

Pubblicato il 11/05/2022

N. 03723/2022REG.PROV.COLL.
N. 03377/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3377 del 2021, proposto da Carnazzola Geom. Camillo S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Varenna, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gianni', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Carlo Molteni, Bruno Franco Pecis, Andrea Negrini, Andrea Bongini, RFI – Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 02623/2020, resa tra le parti, concernente l'annullamento e/o la riforma della sentenza TAR Lombardia-Milano, sez. I, 29 dicembre 2020, n. 2623 (non notificata);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Varenna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Annamaria

Fasano e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con appello notificato in data 29 marzo 2021, la società Carnazzola Geom. Camillo S.p.a. (in seguito solo Carnazzola S.p.a.) ha chiesto l'annullamento e/o la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 2623 del 2020 e, conseguentemente, l'annullamento della delibera di Giunta Comunale n. 71 del 2019 di presa d'atto dell'esito di validazione del progetto esecutivo riguardante la rotatoria all'intersezione tra Viale Polvani e SP 72, della determina del Responsabile dell'Area Tecnica n. 162 del 7 agosto 2019 di approvazione del rapporto di verifica e relativo allegato e della nota RFI del 26 luglio 2019, n. 4757 ove costituente motivazione dello stesso, nonché di ogni altro atto o provvedimento alle stesse presupposto, conseguente o comunque connesso.

1.1. La società Carnazzola S.p.a. aveva impugnato dinnanzi al T.A.R. per la Lombardia la suddetta delibera n. 71 del 2019, con la quale il Comune di Varenna prendeva atto dell'esito negativo del procedimento di validazione del progetto esecutivo presentato dalla stessa società nel corso del 2016. Secondo l'amministrazione comunale, il progetto esecutivo non poteva essere validato, sia a causa della non corrispondenza tra tale progetto e il progetto definitivo, sia in quanto le carenze e le omissioni di natura tecnica e economica impedivano la cantierizzazione e la realizzazione dell'opera e costituivano una palese violazione degli obblighi contrattuali assunti dalla Società.

1.2. Va premesso che, con sentenza del 2 luglio 2018, n. 1637, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia aveva annullato le determinazioni

dirigenziali con le quali il Comune di Varenna, a sua volta, aveva annullato in autotutela l'aggiudicazione, disposta in favore della società Carnazzola S.p.a., della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione della suddetta rotatoria.

La pronuncia era stata confermata da questa Sezione, con sentenza n. 1312 del 2021. Questo Consiglio aveva respinto il ricorso in appello proposto dal Comune di Varenna avverso la sentenza dell'adito Tribunale, che aveva giudicato fondata la censura di violazione del termine di diciotto mesi dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione (disposta con determinazione n. 239 del 20 ottobre 2015), previsto dall'art. 21 *nomies*, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 7 agosto 2015, n. 124.

1.3. Con nota n. 1021 del 15 febbraio 2019, nelle more del giudizio proposto avverso l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, l'Amministrazione aveva dato avvio al procedimento di verifica del progetto esecutivo.

Con determinazione del 22 marzo 2019, n. 38, il responsabile dell'Area tecnica del Comune di Varenna rilevava l'incompletezza del progetto esecutivo e il mancato aggiornamento rispetto alla variante del 2016, nonché l'incoerenza con il progetto definitivo, approvato con deliberazione della Giunta comunale n. 86 del 22 settembre 2015, in relazione ad alcuni profili tecnici ed economici, concedendo a Carnazzola S.p.a. un termine per presentare osservazioni.

In data 30 aprile 2019, la società presentava un elaborato progettuale denominato "Progetto esecutivo – verifica 2019", costituito da n. 25 nuovi "Elaborati di progetto esecutivo".

RFI (Rete Ferroviaria Italiana S.p.a.), nel corso dell'elaborazione del progetto, aveva trasmesso i relativi pareri, che integravano il progetto definitivo. Con nota del 26 luglio 2019 RFI, infatti, aveva comunicato alla stazione appaltante la stima dei costi per la realizzazione dei lavori interferenti, pari a circa euro 800.000,00, da rivalutare all'esito della revisione del progetto esecutivo, alla luce delle prescrizioni impartite.

Con determinazione del 7 agosto 2019, n. 162, il responsabile dell'Area tecnica del Comune di Varenna, preso atto che il progetto esecutivo del 30 aprile 2019 sostituiva quello del 23 febbraio 2016, aggiornato alle previsioni della variante del 13 luglio 2106, riteneva che l'opera non avrebbe potuto essere realizzata con i fondi previsti nel quadro economico e che, comunque, non fosse cantierabile a causa delle numerose carenze tecniche in essa riscontrate.

Con deliberazione n. 71 dell'8 agosto 2019, la Giunta comunale prendeva atto dell'esito non favorevole della validazione del progetto esecutivo dei lavori di realizzazione della rotatoria, presentato da Carnazzola S.p.a..

Successivamente all'adozione dell'atto formale di non validazione, l'impresa, ritenendo che la stazione appaltante non avesse trasmesso gli elaborati aggiornati a RFI per i relativi pareri, richiedeva direttamente a RFI una rivalutazione della stima dei costi per la realizzazione dei lavori interferenti depositando però gli elaborati progettuali aggiornati. RFI, in esito alla richiesta, in data 31 ottobre 2019, comunicava al Comune di Varenna, sulla base dell'esame degli elaborati progettuali aggiornati, il ricalcolo degli oneri da sostenersi nell'ambito delle lavorazioni in oggetto, quantificandoli nella misura di euro 200.000,00, pur precisando che la quantificazione era di carattere estimativo basata su interventi simili, sicchè la corretta congruenza di tale stima era subordinata alle valutazioni di dettaglio rispetto alla revisione del progetto, che andava approvato.

2. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Carnazzola S.p.a. domandava l'annullamento del diniego di validazione del progetto esecutivo, denunciando con unico motivo: a) la violazione dell'articolo 55, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto il responsabile unico del procedimento, che aveva svolto l'attività di validazione, non avrebbe potuto svolgere, per incompatibilità, anche l'attività di verifica; b) il difetto di istruttoria e la violazione delle garanzie partecipative, conseguenti alla mancata indizione della conferenza di servizi ed all'omesso invio a RFI

S.p.a., ai fini dell'acquisizione del relativo parere, del progetto esecutivo aggiornato al 30 aprile 2019; c) il difetto di motivazione e lo sviamento di potere in ordine alla non cantierabilità del progetto esecutivo, con particolare riferimento alla riscontrata sostanziale modificazione dell'opera rispetto al progetto definitivo ed alla sua valutazione sotto il profilo economico, argomentazioni che sarebbero state surrettiziamente utilizzate dalla stazione appaltante al solo fine di negare l'aggiudicazione dell'appalto. La società ricorrente domandava anche il risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'accertamento della validità del progetto esecutivo o, in subordine, per equivalente monetario.

In data 17 giugno 2020, il responsabile dell'Area tecnica del Comune di Varenna comunicava a RFI S.p.a. la mancata validazione del progetto esecutivo del 30 aprile 2019, a causa delle rilevanti carenze in esso riscontrate, e, con determinazione n. 103, adottata in pari data, contestava a Carnazzola S.p.a., ai sensi dell'art. 15, comma 1, lettera b), del contratto di appalto stipulato in data 15 aprile 2016, il reiterato e di non scarsa importanza inadempimento contrattuale per il comportamento complessivamente tenuto dalla stessa.

Con nota del 25 giugno 2020, Carnazzola S.p.a. respingeva la contestazione di inadempimento contrattuale e chiedeva al Comune di Varenna di convocare con urgenza una conferenza di servizi, ai sensi dell'articolo 58 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, per rivalutare la verifica e la validazione del progetto, alla luce della sopravvenuta quantificazione dei costi effettuata da RFI S.p.a.

3. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, con la sentenza n. 2623 del 2020, in epigrafe indicata, respingeva il ricorso, assumendo che le censure proposte da parte ricorrente, in ordine alla validità formale e sostanziale del procedimento integrato di verifica e di validazione erano infondate, in quanto le attività di verifica e di validazione erano state legittimamente attribuite al responsabile unico del procedimento, non sussistendo cause di incompatibilità dell'attività di verifica. Il giudice di primo

grado respingeva anche le critiche proposte alla violazione delle garanzie partecipative nel procedimento di verifica e di validazione, conseguenti alla omessa indizione della conferenza di servizi ed al mancato invio a RFI del progetto esecutivo aggiornato alla variante del 2016, presentato in sede di osservazioni procedurali in data 30 aprile 2019.

Il Collegio rilevava che, nel procedimento di verifica, era stato ampiamente assicurato il contraddittorio tra la stazione appaltante ed il progettista, al quale era stata sostanzialmente concessa la possibilità di presentare un nuovo progetto esecutivo, in sostituzione di quello depositato il 23 febbraio 2016, che non risultava aggiornato alle previsioni della variante del 13 luglio 2016.

Evidenziava inoltre che, nell'incontro del 26 febbraio 2019, il RUP aveva richiesto a Carnazzola S.p.a. chiarimenti su alcune delle soluzioni tecniche adottate, concedendo termine per osservazioni con particolare riferimento al rispetto delle prescrizioni imposte da RFI in data 24 ottobre 2016, e, nell'incontro del 21 marzo 2019, aveva accordato una proroga ulteriore.

In assenza di riscontri soddisfacenti, il RUP aveva, pertanto, correttamente ritenuto di non dovere acquisire un ulteriore parere da RFI, non sussistendo neppure una concreta ragione perché si determinasse ad indire la conferenza di servizi di cui all'articolo 58 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Il T.A.R. rammentava che, con determinazione del responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Varenna n. 103 del 17 giugno 2020, erano stata descritte dettagliatamente le carenze progettuali e le omissioni di elementi sostanziali rilevate dal confronto tra la seconda e la terza soluzione presentata da Carnazzola S.p.a., ma tale atto non era stato impugnato per motivi aggiunti. Il giudice di prima istanza non ravvisava neppure lo sviamento del potere esercitato dal Comune di Varenna, il quale, come invece sostenuto dal ricorrente, avrebbe negato la validazione del progetto esecutivo allo scopo esclusivo di impedire alla stessa l'aggiudicazione dell'appalto.

4. Avverso la sentenza Carnazzola S.p.a. propone appello, illustrato con memorie, svolgendo un unico articolato motivo, e denunciando: *violazione e*

falsa applicazione di norme di legge (art. 112 d.lgs. 163/06 in relazione all'art. 169 del d.P.R. 207/10 e agli artt. 44 e seguenti d.P.R. 207/10; violazione dell'art. 53 d.lgs. 163/06 anche in relazione all'art. 3 e 10 bis l.241/90 e agli artt. 3 e 97 Cost.). Eccesso di potere per carenza del presupposto ed erroneità manifesta della motivazione nonché per mancata valutazione delle memorie partecipative. Sviamento di potere. Erroneità della sentenza di primo grado”.

La società appellante lamenta l'erroneità delle valutazioni formulate dal giudice di prima istanza in ordine alla legittimità dei provvedimenti di diniego di validazione del progetto esecutivo per violazione di legge e per palese illogicità della motivazione. Chiede, altresì, il risarcimento del danno in forma specifica, da ottenersi mediante l'accoglimento del ricorso in appello e l'annullamento degli atti impugnati con ripristino dell'obbligo del Comune di procedere alla validazione del progetto esecutivo ingiustamente negata con i provvedimenti impugnati. In subordine, propone domanda di risarcimento per l'equivalente, in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti assunti, con richiesta di declaratoria dei criteri di proposta di pagamento di detto danno comprensivo anche del danno all'immagine.

4.1. Si è costituito in resistenza il Comune di Varenna, sostenendo che i giudici del Tribunale adito avrebbero correttamente affermato l'infondatezza delle censure proposte da parte ricorrente, atteso che le valutazioni dell'amministrazione comunale, a fronte delle evidenti carenze progettuali riscontrate nel progetto esecutivo, risulterebbero legittime.

5. All'udienza pubblica del 17 febbraio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Carnazzola S.p.a. propone un unico motivo di appello articolato in più censure, denunciando: “*Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 112 d.lgs. 163/06 in relazione all'art. 169 del d.P.R. 207/10 e agli artt. 44 e seguenti del d.P.R. 207/10; violazione dell'art. 53 del d.lgs. 163/06 anche in relazione all'art. 3 e 10 bis l. 241/90 e agli artt. 3 e 97 Cost.). Eccesso di potere per carenza del presupposto*

ed erroneità manifesta della motivazione nonché per mancata valutazione delle memorie partecipative. Sviamento di potere. Erroneità della sentenza di primo grado”.

La questione all’esame di questa Sezione concerne il procedimento di verifica e validazione del progetto esecutivo riguardante la rotatoria all’intersezione tra Viale Polvani e SP 72, che si è concluso con un diniego espresso dal Comune di Varenna.

Come si è detto nella parte in fatto, l’amministrazione comunale, in data 7.8.2019, con determinazione del Responsabile Area Tecnica n. 162, ha approvato il rapporto conclusivo e valutato il progetto esecutivo presentato da Carnazzola S.p.A. come ‘non validabile’ rappresentando che: “ *Le prescrizioni al progetto imposte da RFI comportano dei costi di massima non previsti nel progetto esecutivo e non quantificati né nella versione del progetto esecutivo del febbraio 2016, né nella versione del progetto esecutivo del luglio 2016 e nemmeno nel ‘Progetto esecutivo – verifica 2019’ del 30.4.2019*” e che “*a conclusione del Secondo Rapporto di verifica, esaminata la documentazione disponibile, non si evince con certezza che l’opera possa essere realizzata con i fondi previsti nel quadro economico, non risultano altrettanto chiare le modalità di risoluzione degli impegni economici futuri che RFI chiede che vengano assunti dal Comune di Varenna*”.

L’appellante denuncia l’illegittimità di tale diniego evidenziando: a) l’incompetenza e l’incompatibilità del RUP in ordine all’attività di verifica e successiva validazione; b) il difetto di istruttoria con riferimento alla possibilità di partecipare al procedimento da parte del progettista e soprattutto con riferimento all’art. 58 d.P.R. 207 del 2010, secondo cui, proprio nella fase di validazione del progetto, è prescritto che il procedimento debba svolgersi tramite conferenza di servizi, che è stata negata dal Comune di Varenna; c) il difetto di motivazione e lo sviamento del potere, con particolare riferimento alle integrazioni progettuali rese, necessarie per l’istruttoria del progetto, ed alla loro valutazione sotto il profilo economico. Il Comune non avrebbe presentato a RFI il progetto esecutivo completo come istruito a seguito delle

richieste effettuate a Carnazzola S.p.a. e dalla società riscontrate con lettera 29 aprile 2019, corredata dal progetto esecutivo – verifica 2019.

6.1. Il Comune di Varenna, con memoria, ha contestato le avverse deduzioni difensive, rilevando che, in sede di validazione del progetto esecutivo, Carnazzola S.p.a. non aveva fornito alcun elemento atto a contestare l'accertata incompletezza del progetto. Inoltre, contrariamente alla prescrizione imposta dall'amministrazione, l'impresa appellante aveva depositato un nuovo progetto denominato 'Progetto esecutivo – verifica 2019', costituito da n. 25 nuovi 'Elaborati di progetto esecutivo'. Tali elaborati si sommavano a quelli contenuti nel progetto esecutivo del 23.2.2016, e a quelli contenuti nella variante al progetto esecutivo del 23.2.2016, depositata in data 13.7.2016, con la conseguenza che il progetto esecutivo, lungi dall'essere completo, era stato presentato per tre volte.

Inoltre, RFI aveva trasmesso i propri pareri, che integravano il progetto definitivo e con i quali aveva subordinato il proprio assenso alla realizzazione dell'opera all'esterno della galleria al rispetto di innumerevoli vincoli prescrittivi, stimando sommariamente gli oneri da sostenersi nell'ambito delle lavorazioni in oggetto, pari a circa euro 800,00, 00, e rilevando che il progetto esecutivo già trasmesso nel 2016 non risultava comunque coerente con le prescrizioni a suo tempo comunicate.

Con delibera n. 71 del 2019, la Giunta Comunale aveva preso atto dell'esito della validazione del progetto esecutivo riguardante la rotatoria e che il progetto esecutivo non era approvabile. Successivamente all'adozione dell'atto formale di non validazione, Carnazzola S.p.a. aveva richiesto a RFI una rivalutazione dei costi da interferenza depositando alcuni elaborati progettuali. RFI, sulla base di tale documentazione, dichiarava di aver *“provveduto a stimare sommariamente e ricalcolare quindi gli oneri da sostenersi nell'ambito delle lavorazioni in oggetto che risultano quindi pari a Euro 200.000,00”*, così confermando, a parere del Comune di Varenna, la non completezza del progetto esecutivo e la

correttezza della verifica effettuata dall'amministrazione conclusasi con il diniego di validazione.

7. L'appello è fondato e va accolto per i principi di seguito enunciati.

7.1. L'esame della vicenda processuale impone di tenere conto della sequenza temporale degli avvenimenti, dovendosi precisare che le specifiche questioni prospettate con memoria dall'amministrazione comunale circa le denunciate svariate criticità della procedura di affidamento della gara all'impresa appellante, in merito a riscontrate difformità tra la prestazione messa in gara e l'offerta presentata (cui era conseguita la determina n. 105/2017 di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva e dei presupposti atti di gara), sono state già scrutinate dal T.A.R. per la Lombardia e, in sede di appello, da questo Consiglio con sentenza n. 1312 del 2021.

Tali criticità vengono esaminate con riferimento alle censure prospettate dalla società appellante e al rilievo fattuale che le stesse hanno avuto in relazione al diniego di validazione del progetto esecutivo.

7.2. Ciò premesso, esaminando con ordine le questioni illustrate con l'impugnazione, merita accoglimento l'eccepito difetto di istruttoria del procedimento, per la contestuale assunzione del RUP della funzione di verifica e di successiva validazione del progetto.

L'appellante denuncia che il Comune, tramite il RUO, aveva previsto, con determina n. 8 del 25 gennaio 2019, l'affidamento allo studio GQI Associati di Milano della verifica del progetto esecutivo dei lavori, a cui era stata definitivamente aggiudicata l'esecuzione dell'attività di verifica, prevedendo un corrispettivo di euro 14.400,00.

A seguito di tale determinazione, invece, il RUP, pur avendo incaricato un soggetto terzo, provvedeva ad assumere personalmente l'attività di verifica, in violazione dell'art. 47, comma 2, d.P.R. n. 207/2010. Secondo Carnazzola S.p.a., il RUP non poteva svolgere le attività di verifica e validazione, trattandosi di funzioni separate, distinte e tra loro incompatibili.

Le doglianze sono condivisibili.

Il Collegio rileva che, nella fattispecie, il progetto era caratterizzato dalla peculiarità dell'opera e dalla complessità degli elaborati progettuali, sicchè le premesse dell'atto amministrativo di conferimento di incarico dell'attività di verifica ad un soggetto terzo si palesano in contraddizione (ingiustificata) con il comportamento successivamente assunto dal RUP che, nonostante la evidente complessità dell'istruttoria, ha revocato l'incarico di verifica affidato a professionisti esterni decidendo di assumerlo personalmente, contestualmente a quello di validazione del progetto esecutivo.

Tale determinazione appare viziata da contraddittorietà, non essendo comprensibili le ragioni che l'hanno determinata, soprattutto se si pone l'attenzione sul fatto che la prima scelta, ossia quella di affidare l'attività di verifica ad un professionista esterno, avrebbe consentito di assicurare al procedimento di validazione la tutela dei principi di imparzialità e trasparenza della P.A.

A tale riguardo, è sufficiente rammentare quanto dispone l'art. 55, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, con riferimento al procedimento di validazione del progetto esecutivo, secondo cui: *“in caso di dissenso del responsabile del procedimento rispetto agli esiti delle verifiche effettuate, l'atto formale di validazione o mancata validazione del progetto deve contenere, oltre a quanto previsto dal comma 1, specifiche motivazioni. In merito la stazione appaltante assume le necessarie decisioni secondo quanto previsto nel proprio ordinamento”*. Tale norma va interpretata secondo un criterio teleologico, secondo le disposizioni che disciplinano il procedimento amministrativo.

Sebbene, come correttamente rilevato dal T.A.R. e, in memoria, dal Comune appellato, la disposizione che regola il procedimento integrato di verifica e di validazione del progetto posto a base della gara non contempla una causa tassativa di incompatibilità nel RUP delle attività di verifica e di validazione del progetto posto a base della gara, nondimeno, dalla piana lettura della norma, emerge chiaramente che, laddove sia necessario (come eventualmente poteva verificarsi nella specie, in ragione della complessità progettuale dell'opera da

realizzare) comporre un eventuale conflitto sorto tra verificatore e progettista, è opportuno che il soggetto che valida il progetto sia distinto da quello che ha proceduto alla verifica.

A tale conclusione concorrono sia l'interpretazione letterale e logica della disposizione, sia, come si è detto, quella teleologica, atteso che, diversamente opinando, in concreto, non si potrebbe mai configurare, in ipotesi di concentrazione nel responsabile unico del procedimento delle attività di verifica e di validazione del progetto esecutivo, un possibile dissenso del validatore dall'esito delle verifiche effettuate (da se stesso), circostanza fattuale invece prevista espressamente dal Legislatore e dallo stesso regolamentata con un onere di motivazione aggravato.

Per escludere tale esito, appare ragionevole, ai fini della congruità dell'istruttoria rispetto ai suoi scopi, distinguere le diverse figure incaricate dell'attività di verifica e validazione in fattispecie, come quella in esame, che si presentano molto complesse nelle attività di verifica in ragione di numerosi elaborati, dei vari progetti esecutivi, delle denunciate carenze tecniche e della peculiarità dell'opera oggetto di gara.

Nell'ambito di procedure di gara molto complesse, infatti, ai fini di una maggiore trasparenza e correttezza del procedimento, l'attività di validazione dovrebbe riportare da parte del RUP, in maniera specifica, l'eventuale dissenso rispetto agli esiti raggiunti nel rapporto di verifica finale redatto e sottoscritto dal soggetto incaricato che, in ipotesi di coincidenza delle due figure in un'unica persona, non può sussistere, sicchè la richiamata previsione legislativa ne verrebbe in concreto disapplicata.

Pertanto, malgrado non si preveda espressamente una incompatibilità, nei casi in cui la complessità tecnica di un progetto sia notevole (come quello di specie), la legge consente che la verifica dello stesso possa essere affidata ad appositi organismi con riconosciuta capacità tecnica e professionale (scelta in un primo momento effettuata dal Comune di Varenna e poi successivamente disattesa), evitando una concentrazione dei ruoli nel RUP, così assicurando le

esigenze di tutela *“del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibili oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta”* (Cons. Stato, n. 6744 del 2018).

7.3. Carnazzola S.p.a., con il secondo argomento di doglianza, censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che nel procedimento di verifica sarebbe stato ampiamente assicurato il contraddittorio tra la stazione appaltante e il progettista. Secondo il T.A.R. *“Non vi era alcuna concreta ragione perché il responsabile unico del procedimento si determinasse ad indire la conferenza di servizi di cui all'articolo 58 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, e men che mai perché la stazione appaltante si determinasse ad indirirla in accoglimento della richiesta di riesame del diniego di validazione del progetto, presentata dalla società ricorrente in data 25 giugno 2020”*.

L'appellante, a tale riguardo, lamenta che la motivazione riportata nella delibera n. 71 del 2019 si fonda sul fatto che, secondo il Comune, non risultava chiarito se le operazioni sarebbero state effettuate nelle ore notturne quando comunque la circolazione ferroviaria era sospesa, né risultava quantificato il costo per la sostituzione della circolazione ferroviaria, come da prescrizione di RFI. Inoltre, il quadro economico restava invariato, nonostante, con nota del 26.7.2019, RFI avesse dichiarato che gli oneri da sostenersi nell'ambito delle lavorazioni erano stati stimati pari a circa euro 800,000,00, sicché il Comune concludeva che, dalla documentazione disponibile, la verifica aveva fatto emergere che l'opera non poteva essere realizzata con i fondi previsti nel quadro economico e che il progetto esecutivo non era cantierabile.

L'impresa esponente denuncia che, nella fattispecie, era necessaria una interlocuzione con il Comune e RFI congiuntamente, mentre il Comune aveva negato l'attivazione di una conferenza di servizi e, solo a seguito di interlocuzione diretta, la società aveva inviato a RFI il progetto esecutivo aggiornato da cui conseguiva una nuova valutazione dei costi.

7.4. Il Collegio rileva che la ricostruzione dei fatti rappresentata dall'appellante, secondo l'indicata cadenza temporale, risulta provata dai documenti allegati, atteso che RFI, solo a seguito di interlocuzione diretta con la società Carnazzola S.p.a., con nota del 31 ottobre 2019, previo riesame del progetto esecutivo aggiornato, ha rideterminato gli oneri aggiuntivi in euro 200.000,00, a fronte di euro 800.000,00 quantificati precedentemente sulla base degli elaborati risalenti al 2016 trasmessi dal Comune.

Ne consegue che, nella fattispecie, tenuto conto della complessità della vicenda procedimentale, l'indizione di una conferenza di servizi ex art. 58 d.lgs. n. 207/2010 avrebbe consentito un confronto congiunto e soprattutto 'contestuale' tra l'ente deputato a rendere il parere sui costi di interferenza (RFI), il progettista e il RUP avente anche la funzione di verifica del progetto, mediante l'esame degli elaborati progettuali aggiornati. Tale omissione ha inficiato la regolarità dell'approfondimento istruttorio effettuato dall'amministrazione appaltante.

La conferenza di servizi avrebbe avuto lo scopo di velocizzare il procedimento di validazione a fronte dell'allocazione frammentaria di funzioni presso autorità diverse che avevano necessità di dialogare contestualmente. In questo modo, attraverso un dialogo procedimentale congiunto, ma soprattutto frontale, l'amministrazione avrebbe effettuato una verifica di compatibilità delle soluzioni proposte da Carnazzola S.p.a. con le prescrizioni rese da RFI e le soluzioni proposte dell'autorità di verifica, ai fini di una corretta valutazione della validazione del progetto esecutivo, tenuto conto delle numerose carenze tecniche riscontrate.

7.5. L'amministrazione appaltata, in memoria, deduce che, nella specie, la conferenza di servizi non aveva motivo di essere convocata perché il Comune di Varenna non aveva ritenuto ammissibile che fossero apportate ulteriori modifiche al progetto.

La soluzione argomentativa non coglie nel segno, atteso che Carnazzola S.p.a. si è determinata a presentare il "Progetto esecutivo- verifica 2019" anche a

fronte delle numerose richieste di chiarimenti da parte RUP, delle carenze tecniche contestate, della complessità degli elaborati progettuali, e delle prescrizioni indicate da RFI.

Ne consegue che le deduzioni difensive prospettate dal Comune di Varenna non possono essere condivise, atteso che, come si è detto, una interlocuzione istruttoria contestuale tra progettista, RUP e RFI, avrebbe consentito alle amministrazioni coinvolte di esprimersi alla luce delle osservazioni fatte pervenire dalla parte interessata, così garantendo l'effettivo esplicarsi dei diritti partecipativi delle parti coinvolte.

Il Comune, pertanto, nel rideterminarsi sul progetto definitivo, avrebbe dovuto assicurare il dialogo partecipativo in sede di conferenza di servizi, a fronte di espressa richiesta dell'impresa appellante, determinando, in difetto, il denunciato vizio di istruttoria del procedimento di validazione.

La verifica di tale assunto emerge dalla circostanza, non contestata, che RFI non era stata edotta della redazione dell'ultimo elaborato, e delle relative soluzioni tecniche adottate. Infatti, quando gli elaborati aggiornati sono stati comunicati direttamente da Carnazzola S.p.a., RFI ha espresso un parere sui costi di interferenza esplicitando una significativa modifica in riduzione degli oneri aggiuntivi in euro 200.000,00, a fronte di euro 800.000,00 quantificati precedentemente.

Ne consegue che appare irragionevole la decisione della stazione appaltante di omettere di trasmettere gli elaborati del 'Progetto esecutivo – verifica 2019' a RFI, atteso che una delle ragioni di diniego del progetto di validazione attiene proprio alla eccessiva quantificazione dei costi (si contesta che l'opera non possa essere realizzata con i fondi previsti dal quadro economico), laddove RFI, proprio sulla valutazione degli elaborati progettuali aggiornati, ha provveduto alla riduzione dei costi di interferenza in modo significativo.

Per queste ragioni, nell'ambito di un giudizio, seppure rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, quale è quello relativo alla redazione della validazione del progetto esecutivo, si rinvencono profili di irragionevolezza e

illogicità, espressivi di scelte di criteri non intellegibili, tali da rendere passibile di sindacato sotto il profilo dell'eccesso di potere le relative determinazioni amministrative.

7.5. L'appellante, infine, censura la sentenza impugnata laddove ha ritenuto infondato l'eccepito difetto di motivazione e sviamento di potere con riferimento alle integrazioni progettuali rese, necessarie per l'istruttoria del progetto, ed alla loro valutazione sotto il profilo economico.

Carnazzola S.p.a. ritiene che il progetto esecutivo del 30 aprile 2019, ove esaminato alla luce della rideterminazione dei costi effettuata da RFI in data 31 ottobre 2019, non avrebbe comportato alcuna modificazione sostanziale rispetto al progetto definitivo e che, pertanto, lo stesso avrebbe dovuto essere validato, anche in considerazione del fatto che si trattava di un appalto di lavori 'a corpo', i cui oneri economici sarebbero stati agevolmente coperti dalle somme accantonate per gli imprevisti.

Il T.A.R. nella sentenza impugnata, nel respingere le critiche, afferma che *“Le valutazioni del Comune di Varenna, a fronte delle evidenti carenze progettuali riscontrate nel progetto esecutivo, risultano dunque non manifestamente irragionevoli. Il Comune ha infatti correttamente rilevato l'inaffidabilità del progetto in relazione alle soluzioni tecniche ed economiche relative ai profili di sicurezza nell'esecuzione dell'opera, nonché l'incompletezza e l'inadeguatezza dello stesso in ordine all'eshaustività delle modifiche apportate in seguito al precedente esame del progetto del 23 febbraio 2016”*.

7.6. La doglianza è fondata, anche in ragione dei rilievi sopra ampiamente espressi.

Il Collegio evidenzia che non è circostanza contestata che il Comune non abbia presentato a RFI il progetto esecutivo completo, così come istruito a seguito della interlocuzione intercorsa con la società Carnazzola S.p.a..

In memoria, invero, l'amministrazione appellata testualmente afferma che: *“Riguardo detti nuovi elaborati, pertanto, l'Ente non aveva nessun dovere di interlocuzione con RFI, né tantomeno aveva l'onere di indire una nuova conferenza di servizi, perché era*

onere dell'appaltatore rispettare i suddetti pareri, che avevano integrato il progetto definitivo”.

Deduce che, in particolare, in esito alla valutazione del 26.2.2019, aveva lamentato che, dalla verifica tecnica degli elaborati progettuali del luglio del 2016, non era consentita una completa valutazione dell'opera, evidenziandosi una incongruenza dei suddetti elaborati con quelli presentati nel febbraio 2016.

L'appellante ha dimostrato, allegando la specifica documentazione, di avere dato seguito alle richieste di chiarimenti proposti dal RUP, protocollando in data 29 aprile 2019 presso il Comune di Varenna la documentazione richiesta ai fini della validazione del progetto esecutivo.

Anche in questo caso il sopra evidenziato difetto di interlocuzione emerge all'evidenza, atteso che il Comune non ha provveduto a trasmettere a RFI il progetto aggiornato, che ha reso il parere sulla base di elaborati parziali che hanno determinato la quantificazione non corretta degli extracosti in euro 800.000,00, su cui il Comune ha fondato il procedimento di validazione.

Appare evidente che la conferenza di servizi per la sollecita istruttoria, richiesta dall'appellante in data 25 giugno 2020, avrebbe consentito l'esame del progetto integrato con gli adempimenti prescritti, sulla base dei rilievi effettuati da RFI e, quindi, una immediata quantificazione dei costi, più aderente agli elaborati progettuali.

La conclusione a cui è giunto il Tribunale Amministrativo Regionale, pertanto, non può essere condivisa atteso che l'omessa trasmissione degli elaborati progettuali aggiornati e la violazione dei diritti partecipativi attraverso un confronto congiunto e contestuale delle parti in sede di conferenza di servizi hanno viziato il regolare svolgimento dell'istruttoria del procedimento di validazione del progetto esecutivo, con conseguente illegittimità del relativo diniego per ragioni che riguardano la determinazione dei costi per la realizzazione dell'opera.

7.7. In ragione di siffatti rilievi vanno respinte anche le ulteriori argomentazioni prospettate dall'amministrazione appaltante circa l'indeterminatezza dei costi, dovendosi dare rilievo anche al fatto che trattasi di un appalto a corpo, in cui il prezzo convenuto è fisso ed invariabile in quanto riferito all'opera considerato globalmente, senza che nessuna delle parti contraenti possa pretenderne una modifica (v. Cass. n. 21517 del 2019). Ne consegue che, se è vero che ai sensi dell'art. 93, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2016 *“il progetto esecutivo, redatto in conformità con il progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo”*, va rammentato che, nella specie, il sopra evidenziato difetto di istruttoria, in uno con la complessità degli elaborati progettuali e le numerose prescrizioni indicate dalla stazione appaltante, non hanno consentito all'impresa di provvedere (anche) alla specifica stima dei costi, che andava comunque rivalutata all'esito della revisione del progetto esecutivo alla luce delle prescrizioni impartite in dettaglio in sede di istruttoria, mediante una contestuale interlocuzione con le amministrazione coinvolte.

8. Da siffatti rilievi consegue l'accoglimento dell'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, l'annullamento degli atti rispettivamente gravati in primo grado, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

In ragione dell'accoglimento del gravame, che determina allo stato l'obbligo dell'amministrazione di rideterminarsi con riferimento al procedimento di validazione del progetto esecutivo, vanno assorbite le proposte domande di risarcimento del danno.

Le spese di lite dei due gradi di giudizio vanno a carico del Comune di Varenna, secondo il criterio della soccombenza, e sono liquidate nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma

della sentenza impugnata, annulla gli atti rispettivamente gravati in primo grado, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Varenna alla rifusione delle spese di lite dei due gradi di giudizio che liquida in complessivi euro 9000,00 (novemila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO