

Pubblicato il 19/04/2022

N. 00876/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00993/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 993 del 2020, proposto da

Avr S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pioltello, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Andena, Fabio Romanenghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Romanenghi in Milano, corso di Porta Vittoria 28;

nei confronti

Ronzoni S.r.l., Zini Elio S.r.l., Af Service S.r.l., Gf Strade S.r.l., Bergamelli S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Ugo Luca Savio De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione di AVR S.p.A. dalla gara indetta dal Comune di Pioltello "per la conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54 comma 3 del d. lgs. 50/2016, per l'affidamento di lavori e di servizi di manutenzione e gestione strade – CIG 7990301CF7. Comunicazione esclusione operatore economico Avr S.p.A. Comunicazione aggiudicazione accordo quadro" disposto con determinazione dirigenziale n. 259 del 9.4.2020, comunicata con nota trasmessa a mezzo pec in data 15.4.2020 previa trasmissione del report di esclusione del 15.4.2020 ;

- della Determinazione Dirigenziale n. 270 del 15.4.2020, recante approvazione della "proposta di aggiudicazione dell'accordo quadro, con un unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D. Lgs. 50/2016, durata due anni, con decorrenza dalla data di stipulazione del contratto, importo massimo dell'accordo quadro € 5.400.000,00 (IVA esclusa), per l'affidamento di lavori e di servizi di manutenzione e gestione strade" al RTI costituendo tra le imprese, GF Strade S.r.l., Zini Elio S.r.l., Ronzoni S.r.l., AF Service S.r.l., Bergamelli S.r.l.;

- di tutta l'attività della Commissione giudicatrice e alle operazioni di verifica dell'anomalia condotte dal RUP, con particolare ma non esaustivo riferimento alla relazione del RUP del 16.3.2020, al verbale del 30.3.2020 e alla relazione conclusiva del 3.4.2020;

- di tutti gli atti e i verbali della procedura di gara, con particolare ma non esaustivo riferimento al verbale della seduta pubblica del 4.12.2019 ed al verbale seduta riservata del 21.2.2020 nonché i verbali del 30.9.2019 e del 7.11.2019 nella parte in cui la Commissione di gara non ha disposto la doverosa esclusione del RTI controinteressato dalla procedura di gara;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con il RTI illegittimo aggiudicatario,

nonché per la per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante aggiudicazione nei confronti della deducente AVR S.p.A. della commessa oggetto di affidamento e subentro, ex art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato con il RTI controinteressato, ove occorra, previa rinnovazione del sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta.

2) Per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Gf Strade Srl in data 9 luglio 2020:

- del provvedimento di esclusione di AVR S.p.A. dalla gara indetta dal Comune di Pioltello "per la conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54 comma 3 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento di lavori e di servizi di manutenzione e gestione strade - CIG 799030JCF7", nonché del report finale del RUP del 15.4.2020, limitatamente alla parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente principale per tutti gli ulteriori motivi esposti nel presente gravame;

- di tutta l'attività della Commissione giudicatrice relativa all'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica di AVR S.p.a.;

- di tutti gli atti e i verbali della procedura di gara, con particolare ma non esaustivo riferimento al verbale della seduta pubblica del 4.12.2019 e al verbale seduta riservata del 21.2.2020 nonché ai verbali del 30.9.2019 e del 7.11.2019, nella parte in cui la Commissione di gara non ha disposto la doverosa esclusione di AVR S.p.A. per tutti gli ulteriori motivi esposti nel presente gravame;

- di tutti gli atti del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, posti in essere dalla Stazione appaltante, ed in particolare della relazione del RUP del 16.3.2020, del verbale del 30.3.2020 e della relazione conclusiva del 3.4.2020

del RUP, nella parte in cui non sono state ravvisate le ulteriori cause di esclusione di AVR S.p.A. dalla gara, come esposte nel presente gravame;
nonché per l'accertamento del diritto dell'RTI GF Strade S.r.l., Ronzoni S.r.l. Zini Elio S.r.l., Bergamelli S.r.l., AF Service S.r.l. a vedersi aggiudicata la gara in proprio favore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pioltello e di Ronzoni S.r.l. e di Zini Elio S.r.l. e di Af Service S.r.l. e di Gf Strade S.r.l. e di Bergamelli S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2022 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che:

- il Comune di Pioltello bandiva una procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei lavori e dei servizi di manutenzione e gestione strade, per un periodo di 24 mesi e per un importo massimo di 5.400.000,00 euro, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con assegnazione fino a 70 punti per il profilo tecnico e fino a 30 per il profilo economico;
- il contratto aveva ad oggetto i lavori di manutenzione delle strade comunali, della segnaletica verticale ed orizzontale, degli impianti semaforici e delle pompe di sollevamento, servizi di sorveglianza, di chiusura buche, di pronto intervento ambientale, servizio antineve e antighiaccio;
- alla gara partecipavano AVR spa e il RTI controinteressato con capogruppo GF Strade s.r.l.;
- all'esito delle operazioni di gara si collocava al primo posto AVR spa, con 81,22 punti, avendo offerto un ribasso del 24,99%, seguita dal RTI GF Strade srl con 77,85 punti e un ribasso offerto pari al 9%;
- l'offerta di AVR spa veniva sottoposta alla verifica di congruità, che, all'esito del contraddittorio, si chiudeva con esito negativo;
- seguiva l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione al RTI controinteressato.

Va precisato che all'esito della fase cautelare – ove la domanda presentata dalla ricorrente è stata respinta con ordinanza del Tribunale n. 934/2020, depositata in data 16 luglio 2020, così come è stato respinto l'appello cautelare con ordinanza del Consiglio di Stato n. 5351/2020 depositata in data 11 settembre 2020 – l'amministrazione ha stipulato l'accordo quadro con la controinteressata, cui hanno fatto seguito diversi contratti applicativi e i rapporti sono in corso di esecuzione.

2) E' infondata l'eccezione di inammissibilità, per carenza di interesse, formulata da Ronzoni srl.

Invero, la società deduce che, come da notizie apprese a mezzo stampa e successive al provvedimento di esclusione, emergerebbe la sottoposizione della ricorrente alla misura dell'amministrazione giudiziaria.

Si tratta di una vicenda successiva al provvedimento impugnato, non sottoposta alla stazione appaltante in sede processuale e la cui incidenza rispetto all'effettiva possibilità di conseguire l'aggiudicazione postula una valutazione *ad hoc* da parte dell'amministrazione.

Del resto, ai fini processuali e, pertanto, al fine dell'accertamento delle condizioni dell'azione, la circostanza che Avr spa abbia già presentato la domanda risarcitoria, seppure chiedendo il ristoro in forma specifica, palesa la permanenza del suo interesse alla decisione di merito del ricorso, al di là di situazioni sopravvenute e potenzialmente idonee ad incidere sul possesso dei requisiti di ordine generale.

3) La ricorrente propone più gruppi di censure: il primo è rivolto avverso il provvedimento di esclusione conseguente alla verifica di congruità, in relazione al quale si lamenta sia la violazione del contraddittorio, sia l'irragionevolezza delle valutazioni rese e il difetto di istruttoria e di motivazione.

Sotto altro profilo AVR spa lamenta la mancata esclusione del RTI controinteressato.

Le censure non possono essere condivise.

3.1) Sul piano procedimentale la ricorrente lamenta la violazione del contraddittorio per difetto di audizione nel corso della verifica di congruità.

Sul punto il Tribunale osserva che:

- l'art. 97 del d.l.vo 2016 n. 50 non articola il contraddittorio sull'anomalia o sulla congruità secondo rigide e vincolanti scansioni procedurali, limitandosi a stabilire, al comma 5, che "la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni", sicché l'adeguatezza della dialettica procedimentale deve essere apprezzata in concreto e non sulla base di una predeterminata e formalistica scansione procedimentale;
- con l'art. 97 cit. è stato abbandonato il modello trifasico, di cui all'art. 88 del previgente del d.l.vo n. 163/2006, sostituito da un modulo procedimentale monofasico elastico, che non esclude ma neppure impone l'audizione

dell'interessato, che resta possibile solo al fine della completezza del confronto dialettico (tra le tante T.A.R. Lazio, sez. I, 4 gennaio 2021, n. 11);

- nel caso di specie, la stazione appaltante ha garantito un ampio contraddittorio ed ha indicato in modo chiaro i punti in contestazione, mettendo così la concorrente in condizione di esporre tutte le argomentazioni ritenute idonee a giustificare l'offerta;

- in particolare, il Rup in data 5 dicembre 2019 ha chiesto specifici chiarimenti sulle componenti di costo relativi a materiali a piè d'opera, alle forniture, ai noleggi, ai trasporti, alla manodopera;

- a ciò è seguita una prima relazione illustrativa della ricorrente, riscontrata dal Rup con un'ulteriore richiesta di chiarimenti in data 17 gennaio 2020, ove rilevava che taluni dei soggetti indicati nell'offerta tecnica e preposti a mansioni direttive nell'appalto risultavano alle dipendenze di un'altra società, sicché chiedeva chiarimenti sull'effettiva disponibilità di tale personale;

- e ancora, il 27 gennaio 2020 il Rup evidenziava ulteriori profili problematici, in ordine, da un lato, al calcolo dell'utile su diverse schede di lavorazione, dall'altro, alla composizione della squadra tipo, descritta nell'offerta come formata da 8 persone, ma giustificata nei costi in relazione solo a 4 persone;

- la ricorrente replicava con due relazioni in data 31 gennaio 2020 e 11 febbraio 2020;

- seguiva un'ulteriore richiesta di chiarimenti in data 21 febbraio 2020, riscontrata da AVR spa con una relazione datata 7 marzo 2020;

- la semplice lettura delle richieste avanzate dal Rup ne evidenzia la precisione e la completezza quanto all'individuazione dei profili in contestazione da chiarire, sicché la ricorrente è stata posta in condizione di esporre ampiamente le proprie giustificazioni;

- in tale contesto, di approfondito e dettagliato contraddittorio, risulta scemba da vizi logici la scelta dell'amministrazione di non procedere all'audizione, in quanto le ripetute relazioni della società non hanno superato i profili di incongruenza rilevati, sicché la prosecuzione del confronto si sarebbe risolta in un'ingiustificato aggravio procedimentale;

- va, pertanto, ribadita l'infondatezza della doglianza in esame.

3.2) Con il secondo, articolato, motivo, la ricorrente contesta la ragionevolezza del giudizio espresso dal Comune all'esito della verifica di congruità, lamentando, in particolare, il difetto di una valutazione complessiva e la concentrazione su singole voci di costo.

Neppure queste censure possono essere condivise.

Sul punto va osservato che:

- è pacifico in giurisprudenza che il giudizio sull'anomalia o sull'incongruità di un'offerta ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale, riservato alla pubblica amministrazione, il quale è insindacabile in sede giurisdizionale, a meno che non siano ravvisabili ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della commissione di gara che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. III, 20 maggio 2020, n. 3207);

- il giudizio non può risolversi in una "caccia all'errore", perché non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta, mirando piuttosto ad accertare se essa sia attendibile e affidabile nel suo complesso, sicché è diretto a valutare se l'eventuale anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770; Consiglio di Stato, Sez. III, 10 gennaio 2020, n. 249; Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 589);

- tuttavia, ciò non significa che in sede di giustificazioni l'operatore possa apportare qualunque modificazione all'offerta presentata o alle giustificazioni già rese;

- difatti, rimane sullo sfondo il principio per cui, una volta presentata, l'offerta non è suscettibile di una radicale modificazione, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti (sul punto la giurisprudenza è costante; tra le tante T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146);

- pertanto, il concorrente sottoposto a valutazione di anomalia o di congruità, da un lato, non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo, pur mantenendo fermo l'importo finale, dall'altro, può introdurre limitati aggiustamenti, riducendo anche l'utile, a condizione che quest'ultimo non venga annullato o ridotto ad una misura inconsistente;

- più in dettaglio, il concorrente, fermo restando l'importo complessivo, può procedere a limitate correzioni, sicché si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci;

- in altre parole, è possibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo stesse invariate nella loro consistenza, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili voci (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63);

- nel caso di specie la ricorrente non si è limitata a particolari aggiustamenti, ma ha cercato di rimodulare l'offerta sulla base di giustificazioni generiche e non plausibili;
- vale evidenziare che il Rup non ha contestato isolate voci di costo, ma ha evidenziato che l'offerta nel suo complesso, da un lato, presenta notevoli margini di incertezza, dall'altro, non è giustificata rispetto a rilevanti voci di costo, infine, non è aderente all'offerta tecnica, che risulta modificata per aspetti tutt'altro che marginali;
- va evidenziato sin d'ora, alla luce delle difese di Avr spa, che non è sufficiente affermare che il ribasso offerto trova giustificazione in: a) economie aziendali nella prestazione dei servizi; b) condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per le prestazioni dei servizi;
- si tratta, difatti, di giustificazioni generiche, prive di reali riscontri e non inserite nello specifico contesto della particolare organizzazione aziendale;
- le censure sviluppate dalla ricorrente sono riferite a ciascuna delle incongruenze rilevate dall'amministrazione, sicché occorre esaminarle nel dettaglio;
- a) quanto alle sedi operative:
 - la ricorrente ha esposto nell'offerta tecnica di disporre di tre sedi, di cui due esterne al Comune ed una compresa nel Comune;
 - la ricorrente ha affermato di poter disporre gratuitamente di due delle tre sedi indicate in offerta, ma non ha supportato tale dichiarazione con giustificazioni ragionevoli, limitandosi ad allegare che le società titolari avrebbero promesso di mettere a disposizione le sedi e precisando che una appartiene ad un soggetto controllato da AVR spa e l'altra ad una società di cui essa è socio di maggioranza;
 - nondimeno, nessun contratto è stato prodotto in proposito dalla ricorrente, che ha depositato solo due lettere di "impegno" rilasciate da Miami scarl e Tsa srl dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte;
 - le lettere – di contenuto sostanzialmente corrispondente – si limitano "confermare" l'impegno di ciascuna delle due società a garantire la disponibilità "dei magazzini, uffici, piazzali e spogliatoi per tutta la durata dell'appalto, ogni giorno dell'anno 24 ore su 24. Il tutto a titolo gratuito";
 - ora, una semplice lettera di impegno, non resa da un soggetto che opera come fornitore di un determinato bene o servizio, non determina di per sé un vincolo giuridico idoneo a garantire l'effettiva disponibilità delle sedi e tale da rendere attendibile *in parte qua* l'offerta presentata;
 - non si tratta di un "preventivo" reso da un fornitore, ma di una dichiarazione di intenti, in cui si prospetta un futuro atto a titolo gratuito, senza indicarne la causa concreta e le ragioni giuridiche ad esso sottese;
 - del resto, le due società esercitano un'impresa commerciale, sicché, in mancanza della configurazione di un concreto vincolo giuridico in capo alle "offerenti", non è immaginabile un'attività svolta per spirito di liberalità;
 - certo, in una logica infragruppo si può astrattamente ipotizzare che la società controllata possa mettere a disposizione della controllante le proprie risorse, ma ciò implica la presentazione di specifiche giustificazioni dell'operazione, sulla base di precisi vincoli giuridici, che, proprio in una realtà di gruppo, non sono realizzati da un generico impegno successivo alla presentazione dell'offerta;
 - la ricorrente cerca di valorizzare il contenuto letterale delle dichiarazioni, ove si dice che viene "confermata" la disponibilità gratuita delle sedi, così ipotizzando trattative pregresse e impegni già assunti, ma si tratta di mere asserzioni, poiché di tali pregressi accordi non vi è traccia nella documentazione in atti;
 - l'ipotizzata ma non giustificata disponibilità a titolo gratuito delle due sedi comporta la mancata esposizione di due rilevanti voci di costo e ciò pregiudica non solo la determinatezza dell'offerta, ma anche la sua attendibilità;
 - ne consegue che la considerazione di tale profilo nell'ambito della verifica di congruità è ragionevole e aderente alle risultanze di fatto, fermo restando che integra un aspetto che di per sé incide sull'affidabilità dell'offerta;
- b) quanto alla mancata considerazione di alcune schede prezzi:
 - Avr spa sostiene che il Comune non ha tenuto conto dell'aggiornamento delle schede dei prezzi presentate in un primo tempo, così incorrendo in un difetto di istruttoria;
 - la tesi non è condivisibile, in quanto il Rup ha dato atto dell'aggiornamento a più riprese delle schede dei prezzi presentate, sicché ha considerato le variazioni esposte dalla ricorrente, ma ha anche rilevato l'incongruità di almeno 4 dei prezzi esposti, senza che Avr abbia fornito elementi idonei a superare tale valutazione negativa;
- c) quanto all'utilizzo del mezzo elettrico "Goupilo – g4 Exelentia":
 - l'offerta di AVR evidenzia che le lavorazioni all'interno del centro storico sarebbero state eseguite mediante il mezzo denominato "Goupilo – g4 Exelentia", che è integralmente elettrico;
 - tale mezzo però non risultava inserito nell'elenco delle attrezzature, né nell'elenco mezzi esibito in sede di giustificazioni;
 - anche al di là di quest'ultimo aspetto, va evidenziato che, dopo la richiesta di chiarimenti avanzata dall'amministrazione, la ricorrente ha dichiarato che tale mezzo sarebbe stato utilizzato solo se possibile, perché sostituito da un altro mezzo indicato nel relativo elenco e, inoltre, ha precisato che il mezzo Goupilo sarebbe stato a disposizione sulla base di un noleggio a titolo gratuito;
 - anche in tale caso la disponibilità a titolo gratuito, con conseguente neutralizzazione dei relativi costi, non è supportata sul piano dimostrativo;
 - non solo, la ricorrente ha poi prodotto una scheda che espone i costi da sostenere in caso di acquisto del mezzo, ma questo dato introduce un ulteriore elemento di incertezza, perché non è dato comprendere se AVR abbia mutato opinione rispetto al noleggio gratuito, maturando l'intenzione di acquistare il mezzo;

- resta fermo che per il profilo in esame, l'offerta risulta del tutto incerta in ordine sia all'ambito di utilizzo del mezzo, sia alla sua effettiva disponibilità, sia, infine, ai costi da sostenere per la sua disponibilità;

d) quanto alla squadra tipo:

- rispetto ai lavori da eseguire a misura, compresi i "lavori di pavimentazione in conglomerato bituminoso", nell'allegato b1 alla relazione dell'offerta tecnica, AVR ha dichiarato che la squadra tipo era composta da 8 persone (1 caposquadra, 4 operai specializzati e 3 operai qualificati), senza altre specificazioni;
- nondimeno, in sede di analisi dei prezzi gli addetti all'indicata lavorazione sono stati ridotti da 8 a 5 e tale variazione è stata giustificata evidenziando che la squadra tipo indicata nell'offerta non rappresentava un numero esatto di lavoratori da impiegare, ma serviva ad evidenziare le diverse professionalità volta per volta necessarie;
- sul punto è del tutto ragionevole la valutazione dell'amministrazione, che ha qualificato tale *modus procedendi* come un'inammissibile variazione dell'offerta, incidente sui costi della manodopera, che vengono esposti in misura ridotta attraverso la diminuzione del personale da assegnare alla squadra tipo;
- ora, se nell'offerta si indica una certa composizione della squadra tipo, senza altre precisazioni, sottoponendo proprio una squadra così composta al giudizio della Commissione ai fini dell'assegnazione del punteggio tecnico, non è ammissibile che in sede di verifica di congruità si muti il dato esposto, riducendo la composizione della squadra ed ipotizzando un uso variabile dei lavoratori con conseguente diminuzione dei costi da sostenere e da giustificare;
- nello stesso senso va considerata la circostanza che il caposquadra, previsto nella composizione della squadra tipo - cui corrisponde una specifica professionalità con conseguente trattamento retributivo - venga poi indicato in sede di giustificazioni come un componente non necessario, perché sostituibile con un operaio di IV livello con funzioni di caposquadra;
- anche in tal caso, si assiste ad un'inammissibile modificazione dell'offerta, con eliminazione sia di una specifica professionalità indicata nella descrizione della squadra tipo, sia dei relativi costi retributivi, fermo restando che l'ipotizzata sostituibilità del caposquadra, a seconda delle lavorazioni da svolgere, rende l'offerta tutt'altro che certa e determinata;

e) quanto ai veicoli in categoria euro 6b:

- in sede di offerta AVR spa ha dichiarato che "per il servizio strade" avrebbe utilizzato solo mezzi in classe Euro 6b;
- nondimeno l'analisi dei prezzi prodotta in sede di verifica di congruità reca l'indicazione solo di un mezzo avente tale classe, mentre gli altri sono di categoria inferiore;
- solo a seguito del rilievo mosso dal Rup, la ricorrente ha modificato le indicazioni rese ed ha fatto riferimento a mezzi di categoria 6 b, con la precisazione però che tale operazione ha comportato la sostituzione con altri dei veicoli originariamente indicati;
- ora, seppure in sede di valutazione di congruità sono possibili alcuni aggiustamenti, come precisato dalla giurisprudenza, la sostituzione di ben 13 dei 14 mezzi previsti, effettuata solo a seguito del rilievo mosso dal Rup, fa sorgere dubbi sull'affidabilità dell'offerta, specie se collocata nel complesso delle variegaste contestazioni mosse dall'amministrazione;
- pertanto, la circostanza che il Rup abbia esaminato anche il profilo indicato non è indice di irragionevolezza, ma vale a supportare la valutazione di complessiva inaffidabilità dell'offerta;

f) quanto al personale tecnico:

- la ricorrente sostiene che anche le contestazioni mosse dal Rup rispetto al personale tecnico non sarebbero espressive di anomalia;
- in sede di attribuzione dei punteggi, l'amministrazione ha valutato i *curricula* di due geometri espressamente indicati in offerta, ma in sede di giustificazioni la ricorrente ha precisato che si tratta di personale non alle dipendenze di AVR e di cui quest'ultima avrebbe potuto disporre in sede esecutiva a seguito del licenziamento di costoro dalla società cui appartengono, senza altre precisazioni, se non che, in difetto del licenziamento, sarebbero stati sostituiti da dipendenti di pari qualifica;
- affidare la disponibilità di due tecnici al loro ipotetico e futuro licenziamento integra un profilo di palese incertezza dell'offerta e di alterazione del relativo contenuto, se si considera che il punteggio tecnico è stato assegnato, *in parte qua*, sulla base dei *curricula* di due soggetti di cui la società non può giuridicamente avvalersi;
- nello stesso senso depono l'ipotetica sostituzione con altri due tecnici neppure individuati e il cui percorso professionale non è stato sottoposto alla valutazione dell'amministrazione;
- quindi, risulta del tutto ragionevole che il Rup abbia considerato il profilo ora indicato come indice dell'inaffidabilità dell'offerta;

g) la modificazione dei costi:

- la ricorrente contesta la valutazione negativa sviluppata dall'amministrazione anche nella parte in cui prende in considerazione la variazione dei costi praticata durante la verifica;
- la modificazione concerne le spese del personale tecnico dedicato all'appalto e i costi riferiti ai profili migliorativi dell'offerta tecnica, le prime indicate in offerta per un importo pari a 106.468,08 euro, i secondi quantificati in 100.000,00 euro;
- in sede di chiarimenti, la ricorrente ha rideterminato le due voci di costo indicando per la prima l'importo di 168.382,80 euro e per la seconda un valore pari a 30.210,66 euro;
- AVR sostiene che i costi non sarebbero mutati nella loro concreta consistenza, in quanto si tratterebbe del mero spostamento di un importo pari a circa 70.000 euro dalla seconda alla prima voce e tale variazione dipenderebbe dal

fatto che i costi del personale, da impiegare negli interventi attinenti ai profili migliorativi dell'offerta, erano stati inseriti *ab origine* nella seconda voce, relativa proprio al valore delle migliorie offerte;

- la tesi non può essere condivisa, perché la consistente variazione dei costi suindicati è stata accompagnata dalla riduzione del costo orario unitario del personale rispetto al costo medio orario desumibile dal CCNL-ANCE del 2019, indicato dalla stessa AVR spa;
- in particolare, il Rup ha evidenziato – e il dato non risulta superato dalle deduzioni difensive – che la riduzione dei costi ammonta a percentuali variabili, a seconda della professionalità considerata, dal 15,8% al 27,9%;
- le anomale riduzioni del costo orario emergono anche se si considerano le tabelle ministeriali di riferimento, atteso che per il personale da destinare ai lavori la ricorrente ha esposto un costo orario pari a 21,78 euro, mentre le tabelle contemplano costi variabili da 25,17 a 31,46 euro;
- gli scostamenti rilevati sono oggettivamente considerevoli, fermo restando che la ricorrente non ha giustificato le indicate differenze sulla base di situazioni particolari riferibili alla sua specifica organizzazione e gestione aziendale;
- sul punto va ribadito che non sono sufficienti i generici riferimenti della ricorrente ad economie aziendali e a condizioni di mercato eccezionalmente favorevoli;
- neppure può essere condivisa la difesa della ricorrente laddove afferma - solo in sede giudiziale - che la differenza tra il costo orario applicabile e quello tabellare perde significato se si applica il CCNL del settore multiservizi, in luogo di quello proprio del settore edilizio, cui ha fatto riferimento il Comune;
- in proposito, va osservato, in primo luogo, che l'ipotetica applicabilità del CCNL multiservizi è emersa solo in sede processuale e non integra una giustificazione presentata in sede di verifica di congruità, sicché l'ipotesi non è mai stata sottoposta all'amministrazione;
- ne consegue che la giustificazione non può essere valutata per la prima volta nel corso del giudizio, sia perché integra un'inammissibile integrazione *ex post* delle giustificazioni esibite nel corso del procedimento, sia perché è rivolta a promuovere il sindacato giurisdizionale rispetto ad un profilo non esaminato dall'amministrazione, ossia per un aspetto che involge un potere valutativo non ancora esercitato dall'amministrazione, in violazione dell'art. 34, comma 2, cpa;
- inoltre, seppure la *lex specialis* non preveda l'applicazione di uno specifico contratto collettivo, ciò non significa che il concorrente possa applicare qualsivoglia contratto;
- l'art. 30, comma 34, del d.l.vo 2016 n. 50 precisa che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore “per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro” stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e “quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”;
- la *ratio* di detta disposizione - che, inserita tra le norme di principio, assume un'importanza ancora più evidente - è garantire, con la generalizzata applicazione dei contratti collettivi, che il personale impiegato sia adeguatamente tutelato e percepisca una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1574; Tar Piemonte, sez. I, 4 gennaio 2019, n. 19);
- nel caso di specie, l'accordo quadro ha ad oggetto, in base al bando, “l'affidamento dei lavori e dei servizi di manutenzione e gestione strade. Categoria prevalente: OG3 classifica V”; sempre il bando precisa che l'importo a base di gara è di 5.400.000,00 euro così suddiviso: “Lavori di manutenzione strade: Euro 5.000.000,00 oltre IVA esclusa” e “Servizi di manutenzione e gestione strade: Euro 400.000,00 oltre IVA”;
- l'oggetto del contratto palesa la netta prevalenza della componente lavori e ciò rende del tutto coerente l'applicazione del CCNL del settore edilizio anche in relazione ai costi del personale dedicato all'attuazione dei profili migliorativi dell'offerta;
- la ricorrente sostiene per contro che i lavoratori non sarebbero qualificabili come operai edili, ma come soggetti dedicati ad un'attività tecnica;
- nondimeno, proprio la ricorrente ha dichiarato che i suoi operai adibiti ai lavori che integrano migliorie rientrano nell'ambito di applicazione del CCNL edilizia e, nel corso della verifica, non ha neppure ipotizzato l'applicazione di due diversi contratti collettivi al personale dipendente;
- del resto, anche a considerare le attività concretamente svolte dai diversi dipendenti, non vi sono elementi per ritenere che sia possibile un'applicazione parcellizzata di diversi contratti collettivi, in quanto i dipendenti che si occupano di attività tecnica e di coordinamento, in relazione ai lavori edili, svolgono specifiche attività in campo edilizio, specie considerando che il CCNL del settore dell'edilizia contempla lavoratori con la qualifica di impiegato o di quadro;
- non solo, ferma restando la necessaria coerenza del contratto utilizzato dai partecipanti alla tipologia degli interventi da realizzare, l'operatore ha la facoltà di applicare ai propri dipendenti un CCNL più vantaggioso (cfr. Tar Toscana, sez. II, 28 gennaio 2021, n. 120), ma tale circostanza non ricorre nel caso di specie, in quanto il contratto prospettato dalla ricorrente prevede un trattamento retributivo notevolmente inferiore e non è dimostrato che comporti vantaggi di altro tipo in favore dei lavoratori;
- ne deriva che la valutazione resa dall'amministrazione sottende un adeguato apprezzamento dei dati istruttori ed esprime considerazioni coerenti sul piano logico e giuridico.

Una volta evidenziato che le contestazioni sottese al giudizio di anomalia trovano puntuale riscontro nelle risultanze istruttorie e supportano il giudizio espresso, occorre considerare che si tratta di incongruenze che investono diversi aspetti dell'offerta, che spaziano dall'ingiustificato uso gratuito di due sedi e di alcuni mezzi, alla riduzione di una parte consistente dei costi della manodopera sulla base dell'ipotizzata applicazione - in sede giurisdizionale - di un particolare

CCNL, per estendersi alla modificazione ingiustificata della composizione della squadra tipo, con conseguente riduzione dei costi, alla variazione dei mezzi a disposizione e dei tempi di utilizzo del mezzo denominato Goupilo – g4 Exelentia, nonché all'ingiustificata variazione di almeno 4 schede dei prezzi.

Ne deriva che contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, l'esclusione si basa sulla considerazione complessiva dell'offerta, tanto che ha investito diversi e numerosi profili della stessa, incidenti per la loro rilevanza sul suo valore globale, senza fossilizzarsi su limitati profili marginali.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

4) Con altre due censure la ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'offerta della controinteressata.

L'amministrazione adombra l'inammissibilità di queste doglianze, ma la tesi non può essere seguita.

In presenza di due soli concorrenti le censure rivolte avverso l'ammissione della controinteressata mirano alla riedizione dell'intera gara e rispetto a tale obiettivo la ricorrente vanta un interesse meritevole di tutela, fermo restando che, trattandosi di una censura destinata negli effetti a determinare la caducazione dell'intera procedura, non si impone il superamento della prova di resistenza (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7420; Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2534; Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717).

Le censure sono infondate.

4.1) La ricorrente sostiene, in primo luogo, che il Rti controinteressato avrebbe dovuto essere escluso perché la società Ronzoni, mandante, sarebbe priva del requisito previsto dall'art. 6.2 lett. B) del disciplinare.

Il requisito consiste nell'aver regolarmente svolto un contratto analogo continuativo di manutenzione stradale di durata non inferiore a sei mesi, nell'ultimo triennio (2016, 2017, 2018) per un importo di 400.000,00 euro (importo medio annuo 200.000,00 euro) e per una rete stradale non inferiore a 50 km, con la precisazione che "per contratto analogo si intende: contratto relativo ad attività inerenti la manutenzione stradale effettuata in un ambito urbano complesso e comprendente il servizio di reperibilità e pronto intervento e messa in sicurezza di situazioni di pericolo. L'appalto eseguito dovrà comprendere, in un unico contratto, quattro tra i seguenti cinque servizi: 1) servizio di sorveglianza stradale comprensivo di chiusura buche, 2) servizio di pronto intervento, 3) servizio di gestione piano e operazioni antighiaccio ed antineve, 4) servizio di manutenzione dei semafori, 5) servizio di manutenzione delle pompe di sollevamento".

La ricorrente sostiene che Ronzoni neppure all'esito del soccorso istruttorio avrebbe documentato di disporre di un unico contratto comprensivo di 4 dei 5 servizi indicati dall'art. 6.2 lett. b).

La documentazione in atti evidenzia che Ronzoni ha prodotto, a dimostrazione del possesso del requisito, un contratto eseguito per la Città Metropolitana di Milano, il cui capitolato speciale precisa all'art. 20 che le categorie di lavori sono: a) manutenzione delle strade provinciali e pertinenze; b) manutenzione segnaletica stradale; c) manutenzione barriere stradali; d) servizio raccolta e smaltimento rifiuti; e) manutenzione del verde e delle aree erbose; f) manutenzione impianti atti a garantire la sicurezza del traffico (illuminazione pubblica, semafori, impianti di sollevamento acque, ecc...).

Il raffronto tra i servizi ora indicati e quelli che integrano il requisito tecnico di cui si discute non consente di escludere che almeno 4 dei 5 richiesti siano stati svolti da Ronzoni in favore della Città metropolitana e, del resto, la ricorrente si limita a dedurre il difetto di detta corrispondenza senza indicare in modo specifico quali servizi non sarebbero utilizzabili ai fini della dimostrazione del possesso del particolare requisito tecnico.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

4.2) La ricorrente contesta l'esercizio del soccorso istruttorio ad opera della stazione appaltante che ha chiesto al Rti controinteressato di precisare le quote di esecuzione delle diverse parti del complessivo servizio.

E' noto al Tribunale l'orientamento secondo il quale l'impegno ad eseguire l'appalto sulla base di una determinata ripartizione delle quote di esecuzione tra le imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo deve essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, come previsto dall'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, poiché in questo modo le imprese raggruppate formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell'amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l'esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3029; Consiglio di Stato, sez. V, 12 gennaio 2021, n. 400).

Nondimeno, tale interpretazione, comunque non univoca in giurisprudenza (cfr. di recente Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5957 e giurisprudenza ivi richiamata; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 marzo 2019, n. 3667), deve essere collocata nel contesto della specifica gara, tenendo conto sia delle peculiarità della *lex specialis*, sia delle dichiarazioni rese dal Rti controinteressato, e non meramente richiamata in termini generali ed astratti, secondo il modo di procedere della ricorrente.

Vero è che, nel caso in esame, al momento della presentazione della domanda di partecipazione il Rti ha dichiarato in modo parziale le quote di esecuzione e che tale dichiarazione è stata integrata e completata solo a seguito del soccorso istruttorio.

Tuttavia, l'art. 13 del disciplinare, dedicato al soccorso istruttorio, precisa che: "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice. L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove

consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta. Nello specifico valgono le seguenti regole: - il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara; - l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni; - la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati elementi erano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta; - la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta; - la mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta, che hanno rilevanza in fase esecutiva (es. dichiarazione delle parti del servizio/fornitura ai sensi dell'art. 48, comma 4 del Codice) sono sanabili. ... Ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, fissando un termine perentorio a pena di esclusione”.

Ne discende che la disciplina di gara estende l'ambito del soccorso istruttorio, aderendo all'orientamento più ampio che ne consente l'attivazione anche in relazione alle dichiarazioni relative alla ripartizione delle quote, tanto che viene espressamente richiamato l'art. 48 del codice dei contratti.

Va precisato la ricorrente non ha impugnato la disciplina di gara nella parte in cui dilata l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio, né si configura una nullità *in parte qua*, né è ipotizzabile un'eterointegrazione normativa, atteso che il disciplinare non ha omesso la regolazione del particolare profilo, ma lo ha normato secondo un particolare criterio non contestato dalla ricorrente.

Pertanto, il soccorso istruttorio disposto dalla stazione appaltante in favore di Ronzoni srl non è altro che la diretta conseguenza della disciplina posta dalla *lex specialis*, cui la stazione appaltante si è legittimamente conformata.

Sotto altro profilo, va osservato che, a fronte di una normativa di gara di siffatto tenore, deve ritenersi espressiva di un legittimo affidamento la condotta del concorrente che, confidando in essa, ha reso una dichiarazione parziale sul riparto delle quote, assumendone l'attinenza alla fase esecutiva del rapporto - come indicato nel citato art. 13 che qualifica le dichiarazioni sul riparto delle quote come rilevanti in sede esecutiva - per poi precisarla in dettaglio in sede di soccorso istruttorio.

Va dunque ribadita l'infondatezza della doglianza in esame.

4.3) Sempre in relazione alla posizione della mandante Ronzoni, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 6.1 del disciplinare, in quanto non avrebbe comprovato il requisito dell'“Iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio industria, artigianato e agricoltura oppure nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato da cui si evince che l'attività principale è coerente con quelle oggetto della presente procedura di gara”.

La censura non può essere condivisa.

In via preliminare va osservato che la coerenza richiesta dall'art. 6.1. del disciplinare non si traduce nella necessaria identità tra l'attività principale dell'impresa e quelle oggetto di gara, ma nella più ampia riconducibilità dell'oggetto dell'appalto in detta attività.

Ora, l'iscrizione camerale di Ronzoni indica come attività svolta “la costruzione di strade, autostrade e piste aeroportuali”, compresa la realizzazione di costruzioni edili ed affini, di asfalti, demolizioni, sbancamenti e livellazioni, oltre che costruzioni e pavimentazioni stradali, opere di movimento terra, scavi e fognature.

Non solo, Ronzoni opera secondo il codice Ateco 42.11, che comprende la costruzione di autostrade, strade, altri passaggi per veicoli e marciapiedi; i lavori di superficie per strade, autostrade, ponti o gallerie: asfaltatura di strade, pavimentazione in pietra, posa di porfido, verniciatura della segnaletica orizzontale e di altri segnali, installazione di barriere di sicurezza, cartelli segnaletici stradali non luminosi e simili; costruzione di piste di campi di aviazione.

A fronte di tali risultanze non vi sono ragioni per ritenere che l'attività di Ronzoni non sia coerente con quella oggetto dell'accordo da aggiudicare, sicché le sintetiche e generiche deduzioni svolte sul punto dalla ricorrente non valgono a dimostrare la violazione dell'art. 6.1. del disciplinare, con conseguente infondatezza della censura in esame.

5) L'infondatezza del ricorso principale rende improcedibile il ricorso incidentale, siccome rivolto ad evidenziare ragioni di esclusione che restano assorbite nei rilievi formulati dall'amministrazione e posti a base dell'estromissione della ricorrente dalla procedura.

6) In definitiva, il ricorso principale è infondato e deve essere respinto, mentre il ricorso incidentale è improcedibile.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) Respinge il ricorso principale;
- 2) Dichiaro improcedibile il ricorso incidentale;
- 3) Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 4.000,00 (quattromila) oltre accessori di legge, da dividere in uguale misura tra le parti costituite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:
Domenico Giordano, Presidente
Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore
Valentina Santina Mameli, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO