Incarto n.
52.2024.278

Lugano
5 febbraio 2025

In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

composto dei giudici: Flavia Verzasconi, presidente,
Sarah Socchi, Fulvio Campello

cancelliera: Giorgia Ponti

statuendo sul ricorso del 15 luglio 2024 della

RI 1

contro

la decisione del 2 luglio 2024 della Società per le Ferrovie Autolinee Regionali Ticinesi (FART) SA che, in esito a pubblico concorso, ha deliberato le prestazioni di ingegneria civile concernenti interventi di risanamento sulla linea ferroviaria al Consorzio M_____, previa esclusione dell'insorgente;

ritenuto, **in fatto**

A. Il 13 marzo 2024 le FART hanno indetto un pubblico concorso, retto dal concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/15 marzo 2001 (CIAP; RL 730.500) e impostato secondo la procedura libera, per aggiudicare le prestazioni di ingegneria civile occorrenti alla progettazione del risanamento di quattro manufatti e due sottopassi sulla linea ferroviaria FART (FU n. 52 del 13 marzo 2024, pag. 4 segg.).
Tra i criteri di idoneità, la documentazione di gara poneva i seguenti requisiti (capitolato d'appalto, punto 2.2.7)

1. L'offerente deve produrre almeno una referenza attestante lo svolgimento di prestazioni di progettazione (dalla fase 32 alla fase 51 secondo il regolamento SIA 103) per il risanamento di ponti/manufatti ferroviari in pietra, e sottopassi d nuova costruzione con un costo dell'opera di almeno 300'000.- CHF (solo opere costruttive del genio civile, progettazione e IVA escluse). L'opera deve essere stata ultimata o essere in fase di realizzazione (fase 52 secondo regolamento SIA 103, conclusa o in corso) al momento della presentazione dell'offerta. In caso l'oggetto di referenza sia stato realizzato da un consorzio di

studi, l'offerente deve aver svolto almeno il 30% delle prestazioni di ingegneria (compilare l'apposita scheda in ALLEGATO 2.1).

2. Il capofila deve mettere a disposizione un Direttore dei Lavori che possa attestare lo svolgimento in prestazioni di direzione lavori (fasi 52 e 53 secondo il regolamento SIA 103), per la realizzazione di un'opera di cui al punto 1, in ambito ferroviario su una linea in esercizio con un costo di almeno 200'000.- CHF (solo opere costruttive del genio civile, progettazione e IVA escluse). L'opera deve essere stata ultimata al momento della presentazione dell'offerta (compilare l'apposita scheda in ALLEGATO 2.2).

Il bando di concorso annunciava che, soddisfatti i requisiti di partecipazione e i criteri di idoneità, per l'aggiudicazione della commessa avrebbe fatto stato il miglior punteggio ottenuto nei seguenti criteri di valutazione e relativi fattori di ponderazione (capitolato d'appalto punto 2.2.8 segg.).

CA1	prezzo	35%
CA2	attendibilità del prezzo orario medio	10%
CA3	attendibilità delle ore previste	15%
CA4	analisi critica del progetto	15%
CA5	qualifiche del personale chiave	25%

Per quanto attiene al criterio "attendibilità delle ore previste", il documento precisava il seguente metodo di valutazione:
Il totale delle ore previste per il calcolo dell'offerta, indicato da ogni concorrente nell'Offerta economica in ALLEGATO 4 viene confrontato col tempo medio (in ore) di riferimento. Il punteggio viene assegnato in base alla percentuale di scostamento in rapporto al tempo medio di riferimento.
Il "tempo orario di riferimento" si ottiene mediando (50%-50%) il tempo orario depositato in busta chiusa dal committente con il tempo orario medio di tutte le offerte formalmente valide pervenute. Il "tempo di riferimento" del Committente verrà reso pubblico all'apertura delle offerte.
I punti vengono assegnati in base alla formula seguente:

	nota
Prezzo [*recte: tempo*] orario uguale al prezzo orario di riferimento +/- 5%	6
Prezzo [*recte: tempo*] +/- 20% rispetto al prezzo orario di riferimento	1
Per gli altri prezzi [*recte: tempi*] interpolazione lineare	

Le offerte che conseguono un nota minore o uguale a 1 verranno considerate inattendibili e quindi scartate. I dati in esse contenuti non saranno utilizzati per le valutazioni negli altri criteri di aggiudicazione.

Il documento ammetteva inoltre la possibilità di subappaltare le prestazioni del *perito ai sensi dell'ordinanza UFT Organismi di controllo indipendenti per il settore ferroviario*, quelle del geometra nonché, eventualmente, quelle del consulente ambientale per la redazione della check-list ambientale (punti 2.2.5 segg.).

B. Entro il termine utile sono giunte al committente otto offerte di importi compresi tra fr. 287'429.52 e fr. 831'559.25. Le prime sei sono state aperte in seduta pubblica il 13 maggio 2024 mentre le due mancanti, che per un errore del committente non erano state conservate insieme alle altre, il 21 maggio seguente.

C. La valutazione delle offerte ha condotto all'attribuzione della nota 1 nel criterio di aggiudicazione attendibilità delle ore previste per sei offerte, tra cui quella della RI 1 (di fr. 287'429.52), quella della

P_____ (di fr. 831'559.25), e quella del Consorzio G_____ (di fr. 586'297.65), composto dalle ditte _____ e _____. L'offerta della RI 1 aveva previsto una tempistica inferiore di oltre il 20% il tempo orario medio di riferimento (3'584.81 ore), mentre le altre cinque un tempo di oltre il 20% superiore a tale cifra. Il committente ha pertanto escluso tali offerte dal concorso e deliberato la commessa al Consorzio M_____, composto dalle ditte CO 1 e CO 2, giunto primo in graduatoria con 526.53 punti.

D. Contro la predetta decisione la RI 1 insorge dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo, chiedendone l'annullamento. Domanda inoltre, in via principale, l'annullamento dell'intero concorso, mentre in via subordinata l'aggiudicazione della commessa in proprio favore. Il tutto previo conferimento dell'effetto sospensivo al gravame.
Contesta innanzitutto la possibilità, prevista dagli atti di gara, di ricorrere al subappalto per la figura del perito. Sostiene infatti che la relazione tra offerente e subappaltatore non permetterebbe al perito di agire con la dovuta indipendenza. Tale difetto costituirebbe una grave lacuna formale che imporrebbe di ripetere la gara. In ogni caso, il committente non avrebbe verificato in alcun modo l'idoneità dei subappaltatori proposti dagli offerenti. Esso non avrebbe nemmeno accertato la plausibilità dell'offerta del Consorzio aggiudicatario, che avrebbe previsto un prezzo troppo esiguo per le prestazioni di geometra e perito. L'insorgente sostiene che la gara vada annullata anche per il motivo che il committente ha aperto due delle otto offerte in due momenti distinti, senza che questa possibilità fosse prevista dal bando.
Afferma inoltre che la gara sarebbe stata condizionata in maniera sostanziale da una lacuna formale: il committente non ha infatti messo a disposizione di tutti i concorrenti il progetto di massima, allestito dalla ricorrente stessa, che conteneva anche una stima degli onorari. L'insorgente è infatti l'unica offerente ad aver presentato un onorario inferiore rispetto al proprio preventivo. Tale preventivo è stato utilizzato dal committente per elaborare la sua stima delle ore previste per il progetto, che è servita quale parametro di valutazione del relativo criterio di aggiudicazione. La predetta stima, di 2'800 ore, sarebbe in ogni caso inattendibile. La ricorrente sostiene infine che il committente non avrebbe verificato le referenze presentate dai concorrenti a dimostrazione della propria idoneità, ciò che avrebbe falsato la valutazione dei criteri di aggiudicazione: i concorrenti inidonei sarebbero infatti dovuti essere scartati prima della valutazione delle offerte.

E. Il committente si oppone all'accoglimento del ricorso, di cui eccepisce innanzitutto l'irricevibilità per carenza di legittimazione attiva dell'insorgente. Osserva poi che la censura rivolta contro la possibilità di subappaltare le prestazioni del perito indipendente è tardiva, avendo l'insorgente omesso di impugnare il bando di concorso. L'impostazione del bando a questo proposito sarebbe in ogni caso corretta. In merito al coinvolgimento dello studio ricorrente, che ha allestito il progetto di massima, il committente precisa gli obiettivi del mandato attribuitogli e sostiene che da ciò non sia derivata alcuna violazione del principio della parità di trattamento tra

gli offerenti. La stima delle ore previste per il progetto è stata calcolata autonomamente dal committente sulla base del costo dell'opera, dato reso disponibile a tutti i concorrenti, e non utilizzando il preventivo d'onorario elaborato dalla RI 1.

F. Con la replica e la duplica le parti hanno ribadito le proprie tesi, con precisazioni di cui si dirà, per quanto necessario, nei seguenti considerandi.

G. Con due separati ricorsi, anche la P_____ (inc. n. 52.2024.279) e il Consorzio G_____ (inc. n. 52.2024.280) hanno impugnato la decisione del committente, con tesi e argomenti in gran parte identici.

Considerato, **in diritto**

1. 1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dagli art. 15 cpv. 1 CIAP e 4 cpv. 1 del decreto legislativo concernente l'adesione del Cantone Ticino al concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (DLACIAP; RL 730.510).
Per quanto attiene alla legittimazione dell'insorgente, la cui offerta è stata esclusa dal concorso, si rileva quanto segue.
Secondo la prassi del Tribunale federale, un offerente estromesso dalla gara non ha un interesse degno di protezione a ricorrere contro la delibera se, in caso di accoglimento del suo ricorso, non può vedersi attribuire la commessa. La legittimazione a ricorrere gli viene invece riconosciuta se domanda che venga indetto un nuovo concorso, dopo che la procedura sia stata invalidata (STA 52.2021.228 del 23 dicembre 2021 consid. 1.2). In tale caso egli può infatti partecipare al nuovo concorso e presentare una nuova offerta e possiede quindi un'effettiva possibilità di ottenere la commessa (DTF 141 II 14 consid. 4.7). Nel caso concreto, l'insorgente domanda l'annullamento dell'intero concorso sostenendo che il bando sarebbe irrimediabilmente viziato per diverse ragioni. Tra queste la possibilità, prevista dal committente, di subappaltare le prestazioni del perito, ciò che contravverrebbe in modo grave al principio di indipendenza imposto dalla legislazione applicabile in ambito ferroviario. Inoltre, il committente avrebbe allestito una stima delle ore utili allo svolgimento del mandato in maniera inattendibile e reso così impossibile una valutazione corretta delle offerte. In caso di accoglimento delle sue censure, che non appaiono d'acchito sprovviste di fondamento, l'intero concorso andrebbe annullato e il committente dovrebbe indirne uno nuovo, a cui la ricorrente potrebbe partecipare.
D'altro canto, la ricorrente sostiene che il committente non abbia esaminato l'idoneità dei concorrenti e dei subappaltatori prima di procedere alla valutazione delle offerte e in particolare del criterio di aggiudicazione "attendibilità delle ore previste". L'analisi delle offerte in relazione al rispetto dei criteri di idoneità potrebbe condurre all'esclusione di taluni offerenti, modificando così la valutazione del predetto criterio che ha sancito l'esclusione della ricorrente. In caso

di accoglimento della censura, che non appare d'acchito priva di fondamento, l'insorgente non solo potrebbe essere riammessa in gara, ma potrebbe addirittura risultare l'unica concorrente idonea. Ad essa vanno quindi riconosciute sufficienti possibilità di vedersi attribuire la commessa (art. 15 cpv. 1bis lett. d CIAP e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmm; RL 165.100). L'abilitazione a contestare la delibera in favore del Consorzio M_____ le potrà invece essere riconosciuta solo in caso di accoglimento delle censure rivolte contro la sua estromissione dalla gara (cfr. STA 52.2016.330 del 9 novembre 2016 consid. 1). Il gravame, tempestivo (art. 15 cpv. 2 CIAP), è pertanto ricevibile in ordine.

1.2. Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 cpv. 1 LPAmm). La documentazione prodotta dalle parti, tra cui il carteggio completo trasmesso dal committente, permette al Tribunale di esprimersi con cognizione di causa.

2. La ricorrente ravvisa un motivo di annullamento del concorso nel fatto che il committente non ha messo a disposizione di tutti i concorrenti il progetto di massima, allestito dall'insorgente stessa su mandato delle FART, che conteneva anche una stima degli onorari. La ricorrente sostiene che il committente avrebbe dovuto compensare il vantaggio concorrenziale derivante dalla sua partecipazione alla preparazione della commessa mettendo a conoscenza di tutti gli offerenti il progetto di massima nella sua integralità. Non avendolo fatto, esso avrebbe violato in modo grave il principio della parità di trattamento. La stima dei costi elaborata dall'insorgente, di fr. 350'000.- IVA esclusa, non riportata nel capitolato, sarebbe stata usata dal committente per definire il suo preventivo, depositato in busta chiusa. Se i concorrenti ne fossero stati a conoscenza non avrebbero offerto, come invece è stato il caso, cifre molto più elevate. L'importo preventivato si prestava inoltre a informare i concorrenti sul numero delle ore verosimilmente stimate dal committente per lo svolgimento dell'incarico, in concreto 2'824 ore: bastava infatti dividere il prezzo finale per la tariffa oraria media di fr. 125.-, indicata nelle prescrizioni generali d'appalto. L'unica concorrente che ha proposto un dispendio di tempo inferiore è infatti proprio l'insorgente medesima, che ha anche presentato l'offerta più vantaggiosa dal profilo economico.

2.1. Secondo l'art. 35 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006 (RLCPubb/ CIAP; RL 730.110) gli offerenti che hanno partecipato alla preparazione della commessa non sono autorizzati a presentare un'offerta se il vantaggio concorrenziale che ne hanno tratto non può essere compensato con mezzi adeguati e se questa esclusione non pregiudica una concorrenza efficace tra offerenti. Sono in particolare mezzi adeguati per compensare il vantaggio concorrenziale, soggiunge il cpv. 2 della norma:

a) la trasmissione di tutte le indicazioni essenziali sui lavori preliminari;
b) la comunicazione dei partecipanti alla preparazione;

c) la proroga dei termini minimi.
Il cosiddetto impedimento da prevenzione (o "preimplicazione"; *Vorbefassung, préimplication*) è dato quando un concorrente ha partecipato alla preparazione del procedimento di concorso, sia elaborando le basi del progetto, sia allestendo la documentazione di gara, sia fornendo consulenza al committente sulle specifiche tecniche della fornitura (cfr. STF 2P.164/2004 del 25 gennaio 2005 consid. 3.1; STAF B-6653/2016 del 29 novembre 2016 consid. 8.1 con rimandi; Res Nyffenegger/Hans Ulrich Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in BVR 2004, n. 2, pag. 49 segg.). La preimplicazione è infatti atta a disattendere il principio della parità di trattamento ancorato all'art. 1 cpv. 3 lett. b CIAP, che impone al committente di assicurare a tutti i concorrenti le stesse opportunità. Il concorrente che versa in tale situazione può essere tentato in effetti di indirizzare il committente a privilegiare la sua offerta o può sfruttare a suo vantaggio in sede di allestimento dell'offerta le conoscenze acquisite nell'ambito della preparazione del concorso (*Wissensvorsprung*; Peter Galli/ André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, III ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2013, n. 1043 segg., n. 1067).
L'impedimento per preimplicazione comporta in genere l'esclusione dell'offerta. L'offerente che chiede l'esclusione di possibili concorrenti preimplicati dalla gara e vuole dedurre un vantaggio da un'eventuale preimplicazione deve dimostrare che essi si sono procurati un vantaggio significativo di conoscenze del mandato messo in concorso e che detto vantaggio non può essere colmato con le misure ordinate dal committente (cfr. STAF B-6653/2016 citata consid. 8.2 e rinvii). Eccezioni sono ammesse quando il vantaggio di conoscenze è irrilevante o quando la collaborazione del concorrente prevenuto all'allestimento della documentazione di gara è soltanto marginale (cfr. STF 2P.164/2004 citata consid. 3.3; RtiD I-2014 n. 11 consid. 3.1, I-2009 n. 28 consid. 2.1 con rinvii; STA 52.2018.194 del 2 agosto 2018 consid. 3.4, 52.2014.300 del 5 febbraio 2015 consid. 3.1).

2.2. Nel caso concreto, la ricorrente ha allestito il progetto di massima delle opere oggetto della commessa. Progetto che contemplava anche la stima degli onorari delle prestazioni di ingegnere, informazione non contenuta nel capitolato d'oneri. La committenza afferma di aver allestito il preventivo degli onorari unicamente sulla base del prevedibile costo dell'opera, dato a disposizione di tutti i concorrenti. Tale circostanza non appare di per sé inverosimile. Anzi, essa trova conferma nel preventivo dettagliato allegato al rapporto di valutazione. Tuttavia, non si può escludere che il preventivo allestito dalla RI 1 abbia giocato un ruolo, quantomeno nella scelta dei parametri applicati o nel controllo che l'ammontare non fosse fuori scala. Tant'è che le due stime dei costi sono sostanzialmente equivalenti. Il dato è stato oscurato ai concorrenti proprio per non svelare la stima delle ore, che doveva restare segreta (depositata in busta chiusa), in quanto sarebbe stata facilmente deducibile essendo nota la tariffa oraria media applicata.
Il committente ha però permesso alla RI 1 di prendere parte alla gara, pur sapendo che era a conoscenza di un'informazione atta a incidere sull'allestimento delle offerte, su cui si era premurata di mantenere riserbo con tutti gli altri offerenti.

Occorre pertanto concludere che la partecipazione della RI 1 costituisce un caso di preimplicazione ai sensi dell'art. 35 RLCPubb/CIAP, tant'è che la medesima lo ammette.

2.3. L'insorgente ritiene, come detto, che il committente abbia gravemente violato i principi della parità di trattamento e della trasparenza, non avendo messo in atto i correttivi previsti dall'art. 35 cpv. 2 RLCPubb/CIAP. A suo giudizio, la disattenzione in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante andrebbe sanzionata con l'annullamento del concorso: non dovrebbe per contro porsi il quesito se la sua offerta dovesse essere esclusa.
Sennonché, la stessa ha comunque partecipato al concorso senza eccepire alcunché e ha atteso l'esito negativo dello stesso per lamentare il fatto che il committente non abbia preso le misure necessarie (e a suo dire possibili) per compensare il suo vantaggio e mettere così tutti i concorrenti nelle stesse condizioni. Il comportamento dell'insorgente è manifestamente lesivo del principio della buona fede.
Poste queste premesse, non si può che concludere che l'offerta della ricorrente, a causa dell'elaborazione del progetto di massima in cui ha allestito il preventivo per le prestazioni oggetto dell'appalto, doveva essere esclusa dal concorso per preimplicazione.

3. Esclusa a ragione dalla gara, seppur per un motivo diverso da quello rilevato dall'ente appaltante, l'insorgente non è legittimata a contestare l'aggiudicazione della commessa al Consorzio M_____. Il ricorso va quindi respinto nella misura della sua ricevibilità.

4. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda tendente alla concessione dell'effetto sospensivo al gravame.

5. La tassa di giustizia è posta a carico della ricorrente secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmm). Non si assegnano ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmm).

Per questi motivi,

decide:

1. Nella misura in cui è ricevibile, il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 3'000.- è posta a carico della ricorrente, a cui va restituito l'anticipo versato in eccesso.

3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110) nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 83 lett. f LTF.

4. Intimazione a:

Per il Tribunale cantonale amministrativo
La presidente La cancelliera

<< Documento stampato da www.sentenze.ti.ch >>

