

E' legittima la clausola con cui si preveda l'inammissibilità di varianti del progetto che comportino rallentamenti nell'esecuzione di lavori finanziati dal PNRR, ma il concorrente può essere escluso solo se queste non possono essere stralciate dall'offerta senza comprometterla nella sua interezza o se richiedono la necessità di acquisire autorizzazioni incompatibili con i tempi di esecuzione

TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 17.8.2023 n. 674

Massime (segue testo)

<< (d) in tale contesto, appare ragionevole la sanzione dell'esclusione applicata alle offerte che contengano proposte migliorative in grado di rallentare i lavori a causa della necessità di acquisire ulteriori autorizzazioni;

(e) per il principio di proporzionalità, tuttavia, una simile sanzione risulta legittima solo quando ricorrano alternativamente due condizioni: (1) se le proposte migliorative siano inscindibili dal resto dell'offerta, in quanto non potrebbero essere scorporate senza una complessiva riprogettazione delle lavorazioni, e quindi senza una modifica dell'offerta stessa; (2) se le proposte migliorative implicino l'acquisizione di autorizzazioni o dichiarazioni di assenso realmente incompatibili con i tempi del progetto a base di gara. Per non ridurre senza necessità il numero dei concorrenti, e per non disincentivare la presentazione di proposte migliorative, occorre ricondurre in via interpretativa il potere di esclusione ai soli casi in cui vi possa essere un effettivo contrasto tra l'interesse pubblico principale (tempestiva realizzazione dell'infrastruttura ferroviaria) e l'interesse pubblico concorrente (mitigazione degli effetti negativi sulla viabilità);

(f) nello specifico, la condizione dell'inscindibilità delle opere migliorative non sussiste, in quanto il ponte provvisorio realizzato prolungando la soletta del sottopasso ciclopedonale non è un presupposto necessario per il posizionamento della galleria artificiale (a cui è dedicata un'altra parte della proposta migliorativa), e rimane strutturalmente separato dal sottopasso esistente, come chiarito dalla

ricorrente nell'istanza di intervento in autotutela. L'intera miglioria potrebbe quindi essere stralciata (o essere penalizzata nel punteggio) senza travolgere il resto dell'offerta. In via subordinata, la ricorrente afferma che il ponte provvisorio potrebbe essere realizzato anche senza il coinvolgimento del sottopasso esistente, sia pure con prestazioni ridotte quanto alla velocità di percorrenza. Tale soluzione avrebbe dovuto essere esaminata ed eventualmente smentita dalla commissione giudicatrice. Non essendovi stato un pronunciamento al riguardo, è mancato un passaggio indispensabile per la corretta motivazione del provvedimento di esclusione>>

Pubblicato il 17/08/2023

N. 00674/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00386/2023 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 386 del 2023, proposto da VITALI SPA, in proprio e quale mandataria del RTI con GCF Generale Costruzioni Ferroviarie spa, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Marascio e Stefano Genovese, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

RETE FERROVIARIA ITALIANA SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

nei confronti

D'AGOSTINO ANGELO ANTONIO COSTRUZIONI GENERALI SRL, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del responsabile del procedimento prot. n. RFI_DAC.ACN/A0011/P/2023/0000148 di data 7 aprile 2023, con il quale è stata disposta l'esclusione del RTI della ricorrente dalla procedura aperta n. DAC.0261.2022 per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di raddoppio della linea Ponte S. Pietro - Bergamo e di potenziamento della linea Bergamo - Montello (fase 1);
- della nota di comunicazione prot. n. RFI_DAC.ACN/A0011/P/2023/0000148 di data 7 aprile 2023;
- della nota del responsabile del procedimento prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2023/0001897 di data 27 aprile 2023, con la quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela;
- dei verbali di gara, nella parte in cui non escludono il RTI controinteressato;
- della *lex specialis* (v. paragrafo 2.6 e paragrafo "Avvertenze offerta tecnica" dell'allegato 4 al disciplinare di gara), nella parte in cui sanziona con l'esclusione eventuali proposte migliorative non accettate dalla stazione appaltante e non ammissibili;
- nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto, e in via subordinata per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana spa;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2023 il dott. Mauro Pedron;

Considerato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 27 dicembre 2022 Rete Ferroviaria Italiana spa (RFI) ha indetto la procedura aperta n. DAC.0261.2022 per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori relativi al raddoppio della linea ferroviaria Ponte S. Pietro - Bergamo e al potenziamento della linea ferroviaria Bergamo - Montello (fase 1). L'importo a base di gara è pari a € 105.315.104,75 (Iva esclusa). L'opera è finanziata tramite il PNRR.

2. Il progetto definitivo a base di gara prevede la realizzazione di una galleria artificiale, denominata GA02, che ospiterà il secondo binario sottoattraversando la circonvallazione Leuceriano. La galleria artificiale consiste in uno scatolare in calcestruzzo armato costruito fuori opera e successivamente spinto nella sua posizione finale in corrispondenza del rilevato di via Leuceriano.

3. Il posizionamento della galleria artificiale implica la demolizione della parte iniziale del cavalferrovia, verso sud, con la conseguente interruzione del traffico veicolare diretto ai quartieri Longuelo e Loreto di Bergamo in concomitanza con i lavori. Per evitare questo inconveniente, il paragrafo 2.6 dell'allegato 4 al disciplinare di gara invita i concorrenti a formulare proposte tecniche migliorative delle fasi realizzative, con la precisazione che *“[l]e soluzioni di cui al criterio non possono modificare le caratteristiche geometriche e funzionali delle sezioni di intradosso e i requisiti prestazionali e funzionali delle opere in sotterraneo presentati nel progetto definitivo a base di gara (larghezza marciapiedi, attrezzabilità interna, ecc.) e non devono richiedere nuovi processi autorizzativi”*.

4. La società ricorrente ha partecipato alla gara in qualità di mandataria di un RTI.

5. L'offerta tecnica della ricorrente (v. doc. 13 di parte ricorrente, pag. 16, 23) prevede di mantenere aperto il traffico in entrambi i sensi di marcia realizzando, sul lato ovest del rilevato stradale da demolire, un ponte provvisorio in travi di acciaio e platea in calcestruzzo, sostenuto anche dal prolungamento della soletta dell'esistente sottopasso ciclopeditone, con ampliamento provvisorio dello stesso per la gestione del traffico di cantiere. In questo modo, sarebbe possibile portare la

velocità di percorrenza a 50 Km/h. Senza interventi sul sottopasso esistente, il ponte provvisorio potrebbe comunque essere realizzato, secondo la ricorrente, ma con velocità di percorrenza ridotta a 30 Km/h.

6. La commissione giudicatrice ha valutato negativamente la suddetta proposta, osservando che (a) il sottopasso esistente è estraneo al perimetro del progetto a base di gara; (b) la ricorrente non ha dimostrato di disporre delle autorizzazioni necessarie alla modifica del sottopasso esistente, né ha documentato se lo stesso o il suolo destinato all'ampliamento del rilevato stradale siano soggetti a vincoli. In questo modo, secondo la stazione appaltante, sarebbe violato il paragrafo 2.6 dell'allegato 4 al disciplinare di gara, che qualifica come inammissibili le soluzioni per cui siano necessari nuovi processi autorizzativi. Il paragrafo "*Avvertenze offerta tecnica*" del medesimo documento sanziona con l'esclusione le proposte che presentino varianti inammissibili.

7. Il responsabile del procedimento, pertanto, con provvedimento di data 7 aprile 2023, ha disposto l'esclusione del RTI della ricorrente. La decisione è stata confermata con successivo provvedimento di data 27 aprile 2023, che ha respinto l'istanza di intervento in autotutela.

8. Contro i suddetti provvedimenti, nonché contro le citate previsioni della *lex specialis*, ove interpretate nel senso voluto da RFI, la ricorrente ha presentato impugnazione, formulando in sintesi due argomenti: (i) travisamento dei fatti, in quanto il sottopasso ciclopedonale sarebbe comunque ricompreso nel perimetro dell'area di cantiere (v. doc. 10, 11, 19, 20 di parte ricorrente); (ii) violazione dei principi della materia, in quanto la galleria artificiale e il ponte provvisorio con prolungamento del sottopasso ciclopedonale sarebbero due opere strutturalmente scollegate, e dunque dovrebbero essere considerate disgiuntamente, anche ai fini dell'attribuzione del punteggio (se non considerata utile, la miglioria avrebbe dovuto

essere sanzionata con un punteggio pari a zero, non certamente con l'esclusione dell'intera offerta).

9. Oltre ai provvedimenti relativi all'esclusione della propria offerta, la ricorrente ha impugnato l'ammissione della ditta controinteressata, unica altra concorrente, e del relativo RTI. In proposito, la tesi del ricorso è che vi sarebbe una duplice causa di esclusione basata sulla pendenza di procedimenti penali a carico degli amministratori, circostanza che sarebbe rilevante per sé, ma avrebbe comunque dovuto essere dichiarata e valutata ai sensi dell'art. 80 comma 5-c/c-*bis* del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50.

10. RFI si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

11. Questo TAR, con ordinanza n. 228 del 12 giugno 2023, ha accolto la domanda cautelare, disponendo la riammissione con riserva del RTI della ricorrente.

12. Con provvedimento di data 16 giugno 2023 il responsabile del procedimento ha ottemperato alla suddetta ordinanza.

13. In data 7 luglio 2023 l'appalto è stato aggiudicato al RTI della controinteressata.

14. Con memoria depositata il 10 luglio 2023 la ricorrente ha insistito per la decisione del ricorso, affermando l'interesse alla collocazione in graduatoria in vista di un eventuale scorrimento della stessa.

15. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni, in parte anticipate in sede cautelare:

(a) preliminarmente, si osserva che l'interesse da ultimo rappresentato dalla ricorrente è idoneo a escludere l'improcedibilità del ricorso, tenendo conto anche della circostanza che non è ancora ultimata la fase di verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 32 comma 7 del Dlgs. 50/2016;

(b) nel merito, occorre partire dal paragrafo 2.6 dell'allegato 4 al disciplinare di gara, il quale prevede fino a 15 punti (su 80 complessivi a disposizione dell'offerta tecnica) per le proposte tecniche migliorative delle fasi realizzative della galleria artificiale.

L'interesse pubblico perseguito è evidentemente la riduzione dei disagi per la viabilità derivanti dalla demolizione del rilevato stradale;

(c) questo interesse pubblico, che implica l'inserimento di nuove opere rispetto a quelle del progetto a base di gara, trova un bilanciamento nel cronoprogramma del raddoppio dell'infrastruttura ferroviaria. Il disciplinare di gara qualifica infatti come prevalente l'interesse pubblico alla realizzazione del secondo binario in tempi compatibili con le scadenze del PNRR. Come evidenziato dalla difesa di RFI, proprio allo scopo di garantire le esigenze di celerità connesse all'attuazione del PNRR, sono già state chieste tutte le autorizzazioni e le dichiarazioni di assenso degli enti proprietari o gestori delle aree interessate dal progetto. La clausola di chiusura inserita nel paragrafo 2.6 dell'allegato 4 al disciplinare di gara stabilisce che le soluzioni tecnico-migliorative non devono richiedere nuovi processi autorizzativi;

(d) in tale contesto, appare ragionevole la sanzione dell'esclusione applicata alle offerte che contengano proposte migliorative in grado di rallentare i lavori a causa della necessità di acquisire ulteriori autorizzazioni;

(e) per il principio di proporzionalità, tuttavia, una simile sanzione risulta legittima solo quando ricorrano alternativamente due condizioni: (1) se le proposte migliorative siano inscindibili dal resto dell'offerta, in quanto non potrebbero essere scorporate senza una complessiva riprogettazione delle lavorazioni, e quindi senza una modifica dell'offerta stessa; (2) se le proposte migliorative implicino l'acquisizione di autorizzazioni o dichiarazioni di assenso realmente incompatibili con i tempi del progetto a base di gara. Per non ridurre senza necessità il numero dei concorrenti, e per non disincentivare la presentazione di proposte migliorative, occorre ricondurre in via interpretativa il potere di esclusione ai soli casi in cui vi possa essere un effettivo contrasto tra l'interesse pubblico principale (tempestiva realizzazione dell'infrastruttura ferroviaria) e l'interesse pubblico concorrente (mitigazione degli effetti negativi sulla viabilità);

(f) nello specifico, la condizione dell'inscindibilità delle opere migliorative non sussiste, in quanto il ponte provvisorio realizzato prolungando la soletta del sottopasso ciclopedonale non è un presupposto necessario per il posizionamento della galleria artificiale (a cui è dedicata un'altra parte della proposta migliorativa), e rimane strutturalmente separato dal sottopasso esistente, come chiarito dalla ricorrente nell'istanza di intervento in autotutela. **L'intera miglioria potrebbe quindi essere stralciata (o essere penalizzata nel punteggio) senza travolgere il resto dell'offerta.** In via subordinata, la ricorrente afferma che il ponte provvisorio potrebbe essere realizzato anche senza il coinvolgimento del sottopasso esistente, sia pure con prestazioni ridotte quanto alla velocità di percorrenza. Tale soluzione avrebbe dovuto essere esaminata ed eventualmente smentita dalla commissione giudicatrice. Non essendovi stato un pronunciamento al riguardo, è mancato un passaggio indispensabile per la corretta motivazione del provvedimento di esclusione;

(g) non è stata dimostrata neppure la condizione dell'incompatibilità con il cronoprogramma del progetto a base di gara;

(h) in generale, **non si può affermare l'incompatibilità per il solo fatto che la proposta migliorativa riguardi un sedime diverso da quello delle opere principali. In realtà, le migliorie possono, per definizione, fuoriuscire dal perimetro del progetto, purché mantengano un collegamento funzionale con lo stesso. Quando, come nel caso in esame, le opere ulteriori abbiano carattere temporaneo, e siano localizzate sull'area di cantiere, ossia su superfici già soggette ad occupazione temporanea, vi è piena coerenza con le opere principali e con gli obiettivi della gara;**

(i) il punto è quindi solo il cronoprogramma, nel senso che è necessario chiedersi se le opere ulteriori esigano l'integrazione delle autorizzazioni dei proprietari o delle autorità preposte ai vincoli, e se l'eventuale domanda di integrazione dia origine a un procedimento con termine finale certo, oppure si apra su un orizzonte temporale

indefinito. È evidente che solo in quest'ultima ipotesi potrebbe porsi un problema di compatibilità con i tempi dell'infrastruttura ferroviaria, ma per arrivare a una simile conclusione è prima necessario analizzare i dettagli amministrativi della proposta migliorativa. Nel caso in esame, invece, la commissione giudicatrice ha operato per presunzioni, negando il soccorso istruttorio, che avrebbe comportato il coinvolgimento del Comune di Bergamo in qualità di ente proprietario del sottopasso esistente (v. doc. 20 di parte ricorrente);

(j) interpellato successivamente dalla ricorrente, il Comune di Bergamo, con nota della Direzione Ambiente, Verde Pubblico e Mobilità di data 30 maggio 2023 (v. doc. 27 di parte ricorrente), ha fornito indicazioni che, seppure non definitive, risultano favorevoli alla tesi della compatibilità con i tempi dell'infrastruttura ferroviaria. Viene infatti evidenziato che l'intervento sul sottopasso esistente, in quanto temporaneo, ricade nell'attività edilizia libera, e in quanto variante minore di un progetto già autorizzato ai fini paesistici non richiede una nuova autorizzazione paesistica. Circa il contenuto della miglioria, il Comune si dichiara *“ben disponibile a valutare qualsiasi soluzione [che] possa evitare [la] chiusura [della circonvallazione Leuceriano], e se ciò dovesse comprendere l'utilizzo temporaneo di aree di proprietà comunale, fatti salvi i dovuti approfondimenti in sede di esame del progetto esecutivo, non si rilevano preliminarmente elementi ostativi”*;

(k) l'argomento formulato nel ricorso relativamente all'asserita esistenza di cause di esclusione in capo alla controinteressata è inammissibile, in quanto intempestivo e ipotetico. Nella gara in esame è stata infatti applicata l'inversione procedimentale (v. paragrafo N del disciplinare di gara), e dunque il controllo dei requisiti soggettivi interviene solo dopo la predisposizione della graduatoria provvisoria.

16. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nella parte relativa all'esclusione del RTI della ricorrente, con il conseguente annullamento dei provvedimenti che

dispongono o confermano la suddetta esclusione. Rimane fermo il potere di RFI di valutare nel merito l'utilità della proposta migliorativa.

17. Poiché questa decisione reintegra le aspettative della ricorrente nei limiti in cui sono state ritenute fondate, non sussistono altri profili di danno risarcibile.

18. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e, tenendo conto dei limiti dell'accoglimento, secondo quanto precisato ai punti precedenti, sono liquidate come da dispositivo.

19. Il contributo unificato è a carico di RFI ai sensi dell'art. 13 comma 6-*bis*.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia
(Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(a) accoglie il ricorso come precisato in motivazione, e conseguentemente dispone la riammissione del RTI della ricorrente alla gara;

(b) condanna Rete Ferroviaria Italiana spa a versare alla ricorrente, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 3.000, oltre agli oneri di legge, con distrazione a favore dei difensori antistatari della ricorrente;

(c) pone il contributo unificato a carico di Rete Ferroviaria Italiana spa, condannando la stessa a rimborsare ai difensori antistatari della ricorrente l'importo versato a tale titolo.

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

Così deciso in Brescia, nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Pietro Buzano, Referendario

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO