione ad un rischio non ponderabile" (cfr. pag. 18 del ricorso incidentale).

Sul punto si rinvia alle considerazioni in precedenza esposte in tema di occupazione temporanea (consentita espressamente dal disciplinare di gara, pag. 36, *sub a*), in quanto la proposta della società Matarrese prevede l'utilizzo di un'area per il cantiere di armamento collocata in una zona residuale compresa tra la linea ferroviaria in

esercizio, il vecchio tracciato ferroviario e la SP 37, in perfetta sovrapposizione alla medesima area che la stessa Stazione appaltante RFI ha impiegato in appalti recentemente ultimati.

Invero, e il rilievo è dirimente, intanto è stata prevista l'utilizzazione del predetto suolo quale area di cantiere in quanto ciò è già accaduto in precedenti interventi finalizzati all'esecuzione di opere ferroviarie: si allude a quanto realizzato dall'impresa Pasolini CA & C. s.r.l. per eseguire i lavori afferenti l'appalto di "Realizzazione della nuova linea in variante San Severo - Chieti compresa la realizzazione del dispositivo di armamento della nuova stazione di Lesina".

Dette circostanze emergono in modo chiaro a pagg. 38-39 della relazione tecnica prodotta in sede di gara dalla società Matarrese e dalla tavola "progetto della cantierizzazione" (in atti).

Di qui l'infondatezza del ricorso incidentale anche con riferimento a detta ultima doglianza.

6.4.2. - Il ricorso introduttivo deve essere accolto in quanto fondato. Preliminarmente, va rimarcato in linea generale che le previsioni della *lex specialis* della gara costituiscano un vincolo per l'Amministrazione che le ha predisposte, in capo alla quale non sussiste alcun margine di discrezionalità circa la loro concreta attuazione, sicché "l'amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della *lex specialis* della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela. La stazione appaltante non conserva perciò alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole eventualmente risultino inopportunamente o incongruamente

formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento *ex officio* delle stesse (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 21 gennaio 2015, n. 215; V, 22 marzo 2016, n. 1173; sez. III,13 gennaio 2016, n. 74)” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8.5.2019, n. 2991).

Tale è il principio che è stato violato nella specie a fronte di una disciplina di gara chiara.

In particolare, la *lex specialis* (pagg. 36 e 37 del disciplinare) ha prescritto tassativamente:

«A pena di esclusione, l'offerta tecnica dovrà inoltre rispettare le seguenti prescrizioni:

a) Le soluzioni tecnico-migliorative di cui all'elemento 2.0 ASPETTI TECNICI MIGLIORATIVI della tabella di ponderazione non possono comportare:

- modifiche delle aree da occupare, ad eccezione delle occupazioni temporanee che, tuttavia, saranno sotto l'esclusiva responsabilità e onerosità dell'appaltatore;
- modifiche dei requisiti prestazionali e funzionali delle opere come da progetto, da normativa di legge e specifiche/capitolati di RFI S.p.A.;
- modifiche delle caratteristiche tipologiche ed estetiche delle opere d'arte principali;
- livelli di sicurezza inadeguati;
- violazione delle norme vigenti;
- utilizzo di interruzioni continuative dell'esercizio ferroviario o interruzioni di durata superiore alle 3,5 ore indicate.

Non sono comunque ammesse le offerte tecniche che, in relazione a uno o più di uno degli elementi di valutazione sopra indicati:

- i. Eccessono i limiti o siano in contrasto con le condizioni degli elementi ritenuti inderogabili, in violazione del divieto di varianti;
- ii. Esprimono o rappresentano soluzioni tra loro alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivoche o caratterizzate da ambiguità che impediscano una valutazione univoca, anche qualora la scelta tra le diverse soluzioni sia lasciata alla S.A.;
- iii. Prevedono soluzioni tecniche o prestazionali peggiorative rispetto a quanto previsto dalla documentazione a base di gara oppure incompatibili con quest'ultima;
- iv. Sono in contrasto con autorizzazioni, pareri o altri atti di assenso, comunque denominati, già espressi con atti pubblici o recepiti in questi, o con prescrizioni imposte negli stessi atti di assenso, oppure in contrasto con gli strumenti di pianificazione urbanistica, territoriale o paesaggistica o con altri vincoli inderogabili se non già oggetto di deroghe già acquisite e contenute nella progettazione a base di gara.

Saranno pertanto oggetto di valutazione esclusivamente le soluzioni tecniche migliorative che riguardano gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara, rimanendo comunque preclusa la modificabilità del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale: ne deriva che potranno essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che siano finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze di RFI, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

L'offerta tecnica, inoltre:

- a1) deve essere redatta in modo da far percepire e comprendere immediatamente alla Stazione appaltante gli scostamenti, le

differenze e ogni altra variazione rispetto al progetto definitivo posto a base di gara;

a2) ove necessario, deve essere corredata da un computo metrico (non estimativo) senza l'indicazione di prezzi unitari o di importi economici tali da rendere palese l'offerta economica, che riporti solo le descrizioni dettagliate degli elementi che si discostano da quanto previsto dal progetto definitivo, con indicazione della collocazione fisica o in modo che si possa agevolmente comprendere la collocazione fisica di tali elementi rispetto allo stesso progetto definitivo; il computo metrico deve essere redatto in coerenza con il progetto posto a base di gara e deve dare atto, con la pertinente descrizione:

- delle voci ridotte nelle quantità o soppresse integralmente;
- delle voci aumentate nelle quantità o delle nuove voci introdotte in aggiunta o in sostituzione di voci soppresse;

a3) in ogni caso deve essere integrata dalle pertinenti relazioni descrittive di cui alla terza colonna del criterio 2.0 dell'allegato n. 4 "tabella di ponderazione", necessarie per consentire alla Stazione appaltante la valutazione della veridicità, congruità, convenienza e apprezzabilità positiva di tutti gli elementi dell'offerta tecnica.

L'offerta tecnica, inoltre, non può contenere elementi proposti sotto condizione di variazioni del prezzo, né può comportare alcun maggiore onere, indennizzo, rimborso, adeguamento o altro, a carico di RFI S.p.A.

L'importo contrattuale determinato in base all'offerta economica resta pertanto invariabile rispetto alla predetta offerta tecnica.

Il verificarsi di una delle condizioni di cui sopra comporta la non ammissibilità dell'offerta tecnica e l'esclusione del relativo offerente».

Ne deriva che la Stazione appaltante si è autovincolata all'esame e alla valutazione dell'offerta tecnica che "... a2) ove necessario, deve essere corredata da un computo metrico (non estimativo) senza l'indicazione di prezzi unitari o di importi economici tali da rendere palese l'offerta economica, che riporti solo le descrizioni dettagliate degli elementi che si discostano da quanto previsto dal progetto definitivo, con indicazione della collocazione fisica o in modo che si possa agevolmente comprendere la collocazione fisica di tali elementi rispetto allo stesso progetto definitivo; il computo metrico deve essere redatto in coerenza con il progetto posto a base di gara e deve dare atto, con la pertinente descrizione: - delle voci ridotte nelle quantità o soppresse integralmente; - delle voci aumentate nelle quantità o delle nuove voci introdotte in aggiunta o in sostituzione di voci soppresse".

Orbene, il tenore letterale della chiara prescrizione della *lex specialis* non lascia alcun margine a esegesi di sorta.

In particolare, con specifico riferimento alla prescrizione sub I, lett. a2) (pag. 37 del disciplinare), è evidente che il concorrente, laddove avesse proposto migliorie alla progettazione a base di gara (quindi "ove necessario"), sarebbe stato onerato della produzione del relativo computo metrico non estimativo (che costituisce parte integrante del contratto, come risulta evidente dallo schema di contratto allegato agli atti di gara) rispecchiante gli "elementi che si discostano da quanto previsto dal progetto definitivo".

In altri termini, la disciplina di gara, in maniera inequivocabile, ha prescritto la produzione del computo metrico non estimativo "ove necessario", ovvero nell'ipotesi in cui le proposte migliorative

avessero modificato alcuni aspetti del progetto definitivo posto a base di gara, a nulla rilevando la tipologia della modifica.

Tale prescrizione è stata violata dal RTI aggiudicatario e di tanto non si è avveduta né la Commissione giudicatrice, né la Stazione appaltante.

In particolare, dall'esame dell'offerta (cfr. relazione tecnica - allegato 01) del RTI Conpat emerge che sono state previste:

1. la sostituzione dei sostegni provvisori del tipo “struttura essen speciale per deviatoio” in luogo dei sostegni di tipo “essen standard”;
2. la realizzazione di 300 metri di nuovo binario con relativa elettrificazione;
3. la modifica dimensionale di un tombino in c.a., per il quale si stima una riduzione del 40% del quantitativo del volume di calcestruzzo previsto nel progetto originario e conseguente riduzione di acciaio per armature e casseformi derivanti;
4. la soppressione della tubazione ARMCO prevista dal progetto a base di gara.

Tutte le predette variazioni concretanti aspetti tecnici migliorativi (a cui peraltro la Commissione ha attribuito il massimo punteggio relativo a questa voce, pari a 20 punti), nell'ottica delle prescrizioni del bando, avrebbero dovuto trovare riscontro anche sotto il profilo quantitativo nei computi metrici non estimativi, che, tuttavia, il RTI aggiudicatario non ha prodotto.

Già solo per questo, la disposta aggiudicazione è illegittima per violazione della prescrizione di cui a pag. 37 del disciplinare di gara (secondo cui - come detto - “L'offerta tecnica: ... a2) ove necessario, deve essere corredata da un computo metrico (non estimativo)”).

Infatti, in applicazione del principio dell'autovincolo (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30.5.2016, n. 2272) e del disciplinare di gara *sub J* (pagg. 40- 41: “motivi di esclusione dalla gara”, “saranno esclusi i candidati in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste (...) dal bando e dal presente disciplinare laddove espressamente individuate”), a fronte di una prescrizione tassativa e con formulazione chiara (*sub I* ove è prescritto “a pena di esclusione” l’obbligo di corredare l’offerta tecnica del richiamato computo metrico non estimativo), non v’è dubbio che in capo alla Stazione appaltante sussistesse un obbligo conformativo relativamente all’esclusione del RTI Conpat, con conseguenziale illegittimità dell’impugnata aggiudicazione.

In ordine al carattere essenziale della produzione del computo metrico non estimativo, ha evidenziato T.A.R. Puglia, Lecce n. 760/2018:

«... La censura proposta nel ricorso principale deve essere accolta.

Infatti, la tesi sostenuta dalla controinteressata non è suffragata dal tenore letterale della *lex specialis* e, in particolare dall’art. 16 del disciplinare di gara secondo il quale “...*La busta “B - Offerta tecnica” contiene, a pena di esclusione, e per ogni singola miglioria proposta, i seguenti documenti: ... c) computo metrico non estimativo (senza prezzi)...*”.

Dalla lettura del suddetto alinea è evidente che la *lex concursualis* ha previsto che i computi metrici non estimativi debbano assurgere ad elemento essenziale dell’offerta tecnica, contenente le quantità e dimensioni di tutte le migliorie proposte, nonché le modalità di svolgimento delle lavorazioni e delle forniture, con un grado di dettaglio pari a quello previsto dal Legislatore per la progettazione esecutiva, a mente dell’art. 23, comma 8, del D. Lgs. 50/2016.

Infatti, il computo metrico non estimativo, completo in ogni sua parte, è deputato ad integrare il Capitolato Speciale d'Appalto e costituisce parte integrante del Contratto d'appalto, vincolando l'impresa aggiudicatrice nell'esecuzione dei lavori e delle opere ivi puntualmente indicate, così come previsto dallo stesso Disciplinare di gara, ove viene precisato che “... le “*proposte migliorative*” costituiranno parte integrante del Contratto e del Capitolato Speciale di Appalto...”.

In sostanza, il computo metrico non estimativo funge da capitolato tecnico, in cui vengono descritte puntualmente tutte le lavorazioni e le forniture offerte, soprattutto in considerazione della circostanza che, nella specie, il bando non richiede la consegna dell'elenco prezzi, per cui non si potrebbero evincere le lavorazioni da altri documenti tecnici, né sarebbe possibile ricorrere al soccorso istruttorio, in quanto si andrebbe ad integrare un elemento essenziale dell'offerta tecnica incompleta».

In tal senso (*i.e.* carattere essenziale della produzione del computo metrico non estimativo) depone altresì T.A.R. Puglia, Lecce n. 55/2020 sempre con riferimento all'ipotesi di un'offerta tecnica carente del suddetto computo, essendo stato ciò espressamente previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara nella fattispecie oggetto di quel giudizio.

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila n. 175/2012 ha escluso - a fronte di una clausola della legge di gara che richiedeva la produzione a pena di esclusione del computo metrico - l'ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di omessa produzione del computo metrico.

Analogamente si è pronunciato il T.A.R. Campania, Salerno, nella sentenza n. 376/2020, secondo la quale “La essenzialità del computo metrico estimativo, comprensivo delle voci corrispondenti alle

migliorie proposte, emerge, tra l'altro, da altre previsioni della *lex specialis*".

Anche nella fattispecie in esame dalla lettura delle pagine 36 e 37 della *lex specialis* di gara è possibile desumere in modo chiaro che i computi metrici non estimativi costituiscono elemento essenziale dell'offerta tecnica contenente le quantità e dimensioni di tutte le migliorie proposte e che quindi la dizione "ove necessario" (a pag. 37 del disciplinare) si riferisca alla imprescindibilità (pena l'esclusione della gara ai sensi del penultimo periodo sempre a pag. 37 del disciplinare: "Il verificarsi di una delle condizioni di cui sopra comporta la non ammissibilità dell'offerta tecnica e l'esclusione del relativo offerente.") dell'allegazione del menzionato computo metrico non estimativo all'offerta tecnica proprio in presenza di varianti (ovviamente quelle ammissibili) e di un concreto impatto delle stesse sui dati qualitativi e quantitativi dell'offerta, a prescindere dalla tipologia delle stesse, fattispecie appunto ricorrente nell'ipotesi in esame, peraltro neanche contestata dalla Stazione appaltante e dal RTI controinteressato.

Peraltro, nel senso della valenza escludente del difetto di un elemento essenziale dell'offerta (anche tecnica) deponiva il previgente art. 46, comma 1-*bis*, del decreto legislativo n. 163/2006 ("la stazione appaltante esclude i candidati concorrenti ... per difetto di altri elementi essenziali dell'offerta").

Nel caso di specie si rileva che comunque la previsione del disciplinare a pag. 37 ("L'offerta tecnica, inoltre: ... a2) ove necessario, deve essere corredata da un computo metrico (non estimativo) senza l'indicazione di prezzi unitari o di importi economici tali da rendere palese l'offerta economica, ...") si colloca

tra due clausole di esclusione nell'ambito della medesima lettera I del disciplinare (“CONTENUTI DELL’OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA”), una immediatamente precedente contemplata a pag. 36 (“A pena di esclusione, l’offerta tecnica dovrà inoltre rispettare le seguenti prescrizioni: ...) e una immediatamente successiva alla fine di pag. 37 (“Il verificarsi di una delle condizioni di cui sopra comporta la non ammissibilità dell’offerta tecnica e l’esclusione del relativo offerente”), quest’ultima che può certamente riferirsi al precedente punto a2) rilevante nella fattispecie per cui è causa e determinare l’esclusione del RTI Conpat per omessa produzione del menzionato computo metrico non estimativo in uno alla sua offerta tecnica, contemplando la stessa - come visto - ben quattro proposte migliorative.

Va, altresì, evidenziato che secondo il citato punto a2) (pag. 37 del disciplinare) il computo metrico non estimativo dovrebbe riportare “solo le descrizioni dettagliate degli elementi che si discostano da quanto previsto dal progetto definitivo, con indicazione della collocazione fisica o in modo che si possa agevolmente comprendere la collocazione fisica di tali elementi rispetto allo stesso progetto definitivo”; inoltre, “il computo metrico deve essere redatto in coerenza con il progetto posto a base di gara e deve dare atto, con la pertinente descrizione: - delle voci ridotte nelle quantità o soppresse integralmente; - delle voci aumentate nelle quantità o delle nuove voci introdotte in aggiunta o in sostituzione di voci soppresse ...”.

La conclusione che se ne trae è che la dizione “ove necessario” di cui al suddetto punto a2) fa esattamente riferimento alla necessità di produrre, in uno all’offerta tecnica, il computo metrico non estimativo (evidentemente a pena di esclusione) proprio nel caso in

cui vi siano elementi che in qualche modo “si discostano da quanto previsto dal progetto definitivo”, la qual cosa si è appunto verificata nell’offerta tecnica di Conpat per stessa ammissione della controinteressata, oltre che della Stazione appaltante.

Infine, va rammentato il principio di diritto di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019 secondo cui:

«... deve rilevarsi che sia il computo metrico non estimativo che quello estimativo non costituivano, di per sé, secondo le specifiche disposizioni della legge di gara, elementi essenziali per l’ammissibilità e validità dell’offerta, essendo qualificati nell’un caso, quanto al computo metrico non estimativo, elementi illustrativi delle lavorazioni da eseguire e nell’altro, quanto al computo metrico estimativo, un semplice allegato all’offerta economica.

In virtù del principio della tassatività delle cause di esclusione (ed in mancanza di un’apposita clausola della legge di gara che ne prevedesse espressamente l’esclusione) l’eventuale imprecisa, irregolare, incompleta o lacunosa redazione degli atti in questione non avrebbe mai potuto determinare l’esclusione dalla gara, ma incidere eventualmente sulla valutazione dell’offerta tecnica o dare luogo ad una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante (in relazione alla eventuale valutazione di congruità dell’offerta economica). ...».

Ebbene nel caso di specie non solo il disciplinare di gara non contempla il computo metrico non estimativo quale mero elemento illustrativo delle lavorazioni da eseguire, diversamente dalla fattispecie oggetto del giudizio conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019, ma anzi dal chiaro tenore letterale delle pagine 36 e 37 del disciplinare emerge come il computo metrico

non estimativo costituisse elemento certamente “essenziale” dell’offerta tecnica in ipotesi di qualsivoglia tipologia di variante migliorativa apportata, la cui omessa produzione avrebbe comportato l’esclusione dell’impresa partecipante, come appunto sarebbe dovuto accadere nel caso del RTI Conpat.

Infine, si rammenta che, come nella fattispecie oggetto della pronunzia del T.A.R. Puglia, Lecce, n. 760/2018 (ove nel disciplinare di gara era precisato «... le “proposte migliorative” costituiranno parte integrante del Contratto e del Capitolato Speciale di Appalto ...» e che, conseguentemente, consente al Tribunale salentino di concludere nel senso del carattere - proprio del computo metrico non estimativo - di elemento essenziale dell’offerta tecnica), analogamente nel caso di specie il disciplinare a pag. 38 specifica che “In caso di aggiudicazione l’offerta tecnica sarà fisicamente allegata al contratto di appalto in maniera tale da costituirne parte integrante e sostanziale”, tenuto altresì conto che il computo metrico non estimativo - a sua volta - costituisce parte integrante del contratto, come risulta evidente dallo schema di contratto allegato agli atti di gara.

Pertanto, anche nel caso di specie si deve indubbiamente opinare nel senso che il computo metrico non estimativo, il quale ai sensi del punto a2) di pag. 37 del disciplinare deve indefettibilmente completare (a pena di esclusione) l’offerta tecnica in caso di miglioria ammissibile apportata, costituisca elemento essenziale indefettibile dell’offerta tecnica medesima.

In ordine alle argomentazioni spese sul punto dal RTI Conpat, si evidenzia quanto segue.

Nella memoria del 27.3.2020 (cfr. pag. 3) il RTI Conpat sostiene che le migliorie indicate dalla stessa (quindi ammettendone l'esistenza) attengano unicamente alle spese generali e agli oneri indiretti dell'impresa, il che avrebbero escluso la necessità della produzione del computo metrico non estimativo.

E tuttavia - come sottolineato in precedenza - il tenore della *lex specialis*, oltre che la *ratio* della stessa disciplina, depongono nel senso che il computo metrico non estimativo - la cui struttura è desumibile da una sedimentata normativa (art. 119, comma 1, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207; art. 90 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554) - vada prodotto, in uno all'offerta tecnica, a pena di esclusione, in presenza di qualsivoglia modifica al progetto definitivo, a nulla rilevando la tipologia della modifica proposta.

Nella memoria del 17.4.2020 il RTI Conpat muta percorso argomentativo e nella prospettazione fornita a pag. 6 della stessa memoria sostiene che l'allocuzione "ove necessario" contenuta nel disciplinare deve intendersi nel senso che il computo metrico è finalizzato ad "individuare quantitativamente la consistenza delle migliorie" senza avere rilevanza per la determinazione del prezzo e che, pertanto, la propria offerta, in base alla sua stessa interpretazione, sarebbe "priva di consistenza". La difesa del raggruppamento controinteressato conferma che il computo ha "valore di mera traccia indicativa della modalità di formazione del prezzo globale".

Dette argomentazione non sono condivisibili: se (come è) il computo ha valore e rilevanza (anche solo di traccia indicativa, come assume il RTI Conpat) della modalità di formazione del prezzo, lo stesso computo è assolutamente necessario (si pensi all'ipotesi di

documentare la congruità del prezzo globale durante la verifica di anomalia).

Neppure può convenirsi sull'affermazione del RTI (pag. 6 della memoria in esame) secondo cui “non può revocarsi in dubbio che la finalità di detto computo, così come inequivocamente prescritto in seno al disciplinare doveva essere, “ove necessario” solo quella di individuare quantitativamente la consistenza delle migliorie (e quindi il contenuto dell’offerta tecnica), senza che esso assumesse alcuna rilevanza in relazione alla determinazione del prezzo”.

È sufficiente qui rimarcare che tutte le modifiche al progetto a base di gara dovevano essere “quantificate” nel computo metrico da inserire nell’offerta tecnica e dovevano trovare riscontro economico anche nella lista delle categorie che costituiva l’offerta economica.

Infatti, come evidenziato dalla parte ricorrente a pag. 9 e ss. dell’atto introduttivo, la dedotta illegittimità è ancor più evidente ove si consideri che l’impianto logico-sistematico della disciplina di gara pone in continuità (nel segno della simmetria e identità di contenuti) l’offerta tecnica con quella economica.

In particolare, tutte le proposte migliorative che determinano modifiche al progetto posto a base di gara devono trovare riscontro, oltre che nei computi metrici allegati all’offerta tecnica, anche nell’offerta economica. In questa logica il computo metrico integra l’oggetto dell’impegno dell’aggiudicataria, concorrendo a parametrare l’esattezza della prestazione nel corso dell’appalto, come peraltro ricavabile dall’art. 32, comma 14-*bis*, del decreto legislativo n. 50/2016.

Infatti, il disciplinare di gara (*sub* II, pag. 38) prevede, a tal proposito, che “qualora il Concorrente proponga in Busta “B” (offerta tecnica),

nei limiti e alle condizioni stabiliti dal presente Disciplinare, una o più soluzioni tecniche migliorative al Progetto Definitivo a base di gara, che comportino l'eliminazione, l'aggiunta o la sostituzione di lavorazioni previste nel Progetto Definitivo, l'elenco dei prezzi unitari (ovverosia la lista delle categorie di lavorazioni e forniture) deve essere da lui coerentemente adeguato ...”.

In altri termini, la *lex specialis* ha posto in capo al concorrente l'obbligo di modificare la lista delle categorie e delle forniture (ovverosia l'offerta economica) nelle relative quantità, adeguando la stessa alla propria offerta tecnica.

Il RTI aggiudicatario si è sottratto anche a tale obbligo, omettendo di adeguare la propria lista delle categorie all'offerta tecnica modificata a seguito della modifica/integrazione delle quantità relative alle proprie proposte migliorative.

Alla luce di quanto innanzi, non essendovi corrispondenza tra l'offerta tecnica proposta (così come descritta nella relazione) e l'offerta economica, risulta evidente la sussistenza di una causa espulsiva.

Di qui un ulteriore profilo d'illegittimità della gravata aggiudicazione.

Ne discende l'accoglimento della domanda impugnatoria di cui al ricorso introduttivo, con consequenziale assorbimento di ogni altra doglianza e del ricorso per motivi aggiunti.

7. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso incidentale e l'accoglimento della domanda impugnatoria di cui al ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, e, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati nei limiti dell'interesse della ricorrente principale, non ricorrendo, nella fattispecie l'ipotesi contemplata dall'art. 125,

comma 3, del codice del processo amministrativo, stante la mancata stipula del contratto con riferimento all'infrastruttura strategica per cui è causa.

7.1. - Devono, infine, essere disattese la domanda, formulata dalla ricorrente principale Matarrese s.r.l., di declaratoria di nullità (*rectius* inefficacia) del contratto eventualmente stipulato (e di risarcimento in forma specifica) e la domanda risarcitoria per equivalente, posto che - come detto - il contratto non risulta essere stato stipulato.

Ne deriva che l'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti impugnati in questa sede consente alla ricorrente principale Matarrese s.r.l. di partecipare all'ulteriore sviluppo della gara *de qua*, con la conseguenza che la Stazione appaltante potrà eventualmente adottare nei suoi confronti il provvedimento di aggiudicazione, ricorrendone le condizioni, e, quindi, la società potrà conseguire in forma specifica il bene della vita (*i.e.* aggiudicazione) cui aspirava con l'attivazione del presente giudizio. Pertanto, allo stato non sussistono voci di danno suscettibili di risarcimento per equivalente.

8. - In considerazione della complessità, novità e peculiarità della controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti,

- 1) dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse l'istanza d'accesso in corso di causa *ex* artt. 116 e 117 del codice del processo amministrativo;
- 2) respinge il ricorso incidentale proposto dal RTI Conpat;

- 3) accoglie la domanda impugnatoria di cui al ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei limiti dell'interesse della ricorrente Matarrese s.r.l.;
- 4) respinge le ulteriori domande di cui al ricorso introduttivo nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Si dà atto che i Magistrati componenti il Collegio e il Segretario d'udienza sono a conoscenza del "Documento informativo ai sensi dell'art. 13 del regolamento (UE) n. 2016/679 relativamente al trattamento dei dati per il collegamento da remoto tramite l'app Microsoft Teams su pc, tablet e dispositivo mobili", anche nel suo contenuto.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO