

TAR Lombardia, Sezione Quarta, Sentenza n. 343 del 12 febbraio 2024

Appalti di lavori – Sub-procedimento di verifica di anomalia – Può essere delegato alla struttura di supporto – Giudizio finale riservato al RUP

Pubblicato il 12/02/2024

N. 00343/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02051/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2051 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

- (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in relazione alla procedura CIG (...), in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con (...) S.p.A., (...) S.r.l., (...) S.r.l. e (...) S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. (...) e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. (...) ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in (...);

nei confronti

- (...), in persona del Presidente pro-tempore, e Ministero (...), in persona del

Ministro pro-tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliati presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

- (...) - (...) Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti (...) e domiciliato ai sensi dell'art.25 cod. proc. amm;

- (...) S.r.l. a socio unico, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento (...) del 18 settembre 2023, comunicato in pari data, con il quale (...) S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di *“Realizzazione, in Milano, della Metrotranvia Interquartiere Nord – Tratta Funzionale Niguarda - Cascina Gobba”*, derivanti da *«P.N.R.R. - Decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili del 16.11.2021, n. 448, Allegato 1, misura M2C2 – Investimento: 4.2 – “Sviluppo trasporto rapido di massa”; beneficiario: Comune di Milano CIG 95183853C9 - CUP LOTTO 3:B44D22000070005 - CUP LOTTO 4: B44D22000100005»*, in favore del Consorzio I(...) soc. coop. in proprio e per le seguenti consorziate indicate come esecutrici (...) S.r.l. a socio unico e (...) S.p.A., con il progettista indicato, costituendo R.T.P. tra (...) S.r.l. e (...) S.r.l.;

- nonché della predetta comunicazione in data 18 settembre 2023;

- per quanto occorra, degli atti e dei verbali di gara da 1 a 27, sulla base dei quali l'aggiudicataria è stata ammessa alla gara e collocata in prima posizione della

graduatoria, in relazione ai motivi di ricorso dedotti, nonché della proposta di aggiudicazione e dell'aggiudicazione;

- e per l'accesso ai seguenti documenti enunciati nei verbali e non conosciuti: (i) richiesta di congruità al primo e secondo classificato del 19 luglio 2023; (ii) provvedimento del 28 giugno 2023 di nomina della Commissione giudicatrice delle offerte tecniche; (iii) richieste del 28 febbraio e 8 settembre 2023 di chiarimenti alla controinteressata in sede di verifica di anomalia; (iv) verbale 11 settembre 2023 prot. 50764 (nominato nel verbale n. 26) di esito delle verifiche di anomalia ed i verbali di attribuzione punteggi; (v) nota prot. 50764 dell'11 settembre 2023, dell'Unità tecnica validazione progetti di cui al verbale 26; (vi) provvedimento che demanda all'Unità tecnica di validazione dei progetti la verifica di congruità; (vii) allegati indicati nei verbali di gara reperibili sul sito;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, per quanto lesivo della posizione fatta valere dalla ricorrente;

- nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, eventualmente anche a mezzo di subentro, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto, qualora stipulato con la controinteressata;

- e per la condanna della società aggiudicatrice al risarcimento del danno informa specifica;

- nonché per l'accertamento di accesso agli atti proposto dalla ricorrente in data 5 ottobre 2023, con conseguente condanna ex art. 116 cod. proc. amm. della Stazione appaltante alla ostensione integrale, in termine assegnando, di tutti gli atti e documenti non ostesi alla ricorrente (in primis gli esiti del soccorso istruttorio di cui al verbale n. 23 non presente nella piattaforma di gara), completi di allegati e in forma integrale; e anche i provvedimenti, gli atti ed i documenti come sopra elencati, nonché i verbali della commissione giudicatrice e tecnica nei quali sono contenute le motivazioni dei punteggi tecnici e gli altri come elencati in

precedenza;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- degli ulteriori seguenti documenti ostesi in data 19 ottobre 2023 dalla Stazione appaltante e precisamente: (i) verbale n. 23 e allegati, (ii) verifica di anomalia, (iii) soccorso istruttorio, (iv) valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata e quanto oggetto della concessa ostensione;
- nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, eventualmente anche a mezzo di subentro, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto, qualora stipulato con la controinteressata;
- e per la condanna della società aggiudicatrice al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente;
- nonché per l'accertamento di accesso agli atti proposto dalla ricorrente in data 5 ottobre 2023, con conseguente condanna ex art. 116 cod. proc. amm. della Stazione appaltante alla ostensione integrale, in termine assegnando, di tutti gli atti e documenti non ostesi o non ostesi integralmente alla ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A., della (...) e del Ministero (...) e di (...) - Consorzio (...) Società Cooperativa;

Vista l'ordinanza n. 2821/2023 con cui è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda formulata dalla ricorrente (...), ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 31 gennaio 2024, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso introduttivo notificato in data 18 ottobre 2023 e depositato il 26 ottobre successivo, la società ricorrente, in proprio e quale capogruppo di un costituendo R.T.I., ha impugnato, unitamente agli atti presupposti e connessi, il provvedimento (...) del 18 settembre 2023, comunicato in pari data, con il quale (...) S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di *“Realizzazione, in Milano, della Metrotranvia Interquartiere Nord- Tratta Funzionale Niguarda - Cascina Gobba”*, derivanti da *«P.N.R.R. - Decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili del 16.11.2021, n. 448, Allegato 1, misura M2C2 – Investimento: 4.2 – “Sviluppo trasporto rapido di massa”; beneficiario: Comune di Milano CIG 95183853C9 - CUP LOTTO 3:B44D22000070005 - CUP LOTTO 4: B44D22000100005»*, in favore del Consorzio (...) soc. coop. in proprio e per le seguenti consorziate indicate come esecutrici (...) S.r.l. a socio unico e (...) S.p.A., con il progettista indicato, costituendo R.T.P. tra (...) S.r.l. e (...) S.r.l.

Con Bando di gara pubblicato nel mese di dicembre 2022 sulle Gazzette Ufficiali Europea e Italiana, su due quotidiani di tiratura nazionale e su piattaforma telematica, è stata data notizia dell'avvio da parte di (...) S.p.A. di una procedura telematica ristretta sopra soglia, finanziata con fondi del P.N.R.R. e finalizzata all'affidamento congiunto della progettazione esecutiva, da svilupparsi in modalità B.I.M., e dell'esecuzione dei lavori afferenti alla *“realizzazione, in Milano, della Metrotranvia Interquartiere Nord - Tratta Funzionale Niguarda-Cascina Gobba”* - CIG 95183853C9, avente un importo complessivo pari a € 47.205.840,86, di cui € 590.323,29 per la progettazione esecutiva, €45.005.517,57 per l'esecuzione dei lavori ed € 1.610.000,00 di oneri per la sicurezza, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per quella economica). La gara, divisa in due fasi, ossia una prima riguardante la selezione degli operatori e una successiva di confronto competitivo tra gli

operatori ammessi, ha visto la partecipazione di otto concorrenti, ridottisi a cinque nella seconda fase. All'esito delle operazioni di gara, l'offerta del R.T.I. capeggiato dalla ricorrente (...) è risultata seconda graduata, mentre al primo posto si è collocata l'offerta del Consorzio (...) soc. coop. Quindi, con il provvedimento (...) del 18 settembre 2023, comunicato in pari data, è stata disposta l'aggiudicazione del citato appalto relativo ai lavori di *“Realizzazione, in Milano, della Metrotranvia Interquartiere Nord - Tratta Funzionale Niguarda - Cascina Gobba”* in favore del Consorzio controinteressato.

Con istanza di accesso formulata in data 5 ottobre 2023, la ricorrente ha chiesto l'ostensione del *«contenuto della “risposta di qualifica” della RDO – documentazione amministrativa della ditta classificata al primo posto in graduatoria; contenuto della “risposta tecnica” della RDO – offerta tecnica della ditta classificata al primo posto in graduatoria; contenuto della “risposta economica” della RDO – offerta economica della ditta classificata al primo posto in graduatoria; verbali di gara con eventuali allegati; eventuale documentazione a comprova dei requisiti di ordine generale e tecnico; documentazione ed esito dell'eventuale verifica di congruità dell'offerta della ditta classificata al primo posto in graduatoria»*. Nessun riscontro è stato fornito dalla Stazione appaltante a tale richiesta.

Assumendo l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore del Consorzio controinteressato, la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento, in primo luogo, per violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016, per violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e per eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria e di motivazione.

Con riguardo alla valutazione dell'offerta tecnica e al procedimento di verifica dell'anomalia, è stata poi dedotta la violazione dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016, della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 17 del Bando di gara.

Attraverso il ricorso introduttivo, oltre alla domanda di annullamento degli atti di gara, è stata altresì dedotta l'illegittimità della mancata ostensione della documentazione richiesta dalla parte ricorrente con la richiamata istanza del 5

ottobre 2023.

È stata infine articolata una istanza di verifica finalizzata a emendare le illegittimità compiute dalla Commissione di gara.

Si sono costituiti in giudizio (...) S.p.A. e la (...) e il Ministero (...), che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

2. In data 19 ottobre 2023 la ricorrente ha ottenuto l'accesso agli atti richiesti, da cui è scaturita poi la proposizione di un ricorso per motivi aggiunti, notificato il 4 novembre e depositato in pari data, con cui è stato domandato l'annullamento di tali ulteriori documenti ovvero (i) verbale n. 23 e allegati, (ii) verifica di anomalia, (iii) soccorso istruttorio, (iv) valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata e quanto oggetto della concessa ostensione.

A sostegno del ricorso per motivi aggiunti sono stati dedotti, in primo luogo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e l'eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria e di motivazione.

Con riguardo alla valutazione dell'offerta tecnica e al procedimento di verifica dell'anomalia, sono stati poi dedotti la violazione degli artt. 93, 95, 97 e 105 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la violazione della legge n. 241 del 1990, la violazione dell'art. 17 del Bando di gara, la violazione dell'art. 32, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010, l'incongrua e inadeguata valutazione in merito alla corretta applicazione dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016, l'incongruità e inattendibilità dell'offerta, l'eccesso di potere per difetto di motivazione e istruttoria, l'irragionevolezza, il travisamento e l'illogicità, l'ingiustizia manifesta e la violazione dell'art. 97 della Costituzione.

È stata reiterata la richiesta di verifica finalizzata a emendare le illegittimità compiute dalla Commissione di gara ed è stato altresì chiesto il risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio (...) - Consorzio (...) Società Cooperativa, che ha chiesto

il rigetto sia del ricorso introduttivo che del ricorso per motivi aggiunti.

3. Con l'ordinanza n. 2821/2023 è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda formulata dalla ricorrente (...), ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

4. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, la difesa di (...) S.p.A. ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità per genericità del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, mentre nel merito ne ha chiesto il rigetto; anche la difesa di (...) ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità per genericità del primo motivo sia del ricorso introduttivo che del ricorso per motivi aggiunti, mentre ha chiesto il rigetto delle restanti parti dei gravami; la difesa della ricorrente ha replicato alle eccezioni delle controparti, deducendone l'infondatezza, e ha insistito per l'accoglimento dei ricorsi; la difesa erariale ha invece chiesto l'estromissione dal giudizio per carenza di legittimazione passiva sia della (...) che del Ministero (...). Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2024, il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto in decisione la controversia.

DIRITTO

1. In via preliminare, va esaminata la richiesta di estromissione dal giudizio per carenza di legittimazione passiva sia della (...) che del Ministero (...).

1.1. La richiesta non può essere accolta.

La difesa della ricorrente ha provveduto, correttamente, a notificare i ricorsi oggetto di scrutinio nella presente sede anche alle Amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel P.N.R.R. (ovvero, la (...) e il Ministero (...)), come stabilito dall'art. 12-bis, comma 4, del decreto legge n. 68 del 2022, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2022, garantendo in tal modo l'integrità del contraddittorio; essendo, pertanto, la presenza nel giudizio di tali Amministrazioni imposta dalla legge, non ne è consentita l'estromissione per disposizione del

giudice (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, II, 13 luglio 2023, n.1795; IV, 23 gennaio 2023, n. 212).

1.2. Ciò determina la reiezione della richiesta, formulata dall'Avvocatura erariale, di estromissione dal giudizio della (...) e del Ministero (...).

2. Sempre in via preliminare, deve essere esaminata l'istanza avanzata dalla difesa della parte ricorrente di espletamento di una verifica finalizzata a emendare le illegittimità compiute dalla Commissione di gara.

2.1. La domanda non può essere accolta.

La verifica (e/o la consulenza tecnica d'ufficio) non può sopperire alle carenze probatorie riferibili alle parti del processo, ma ha l'esclusiva finalità di chiarire eventuali dubbi discendenti da elementi ritualmente introdotti in giudizio e non del tutto incontrovertibili nella loro portata (cfr. Consiglio di Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4664; III, 25 luglio 2019, n. 5267; T.A.R. Marche, I, 7 febbraio 2024, n. 132; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 11 aprile 2022, n.819). Difatti, anche la verifica come la consulenza tecnica d'ufficio “*non configura un autonomo mezzo di prova (Cons. Stato, IV, 20 febbraio 2014, n. 786), bensì uno strumento di valutazione di prove già ritualmente acquisite agli atti del giudizio, sicché non può essere utilizzata per costruire prove che la parte attrice non ha introdotto nel processo nemmeno come principio (Cons. Stato, V, 14 febbraio 2012, n. 724). Essa, infatti, costituisce non già un mezzo di prova, ma al più di ricerca della prova (...), avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità sul piano tecnico-specialistico dei fatti di causa impedisca una compiuta comprensione (...), ma non già la funzione di esonerare la parte dagli oneri probatori sulla stessa gravanti(Cons. Stato, V, 11 maggio 2017, n. 2181)*” (Consiglio di Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4664; III, 25 luglio 2019, n. 5267; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, I, 26 gennaio 2023, n. 50).

Nel caso di specie, esaminando gli atti processuali, non si ritiene necessaria alcuna ulteriore attività istruttoria, stante la piena esaustività, oltre che intellegibilità da parte del Collegio, della documentazione versata in giudizio dalle parti, né si può

consentire tardivamente la surrettizia introduzione nel giudizio di elementi non prodotti ritualmente dalle parti di causa.

2.2. Pertanto, la richiesta deve essere respinta.

3. Si può passare all'esame del merito della parte impugnatoria dei ricorsi, da esaminare contestualmente, attesa la stretta connessione delle censure ivi proposte; i predetti gravami sono in parte inammissibili e in parte infondati.

4. Con il primo motivo sia del ricorso introduttivo che del ricorso per motivi aggiunti, da trattare congiuntamente in quanto aventi identico tenore, si assume l'illegittimità dell'ammissione alla gara del Consorzio controinteressato, non avendo la Stazione appaltante proceduto a verificare l'incidenza, sulla moralità professionale del predetto operatore, dei precedenti pregiudizievoli dichiarati in sede di domanda di partecipazione.

4.1. Le doglianze sono inammissibili per genericità.

La ricorrente sostiene che, in sede di ammissione alla gara del Consorzio controinteressato, la Stazione appaltante non avrebbe affatto valutato i precedenti pregiudizievoli dichiarati dal predetto concorrente, scaturendo da tale modus procedendi un difetto di istruttoria e di motivazione; a tal fine però nel corpo del ricorso non si menziona alcun precedente asseritamente incidente sulla moralità professionale del controinteressato, implicitamente delegando a questo organo giurisdizionale un'autonoma verifica in merito.

Tuttavia ciò si pone in contrasto con i principi che reggono il giudizio amministrativo, nell'ambito del quale *“non basta dedurre genericamente un vizio, ma bisogna precisare il profilo sotto il quale il vizio viene dedotto e, ancora, indicare tutte quelle circostanze dalle quali possa desumersi che il vizio denunciato effettivamente sussiste”* (Consiglio di Stato, III, 4 settembre 2020, n. 5356).

La giurisprudenza ha affermato, difatti, che, sebbene i motivi di ricorso non devono essere necessariamente rubricati in modo puntuale, né devono essere espressi con formulazione giuridica assolutamente rigorosa, è comunque

necessario che siano esposti con specificità sufficiente a fornire almeno un principio di prova utile alla identificazione delle tesi sostenute a supporto della domanda finale, come altresì previsto dall'art. 40 cod. proc. amm. nel quale si richiede l'esposizione "*dei motivi specifici su cui si fonda il ricorso*" (cfr. Consiglio di Stato, III, 25 ottobre 2016, n. 4463; VI, 9 luglio 2012, n. 4006; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 4 ottobre 2022, n. 2178; II, 18 giugno 2018, n. 1532; anche Consiglio di Stato, IV, 14 settembre 2023, n. 8325; III, 7 luglio 2022, n.5650; V, 17 dicembre 2020, n. 8101; sulla necessità che i motivi siano formulati in modo puntuale, non astratto o generico, Consiglio di Stato, V, 8 agosto 2023, n. 7659).

In caso contrario, le carenze contenute nel ricorso non possono essere surrogate demandando al giudice l'onere di individuare gli aspetti controversi e di verificare, in modo del tutto soggettivo, la legittimità dell'operato dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, VI, 29 settembre 2021, n. 6551; V, 21 luglio 2015, n. 3616; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 16 gennaio 2018, n.116).

4.2. Ciò determina la declaratoria di inammissibilità delle scrutinate censure.

5. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo, da trattare congiuntamente al secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, in ragione della loro stretta connessione, si assume l'illegittimo affidamento a una Unità tecnica di validazione progetti della verifica di congruità delle offerte, in contrasto con l'esclusiva competenza in tale ambito del R.U.P., e l'illegittima valutazione di anomalia relativamente all'offerta del Consorzio controinteressato per palese sottostima del costo della manodopera, compreso quello del personale dipendente dai subappaltatori, delle spese generali e delle migliorie proposte.

5.1. Le doglianze sono complessivamente infondate.

Con riguardo alla dedotta illegittimità della nomina di una struttura di supporto al R.U.P. in sede di valutazione dell'anomalia delle offerte, va premesso che la stessa risulta essere una unità interna della Stazione appaltante, (...) S.p.A. (all. 6 di (...), lett. n, pag. 9), e che il giudizio finale in ordine alla congruità (ovvero la non

anomalia) dell'offerta del Consorzio aggiudicatario è stato assunto direttamente dal R.U.P. (Avv. ...), come risulta anche dall'avvenuta sottoscrizione da parte del predetto soggetto del verbale di gara n. 27 del 13 settembre 2023, dove è stato segnalato che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia è stato completato con l'accesso al F.V.O.E. di ogni componente del raggruppamento aggiudicatario (all. 10 al ricorso, in specie, pagg. 4 e 5).

Ciò risulta conforme a un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale *“nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, che appartiene alla competenza del RUP, questi può avvalersi del supporto della stessa commissione giudicatrice o di una commissione o di un tecnico ad hoc, con la precisazione che l'affidamento di detto incarico non spoglia il RUP della sua competenza, dovendo egli fare proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086; sez. III,5 giugno 2020, n. 3602)”* (Consiglio di Stato, V, 11 ottobre 2021, n. 6784).

Tale approdo risulta coerente con la circostanza, pure ritenuta legittima dalla giurisprudenza, che la Commissione giudicatrice possa avvalersi della collaborazione di soggetti esterni ad essa o utilizzare elaborati redatti da altri, purché tali ausili abbiano una funzione di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima: difatti, *“non è illegittimo di per sé che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione però che tali soggetti si limitino a svolgere compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima”* (Consiglio di Stato, III, 17 giugno 2021, n. 4683; altresì, V,11 ottobre 2021, n. 6782; T.A.R. Valle d'Aosta, 20 dicembre 2021, n. 73).

A supporto di tale conclusione può essere richiamata anche la normativa in materia di appalti pubblici, applicabile *ratione temporis*, ossia l'art. 31, commi 7, 8 e 11, del D. Lgs. n. 50 del 2016 che consente alla Stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura di gara o di parte di essa (cfr.

A.N.A.C., Parere funzione consultiva n. 11 del 28 marzo 2023). Ciò ha trovato altresì conferma nell'art. 15, comma 6, del D. Lgs. n. 36 del 2023, dove si stabilisce che *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo”*. Pertanto, la nomina di una Unità posta a supporto tecnico del R.U.P., al fine di coadiuvarlo nell'esame afferente alla congruità delle offerte dei concorrenti, risulta del tutto legittima.

5.2. Con riguardo, poi, alle contestazioni relative alla illegittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del Consorzio controinteressato condotto dalla Stazione appaltante, va premesso che, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, il procedimento di verifica dell'anomalia *«è volto ad accertare l'attendibilità e la serietà dell'offerta e l'effettiva possibilità dell'impresa di bene eseguire l'appalto alle condizioni proposte (cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2019, n. 2496; Id., III, 29 marzo 2019, n. 2079; Id., V, 5 marzo 2019, n. 1538): la valutazione ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una 'caccia all'errore' nella loro indicazione nel corpo dell'offerta, costituendo esercizio di apprezzamento tecnico, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà (cfr. Cons. Stato, V, 3 gennaio 1019, n. 69; Id., VI, 3 dicembre 2018, n. 6838)» (cfr., da ultimo, Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. V, 26/02/2021, n. 1637; Cons. Stato sez. III 25 giugno 2020 n.4090; idem sez. V, n. 680 del 27 gennaio 2020). Secondo la giurisprudenza, nelle gare pubbliche il giudizio sull'anomalia o l'incongruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo nei limiti indicati, senza procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità e delle singole voci, pena un'inammissibile invasione della sfera amministrativa (es. Cons. Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; 26 novembre 2018, n.6689; 22 dicembre 2014, n. 6231, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n.5846; 11 maggio 2012, n. 2732; Cons. Stato sez. III, 20 maggio 2020, n. 3207 e precedenti ivi richiamati)» (Consiglio di Stato, III, 13 luglio 2021, n. 5283;*

altresì, IV, 16 gennaio 2023, n. 500; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 14 dicembre 2023, n. 3031; IV, 1° giugno 2023, n. 1348; IV, 3 novembre 2022, n. 2438; IV, 4 luglio 2022, n. 1568).

Quanto al costo del lavoro offerto da (...), risulta che il predetto Consorzio ha offerto per tale voce un importo pari a € 9.066.067,20, ovvero in una misura nettamente superiore all'importo dei costi della manodopera stimato nella lex specialis di gara (pari a € 8.551.048,34: art. 2.2 della lettera di invito: all. 13 di (...)) e ciò già dovrebbe dimostrare la piena congruità dell'offerta dell'aggiudicatario (all. 11 di MM, pag. 6). In ogni caso, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, l'aggiudicatario, per calcolare il costo del lavoro relativo all'appalto de quo, ha proceduto dapprima a stimare il costo medio effettivo (dividendo cioè la retribuzione lorda annuale per il numero di ore effettive di lavoro) e poi ha moltiplicato tale valore medio – superiore del 3,5 % rispetto a quello previsto nella Tabella del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali per il C.C.N.L. dei dipendenti delle imprese edili ed affini (all. 23 di (...)) – per il numero totale delle ore lavorative offerte, come risulta dalla tabella contenuta nelle giustificazioni prodotte in data 3 agosto 2023 (all. 11 di (...), pag. 6). Difatti, avendo l'appalto una durata di 1125 giorni naturali e consecutivi, di cui 155 dedicati alla progettazione esecutiva, e potendosi avviare i lavori entro i 90 giorni (art. 3 della lettera di invito: all. 13 di (...)), la durata effettiva dei lavori in termini di giorni naturali e consecutivi è pari a 1035, da cui devono essere detratti i sabati, le domeniche e la festività, pari a 252 giorni, giungendosi in tal modo a 715 giorni lavorativi effettivi; in relazione a detto numero di giorni lavorativi richiesti (...) ha formulato la propria offerta, moltiplicando il costo medio onnicomprensivo anche delle sostituzioni di cui alle Tabelle ministeriali, aumentate del 3,5%.

Quindi, la previsione di un costo del lavoro superiore a quello individuato nelle Tabelle ministeriali, che già ricomprende nel calcolo le ferie e le sostituzioni dei lavoratori della specifica commessa, rende infondata la deduzione della parte

ricorrente.

Irrilevante appare poi la questione relativa alla mancata adeguata valorizzazione del lavoro notturno, trattandosi di una mera eventualità, come espressamente previsto dall'arr. 10.13 del Capitolato speciale d'appalto, secondo il quale le attività "*potranno comprendere prestazioni in orario anche notturno*".

5.3. Nemmeno risulta condivisibile la contestazione relativa alla mancata quotazione del costo del lavoro con riguardo alle parti dei lavori da subappaltare, visto che il costo del lavoro indicato nella tabella in precedenza richiamata si riferisce all'intero appalto, comprensivo delle attività svolte dai subappaltatori e, quindi, in assenza di scorporazione (e di ribasso) di tale posta, alcuna giustificazione era dovuta in merito. Del resto, trattandosi di subappalto, l'aggiudicatario controinteressato, in qualità di committente, è tenuto, ai sensi dell'art. 29, comma 2, del D. Lgs. n. 276 del 2003 (sull'applicabilità della norma, cfr. Cass. civ., ord. 4 luglio 2019, n. 17998), a garantire alla manodopera eventualmente utilizzata dal subappaltatore lo stesso trattamento della propria, essendo obbligato in solido con il predetto subappaltatore nei confronti dei lavoratori impiegati.

Peraltro, avendo l'aggiudicatario dichiarato il ricorso al subappalto facoltativo rispetto al 100% dei lavori nelle categorie scorporabili, nulla gli vieterebbe di eseguire in proprio tali attività, essendo qualificato per svolgerle direttamente, ovvero tramite le proprie consorziate designate (cfr. quanto evidenziato alle pagg. 14-16 della memoria di (...) del 21 novembre 2023, non smentito dalla parte ricorrente).

5.4. Anche la quota delle spese generali è stata esposta dall'aggiudicatario in relazione all'intero valore dell'appalto, comprese anche le opere che verranno subappaltate, e più specificatamente la percentuale dell'8,12% si riferisce soltanto alla categoria OG3, mentre la misura piena del 15% riguarda le categorie specialistiche, raggiungendo in tal modo una media ponderata dell'11,45% (cfr. all.

22 e 26 di (...)). Una siffatta percentuale sul totale dell'offerta non risulta affatto incongrua, tenuto conto che il richiamo effettuato dalla ricorrente alle percentuali (tra il 13 e il 17%) contenuto nell'art. 32, comma 2, lett. b, del D.P.R. n. 207 del 2010 non afferisce all'offerta dei partecipanti, ma si riferisce alla misura per l'individuazione della base d'asta della gara (che naturalmente è superiore all'offerta, solitamente proposta al ribasso).

5.5. Infine, relativamente all'importo delle migliorie (pari a € 290.918,68 e debitamente esposte: all. 24a e 24b di (...)), decurtato, su richiesta della Stazione appaltante, dagli utili di impresa, comunque non determina una significativa riduzione dell'utile finale che risulta pari al 10,41% (all. 22 di (...)). La questione relativa al preventivo, addotto dall'aggiudicatario come giustificativo in relazione alle ottime condizioni di fornitura delle Rotaie a gola e indirizzato soltanto al probabile subappaltatore, deve ritenersi non rilevante, poiché lo stesso è intestato anche a (...), consorziata designata da (...) (insieme a (...)), la quale può senz'altro eseguire, in proprio, tutte o parte delle lavorazioni nella categoria S.O.A. di riferimento, OS29 (all. 31 di (...)).

5.6. In conclusione, deve essere ritenuto infondato il tentativo posto in essere della ricorrente di infirmare l'attendibilità complessiva delle giustificazioni presentate dal Consorzio aggiudicatario sulla base di una valutazione di natura esclusivamente soggettiva che tende a sostituire, inammissibilmente, quella – ampiamente discrezionale – della Stazione appaltante.

5.7. Ciò determina il rigetto delle esaminate doglianze.

6. Da quanto evidenziato, discende in parte l'infondatezza e in parte l'inammissibilità delle doglianze contenute negli scrutinati ricorsi.

7. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. Civ., II,

22 marzo 1995, n. 3260 e, per quelle più recenti, Consiglio di Stato, II, 30 marzo 2022, n. 2328; VI, 22 marzo 2022, n. 2072; VI, 20 gennaio 2022, n. 358). Gli argomenti non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

8. In conclusione, sia il ricorso introduttivo che il ricorso per motivi aggiunti devono, nella parte impugnatoria, essere in parte respinti e in parte dichiarati inammissibili.

9. Il mancato accoglimento sia del ricorso principale che del ricorso per motivi aggiunti determina il rigetto della domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente (...) S.r.l.

10. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a carico della ricorrente (...) S.r.l. e in favore di (...) S.p.A. e di (...) - Consorzio (...) Società Cooperativa, mentre possono essere compensate nei confronti della (...) e del Ministero (...), stante l'assenza di attività difensiva da parte dell'Avvocatura erariale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, in parte respinge e in parte dichiara inammissibili il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe; respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore di (...) S.p.A. e di (...) - Consorzio (...) Società Cooperativa nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) ciascuna (€ 4.000,00 complessivi), oltre oneri e spese generali; le compensa nei confronti della (...) e del Ministero (...).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 31 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Valentina Caccamo, Referendario

L'ESTENSORE

Antonio De Vita

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO