

Sulla possibilità per i consorzi stabili di ricorrere al cumulo alla rinfusa, ex art 47, comma 1 del dlgs 50/2016, relativamente al possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 13-11-2023

- 1. La questione all'esame di questa Sezione è: se sia consentito ad un consorzio stabile partecipare ad una gara di appalto di servizi (e forniture), dichiarando, per soddisfare i requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi richiesti dal disciplinare di gara, di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate "non designate per l'esecuzione del contratto, utilizzando il meccanismo del cumulo alla rinfusa.*
- 2. I consorzi stabili sono quei consorzi costituiti tra almeno tre imprese, che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. Si differenziano dai consorzi ordinari, in quanto mentre questi ultimi nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.*
- 3. Da siffatti rilievi consegue che, nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto.*

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna La Sezione V del Consiglio di Stato, ha statuito sulla possibilità per i consorzi stabili di ricorrere al cd cumulo alla rinfusa, non solo relativamente ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, ma anche per quel che concerne i requisiti di carattere economico – finanziario e tecnico – organizzativi.

Come noto, i consorzi stabili, secondo la definizione del dlgs 50/2016, ribadita dal Dlgs 36/2023, sono un'aggregazione di non meno di tre consorziati, che operano in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non

inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa. Si differenziano dai consorzi ordinari, in quanto mentre questi ultimi nascono e cessano in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

Il consorzio stabile, pertanto, rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto, pertanto, sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice, sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici.

L'istituto si colloca nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara. I consorzi stabili sono stati definiti quali aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione e assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto.

L'elemento qualificante dei consorzi stabili è, quindi, la comune struttura di impresa da intendersi quale azienda consortile utile a eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Chiarito quanto sopra, è possibile analizzare le disposizioni normative che hanno determinato l'intervento giurisprudenziale in rassegna.

In particolare, prima dell'entrata in vigore del Dlgs 36/2023, la disciplina codicistica per la qualificazione alle gare d'appalto dei consorzi stabili era contenuta nell'art. 47 del dlgs 5072016, così come riformulato dal decreto "Sblocca cantieri" (D.L. 32/2019, conv in l. 55/2019), con cui è stato disciplinato il criterio del cumulo alla rinfusa, inteso come possibilità del consorzio stabile di sommare i requisiti posseduti dalle singole consorziate anche non esecutrici per la propria qualificazione alle gare. Più precisamente, il comma 1 del citato articolo 47 elenca i requisiti dei consorziati che possono essere utilizzati ai fini della qualificazione del consorzio stabile stesso, vale a dire quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

La questione oggetto di dibattito nasce dalla formulazione dell'art 47 comma 2 bis del D.lgs 50/2016, secondo cui *la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai consorziati.*

All'indomani dell'introduzione della disposizione sopra richiamata, il Consiglio di Stato, con sentenza 7360/2022, aveva precisato che il cumulo alla rinfusa dovesse intendersi limitato ai soli requisiti relativi alle attrezzature e mezzi d'opera e all'organico medio annuo, in ragione della riscrittura dell'art 47 a opera del decreto "Sblocca Cantieri". Con la conseguente esclusione della consorziate che avesse utilizzato i requisiti economico – finanziari di altra consorziate non designata.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, l'art 47 comma 2 bis non prevede, in gara,

la facoltà di cumulo alla rinfusa di tutti i requisiti delle imprese non esecutrici, con la conseguenza che, ai fini dell'ammissione alle procedure di affidamento, i consorzi stabili:

- qualora intendano eseguire le prestazioni con la propria struttura, devono dimostrare il possesso, in proprio, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, salva la facoltà di computare cumulativamente i soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, quand'anche posseduti dalle singole imprese consorziate, ancorché non designate alla esecuzione;
- alternativamente, possono affidarsi alle imprese consorziate, indicate in sede di gara, che risultano corresponsabili dei lavori eseguiti. A queste ultime deve applicarsi la regola generale del Codice che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione, senza poter utilizzare i requisiti della consorziata non designata.

E tuttavia, il Collegio con la pronuncia in commento, ha superato l'indirizzo sopra richiamato, in ragione dell'art. 225, comma 13, del nuovo codice dei contratti (dlgs 36/2023), il quale ha chiarito, mediante un intervento di interpretazione autentica, il criterio applicativo degli artt 47, 83 e 216 del d.lgs 50/2016, stabilendo che *Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al dlgs 50/2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria (fino all'entrata in vigore del dlgs 36/2023, N.d.R.), relativamente ai consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'art. 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al dlgs n. 163/2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. l'articolo 47, comma 2 bis del codice dei contratti pubblici, di cui al dlgs 50/2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti dal bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara".*

Il Collegio ha, quindi, ritenuto che trattandosi di norma di interpretazione autentica e, quindi, con efficacia retroattiva, la stessa dovesse trovare applicazione anche al caso al proprio vaglio, pur se anteriore all'entrata in vigore del dlgs 36/2023.

Ne deriva, quindi, che in virtù della dell'art. 67, comma 2 del dlgs 36/2023 e dell'art. 225, comma 13, quale norma di interpretazione autentica, nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto.

Ciò in ragione della circostanza secondo cui il consorzio è un soggetto autonomo, sul piano giuridico e organizzativo, rispetto alle imprese consorziate, non essendoci un rapporto di mandato. Dalla natura del rapporto tra consorzio stabile e singole consorziate, nonché dalla peculiare struttura dell'istituto, consegue che l'utilizzo dei requisiti di partecipazione delle singole imprese consorziate non pregiudica la struttura originaria del consorzio che ha

partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di distinta qualificazione, in ragione dell'ontologica distanza tra la propria soggettività e quella delle imprese consorziate.

Dai rilievi sopra effettuati e alla luce della normativa richiamata discende, pertanto, che l'applicazione del cumulo alla rinfusa non possa essere condizionato dalla scelta del consorzio stabile di servirsi, ai fini della partecipazione alla gara, dei requisiti delle singole imprese consorziate sia che esse siano state designate o non designate alla esecuzione del contratto.

REPUBBLICA ITALIANA

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 1959 del 2023, proposto da Consorzio Stabile CMF, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentato e difeso dagli avvocati Cristiana Carpani, Franco Mastragostino, Andrea Zoppini e Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Fulgens s.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00397/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Fulgens s.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop., e dell'Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2023 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Carpani, Vercillo, Cardì e De Marini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. (in seguito ATM) indiceva una procedura aperta telematica per l'affidamento per 36 mesi del servizio di *facility management* per stabili, stazioni, parcheggi e rotabili, suddivisa in tre lotti per un valore complessivo di euro 144.989.630,00.

Con riferimento al presente giudizio, il Lotto 3 era di valore pari ad euro 54.194.369,00 ed aveva ad oggetto l'affidamento dei servizi di: 1) Depositi e Officine Tram (compresi Tram); 2) Depositi e Officine Bus e Filobus (compresi Bus e Filobus).

Alla procedura partecipava il Consorzio Stabile CMF e il RTI composto da Ferco (mandataria), Fulgens s.r.l. e Consorzio Innova soc. coop. (mandanti).

All'esito della valutazione delle offerte tecniche del Lotto 3, la Commissione assegnava n. 66 punti al Consorzio Stabile CMF e 67 punti al ricorrente RTI Ferco, mentre, in relazione alle offerte economiche, assegnava n. 25,882 punti al RTI Ferco e n. 30,00 punti al Consorzio Stabile CMF.

Il Lotto 3 veniva aggiudicato al Consorzio Stabile CMF con 96,000 punti complessivi, mentre il RTI Ferco si collocava al sesto posto con 92,882 punti. A seguito della rideterminazione del punteggio ad opera della Stazione appaltante, effettuata in data 14 marzo 2022, il RTI Ferco otteneva il punteggio complessivo di 95,882 punti, collocandosi al secondo posto della graduatoria.

In data 28 settembre 2022, la Stazione appaltante stipulava il contratto con il Consorzio Stabile CMF.

2. Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI, proponeva ricorso principale e ricorso per motivi aggiunti dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, contestando la mancata esclusione del Consorzio aggiudicatario, sia per difetto dei requisiti di partecipazione che per l'anomalia dell'offerta.

A sua volta, il Consorzio Stabile CMF proponeva ricorso incidentale diretto a censurare l'ammissione alla procedura del RTI Ferco.

3. Il Tribunale amministrativo adito, con sentenza n. 397 del 2023, accoglieva il ricorso principale e il secondo ricorso per motivi aggiunti, nei limiti di quanto esposto in motivazione, e per l'effetto annullava il provvedimento di aggiudicazione impugnato, dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato in data 28 settembre 2022 dalla Stazione appaltante con il Consorzio controinteressato, e disponendo il subentro del RTI Ferco. Il Collegio, inoltre, dichiarava inammissibile il primo ricorso per motivi aggiunti presentato dal ricorrente principale, e respingeva il ricorso incidentale spiegato dal Consorzio controinteressato.

Il Giudice di primo grado, in relazione ai profili di illegittimità complessivamente dedotti dalla ricorrente, riteneva di esaminare prioritariamente, per ragioni di precedenza logica, la censura con la quale contestava l'ammissione alla gara del controinteressato per difetto dei requisiti di partecipazione. La ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto l'aggiudicatario aveva dimostrato il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria, previsti dagli artt. 6.1.3, 6.1.4 e 6.1.5, utilizzando il 'cumulo alla rinfusa' al di fuori delle ipotesi consentite dalla norma citata. In particolare, il Consorzio aveva dichiarato, ai sensi dell'art. 47, comma 2 *bis*, del Codice dei contratti pubblici di soddisfare i requisiti richiesti in ragione di quelli esistenti *'in capo alle proprie consorziate, sulla base del principio del c.d. cumulo alla rinfusa'*, e più precisamente assumendo che: 1) il fatturato globale delle consorziate non esecutrici, di cui al punto 6.1.4, si evinceva dall'allegato 'Fatturato Globale'; 2) i contratti della consorziate non esecutrice che soddisfacevano i requisiti di cui al punto 6.1.4. e 6.1.5. si evincevano dall'allegato 'Elenco principali servizi'.

Il Tribunale concludeva ritenendo maggiormente aderente al dato letterale e coerente con il quadro sistematico la tesi secondo cui, in relazione ai servizi e forniture, il 'cumulo alla rinfusa' era limitato ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo. Considerava, pertanto, illegittima la qualificazione del Consorzio aggiudicatario basata sul 'cumulo alla rinfusa', per violazione dell'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Collegio, inoltre, rilevava la fondatezza dei motivi formulati tanto nel ricorso principale, quanto nel secondo ricorso per motivi aggiunti, diretti a censurare la valutazione di anomalia, in quanto l'aggiudicatario, che aveva esposto un costo della manodopera molto inferiore a quello individuato dalla Stazione appaltante e inferiore a quello tabellare, non aveva dimostrato in concreto di poter contare su riduzioni in ragione del minor costo che graverebbe sull'azienda in caso di assenteismo, limitandosi ad affermazioni del tutto generiche. La valutazione positiva della Stazione appaltante non teneva conto della limitatezza dei prodotti considerati in sede di giustificazione, a fronte della complessità del servizio da aggiudicare e degli ingenti costi che esso comportava. La valutazione dell'utile, che dopo la forte riduzione

operata dal Consorzio in sede di giustificazioni, ammontava all'1% del fatturato di commessa, era ancorato a valutazioni meramente ipotetiche.

Il Tribunale respingeva le altre censure, nonché il ricorso incidentale, con cui il Consorzio Stabile CMF aveva lamentato la mancata esclusione del RTI Ferco per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, deducendo che nessuna omissione dichiarativa poteva essere riferita alla predetta società.

4. Con ricorso in appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, il Consorzio Stabile CMF ha impugnato la suddetta pronuncia illustrando le seguenti censure: "1) *Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 6.1.3, 6.1.4 e 6.1.5 del disciplinare di gara. Violazione degli artt. 12 e 14 delle Preleggi e dei criteri di interpretazione letterale, teleologico e sistematico; 2. Error in iudicando et in procedendo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 119, 120 e 134 c.p.a., dell'art. 64 c.p.a., dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 8 del Disciplinare di gara. Erronea valutazione degli atti e dei documenti di gara; 3. Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 122 c.p.a.;*"

5. L'Azienda Trasporti Milanese s.p.a. (in seguito anche ATM) si è costituita, chiedendo l'accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Stabile CMF.

6. Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria del costituendo RTI, si è costituita in resistenza, presentando memoria ex art. 101 c.p.a. a valere anche come appello incidentale, impugnando l'art. 6.4. del Disciplinare nel caso in cui dovesse essere interpretato nel senso desiderato dall'appellante principale. Secondo l'appellante incidentale, se l'art. 6.4 del disciplinare di gara dovesse essere interpretato nel senso di consentire ai consorzi stabili l'uso indiscriminato del 'cumulo alla rinfusa', come desiderato dal Consorzio Stabile CMF, siffatta disposizione di gara risulterebbe allora manifestamente illegittima per violazione e falsa applicazione degli art. 45 e 27 del d.lgs. n. 50 del 2016 che, anche in relazione ai servizi e alle forniture, limitano il 'cumulo alla rinfusa' ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

7. Le parti, con successive memorie, hanno precisato le proprie difese.

8. Questa Sezione, con ordinanza n. 1069 del 17.3.2023, ha sospeso l'efficacia della sentenza impugnata, al fine di '*mantenere la res adhuc integra, reputandosi necessaria la preservazione dell'efficacia del contratto stipulato dall'appellata fino alla trattazione del merito*'.

9. All'udienza del 25 maggio 2023, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

10. Con il primo mezzo, il Consorzio Stabile CMF censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il motivo del ricorso di primo grado, con il quale la società Ferco s.r.l. ha lamentato la violazione dell'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016 per avere il Consorzio

aggiudicatario comprovato il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria prescritti dalla *lex specialis* attraverso il meccanismo del ‘cumulo alla rinfusa’. Secondo l’appellante, la lettura della suddetta disposizione, nella versione *ratione temporis* applicabile, si baserebbe su un ragionamento erroneo e meritevole di essere censurato. L’art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 si compone di tre commi, uno solo dei quali è espressamente dedicato alla disciplina dei ‘requisiti di partecipazione dei consorzi alle gare’ per l’affidamento dei servizi e forniture. In particolare, il comma 2 *bis* autorizzerebbe, secondo l’esponente, inequivocabilmente, l’applicazione del meccanismo del ‘cumulo alla rinfusa’ e i requisiti richiesti dal bando, cui fa riferimento tale comma, sarebbero quelli di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento a cui fa riferimento l’art. 47 cit. Il T.A.R. avrebbe fornito una interpretazione ‘antiletterale’ della disposizione, in violazione del criterio c.d. di specialità, e in violazione del criterio teleologico posto che l’art. 47, comma 2 *bis*, sarebbe funzionale ad assicurare, proprio attraverso il meccanismo del ‘cumulo alla rinfusa’, la finalità pro-concorrenziale che è insita nella struttura del consorzio stabile. Il Tribunale avrebbe violato anche il criterio logico – sistematico, considerato che l’art. 47, comma 2 *bis*, cit. lungi dal segnare una rottura rispetto alla disciplina previgente, avrebbe lo scopo di dettare una disciplina espressa, valevole per i settori dei servizi e delle forniture, che si pone in continuità con il passato. Né sarebbe condivisibile la soluzione interpretativa assunta dal T.A.R., laddove richiama i principi enunciati dalla sentenza di questa Sezione n. 7360 del 2022, assegnando a tale pronuncia una portata generalizzata che, al contrario, non la contraddistingue. Sarebbe, inoltre, erroneo anche il riferimento incidentalmente operato alla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 5/2021, perché la pronuncia non farebbe alcun riferimento al comma 2 *bis* dell’art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Secondo il Consorzio ricorrente, sarebbe errata anche l’interpretazione dell’art. 6.4 del Disciplinare, il quale sarebbe chiaro nel consentire ai consorzi stabili l’utilizzo dei requisiti speciali di partecipazione alla gara ‘*delle singole imprese consorziate non designate per l’esecuzione del contratto*’.

11. Con la seconda censura si contestano i Capi 6 e 12 della pronuncia impugnata, nella parte in cui il T.A.R. ha accolto le critiche tese a contestare la pretesa incongruità dell’offerta prodotta dal Consorzio Stabile CMF con riferimento al costo del personale, in relazione al ribasso unico percentuale del 70% sul listino prezzi ATM e del Comune di Milano, e in ordine all’utile di commessa, diminuito all’1% del fatturato in ragione delle perdite complessivamente considerate per le attività extra-canone, valutando tale riduzione estremamente rilevante e ‘*tale da non integrare un limitato aggiustamento praticabile in sede di verifica di anomalia*’.

12. Con il terzo motivo, si denuncia violazione e falsa applicazione dell’art. 122 c.p.a., in quanto, in ragione della fondatezza di entrambi i motivi di appello sopra dedotti, non sussisterebbero i presupposti dettati dalla disposizione per l’accoglimento della domanda di risarcimento del danno in forma specifica e, quindi, per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra la Stazione appaltante e il Consorzio CMF in data 28 settembre 2022 e per il conseguente subentro del RTI Ferco nell’esecuzione delle relative prestazioni, con la conseguenza che i Capi 11 e 12 della sentenza appellata andrebbero in *parte qua* riformati.

13. Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria del RTI costituendo, si è

costituita con memoria ex art. 101 c.p.a., chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale con specifico riferimento alla interpretazione dell'art. 6.4 del Disciplinare di gara, nell'ipotesi in cui dovesse essere ritenuto, come sostenuto dal Consorzio Stabile CMF, come chiaro *'nel consentire ai consorzi stabili l'utilizzo dei requisiti speciali di partecipazione alla gara delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto'*. La suddetta disposizione di gara, laddove fosse ritenuta consentire l'uso indiscriminato del *'cumulo alla rinfusa'*, risulterebbe manifestamente illegittima per violazione e falsa applicazione degli articoli 45 e 47 d.lgs. n. 50 del 2016.

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

15. Le critiche proposte con il primo mezzo vanno condivise.

15.1. Va premesso in fatto che la controversia concerne il Lotto 3 della procedura aperta telematica, bandita dall'Azienda Trasporti Milanese s.p.a. (in seguito ATM), per l'affidamento del servizio di *facility management* per stabili, stazioni, parcheggi e rotabili di importo a base d'asta di euro 54.194.369,00, oltre IVA, di cui euro 45.900.000,00 per manutenzione a canone, euro 4.600.000,00 per manutenzione extra-canone non soggetta ribasso; euro 3.600.000,00 per quota massima per sistema incentivante, non soggetto a ribasso, ed euro 94.369,00 per oneri interferenza non soggetti a ribasso.

15.2. Con il primo motivo di appello, si contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto le critiche proposte dal RTI Ferco, il quale ha denunciato che il Consorzio Stabile CMF doveva essere estromesso dalla gara, in quanto carente dei requisiti di partecipazione, atteso che: a) il Consorzio aveva dichiarato di partecipare in proprio, senza indicare alcuna consorziata esecutrice; b) per soddisfare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal Disciplinare di gara – e, più precisamente, il requisito di fatturato globale minimo, il requisito relativo all'avvenuta esecuzione di servizi analoghi e il requisito consistente nell'avvenuta esecuzione del servizio di punta – il Consorzio aveva dichiarato di avvalersi dei requisiti delle consorziate non designate utilizzando il meccanismo del *'cumulo alla rinfusa'*.

15.3. La questione all'esame di questa Sezione è: se sia consentito ad un consorzio stabile partecipare ad una gara di appalto di servizi (e forniture), dichiarando, per soddisfare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal disciplinare di gara, di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate *'non designate'* per l'esecuzione del contratto, utilizzando il meccanismo del *'cumulo alla rinfusa'*.

Il Collegio ritiene che al suddetto quesito si debba dare risposta positiva.

15.4. La soluzione della controversia impone l'illustrazione degli istituti e del quadro normativo di riferimento.

Il consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 10, comma 1, lett. c), L. 10 febbraio 1994, n. 109, all'esito di un *'percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese'* nell'esecuzione di commesse pubbliche, che ha visto nel tempo il riconoscimento delle associazioni temporanee di imprese e dei consorzi di cooperative di

produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, dall'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e per i consorzi ordinari dalla l. 17 febbraio 1987, n. 80.

I consorzi stabili sono quei consorzi costituiti tra almeno tre imprese, che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. Si differenziano dai consorzi ordinari, in quanto mentre questi ultimi nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

Secondo la dottrina più attenta, l'istituto del consorzio stabile costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c., e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese.

Il consorzio stabile, pertanto, rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto, pertanto, sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice, sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici.

L'istituto si colloca nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara posti dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria.

L'art. 45, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 afferma: *“Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti... c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa”*.

La giurisprudenza amministrativa e di legittimità li definisce aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Si è precisato che l'elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro la 'comune struttura di impresa' da intendersi quale 'azienda consortile' utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276).

Le considerazioni sopra esposte vanno, invero, supportate da una ulteriore precisazione: non è ravvisabile un rapporto di 'mandato' tra il consorzio stabile e le imprese consorziate.

A tale riguardo, è interessante segnalare la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 1192 del 2018, secondo cui: *“I consorzi stabili, con*

rilevanza esterna, previsti dalla legge n. 109 del 1994, sono enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate, sicchè è il consorzio l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del committente e titolare delle somme riscosse in esecuzione del contratto”.

Secondo la Corte, un aspetto che non può essere messo in discussione riguarda l'autonomia, sul piano giuridico ed organizzativo, del consorzio rispetto alle imprese consorziate, sicchè *“la circostanza che il consorzio stabile costituisce un autonomo soggetto di diritto dotato di autonoma qualificazione e di un patrimonio autonomo (come si desume dalla previsione concernente la responsabilità solidale verso la stazione appaltante) impedisce ogni assimilazione tra consorziate del consorzio stabile e imprese mandanti di raggruppamenti temporanei di imprese, proprio per la ontologica differenza di struttura tra il primo e i secondi, per converso privi di personalità giuridica autonoma”.*

I giudici di legittimità precisano che tra consorzio e consorziate non vi è traccia di un rapporto di ‘mandato’, nel quadro complessivo del rapporto consortile, atteso che *“Il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto il profilo negoziale, nell’assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio, bensì nel momento antecedente all’assegnazione e costituito dalla costituzione e dall’adesione al consorzio, unico atto negoziale contenente l’incarico di stipulare il contratto di appalto per conto delle consorziate e l’ulteriore incarico di determinare di volta in volta a quale tra essere gli appalti assunti dovranno essere assegnati”.*

Dalla natura del rapporto tra consorzio stabile e singole consorziate, nonché dalla peculiare struttura dell’istituto, consegue che l’utilizzo dei requisiti di partecipazione delle singole imprese consorziate non pregiudica la struttura originaria del consorzio che ha partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di distinta qualificazione, stante la ontologica distanza tra la propria soggettività e quella delle imprese consorziate. Va condivisa, infatti, la ricostruzione dell’istituto fatta anche dalla dottrina più attenta, secondo cui *“il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto un profilo negoziale, nell’assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio”.*

Tale atto unilaterale, avente funzione di incarico della consorziata designata, reso al momento della costituzione del consorzio, può bene essere revocato, in quanto ciò non muta la struttura del consorzio stesso, così come il medesimo incarico può essere affidato ad altra impresa, anche in fase di gara, in ipotesi di venir meno dei requisiti della precedente incaricata.

Ne consegue che l’applicazione dell’istituto del ‘cumulo alla rinfusa’ non può essere condizionata dalla scelta del consorzio stabile di servirsi, ai fini della partecipazione alla gara, dei requisiti delle singole imprese consorziate sia che esse siano state ‘designate’ o ‘non designate’ all’esecuzione del contratto.

15.5. La giurisprudenza amministrativa ha sostanzialmente ammesso, in passato, il principio secondo cui i consorzi stabili, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in

forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, si possono giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa' (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964; Cons. stato, 11 dicembre 2020, n. 7943; Cons. Stato sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112).

Come noto, il criterio del 'cumulo alla rinfusa', costituendo un approdo pacifico della giurisprudenza, viene individuato nella possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, dovendosi precisare che, in caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (Cons. Stato, Ad. Plen. 18 marzo 2021, n. 5).

15.6. Di recente, l'indirizzo giurisprudenziale sopra enunciato, a seguito delle modifiche del d.l. n. 32 del 2019, c.d. decreto sblocca – cantieri, è stato ulteriormente chiarito da questa Sezione, con la sentenza n. 7360 del 2022, secondo cui la possibilità di 'qualificazione cumulativa' nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell'opera e all'organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1).

La suddetta pronuncia è stata valorizzata dal Collegio di prima istanza, al fine di sostenere l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'istituto del 'cumulo alla rinfusa' da parte del Consorzio appellante.

Invero, il c.d. decreto sblocca – cantieri ha riformulato l'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilendo che *"I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f) eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorzi indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27 octies sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio e ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto"*. L'indirizzo interpretativo, espresso con la sentenza n. 7360 citata, ha considerato l'operatività del meccanismo del 'cumulo alla rinfusa' solo con riguardo alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo. Al di fuori di tali presupposti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione (artt. 83 e 84 d.lgs. n. 50/2016).

15.7. Il Collegio, invero, ritiene tale approdo argomentativo ormai superato, stante il chiaro tenore letterale dell'art. 225, comma 13, del Nuovo Codice dei Contratti (d.lgs. n. 36 del 2023), il quale ha chiarito, mediante un intervento di interpretazione autentica, il criterio applicativo degli artt. 47, 83 e 216 del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilendo che: *"Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lett. c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e*

dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2- bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti dal bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara”.

La norma è applicabile alla vicenda processuale in esame, avendo natura di interpretazione autentica, dovendosi condividere l'indirizzo giurisprudenziale espresso da questa Sezione con ordinanza n. 1424 del 14.4.2023 (confermato con ordinanza 5 maggio 2023, n. 1761), secondo cui si deve *‘ritenere nella specie applicabile l'art. 225, comma 13, d.lgs. n. 36 del 2023, norma di interpretazione autentica (in quanto tale in vigore dal 1.4.2023, data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, e sottratta la regime di efficacia differita che riguarda altre disposizioni), che disciplina, in via transitoria, l'istituto del ‘cumulo alla rinfusa’.*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha ammesso, in sostanza, in maniera generica e senza limitazioni, il ‘cumulo alla rinfusa’ anche all'art. 67, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ha espressamente previsto che *“per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”.*

Da siffatti rilievi consegue che, nella partecipazione alle gare d'appalto è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto.

Il principio è stato recentemente affermato da questa Sezione, con la sentenza n. 6533 del 4 luglio 2023, in fattispecie in cui il Consorzio CMF appellante ha assunto il ruolo di operatore economico partecipante alla procedura in proprio e cioè *‘in nome e per conto proprio senza indicare alcuna consorziata esecutrice’*, dichiarando di possedere i requisiti di partecipazione attraverso quelli *‘in capo alla propria consorziata non esecutrice... sulla base del c.d. cumulo alla rinfusa’.*

Con la suddetta pronuncia, il Collegio ha affermato che l'art. 225, comma 13, secondo periodo, d.lgs. n. 36 del 2023, autenticamente interpretato (art. 47 comma 2 – bis cit.: *“la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente”*), consente ai consorzi stabili di fare ricorso, in modo generalizzato, al c.d. ‘cumulo alla rinfusa’ ai fini dell'affidamento di servizi e forniture, e dunque di poter bene integrare i requisiti previsti dalla *lex specialis* mediante quelli posseduti dalle proprie

consorziate non esecutrici.

Ne consegue che nessuna censura può essere accolta con riferimento all'art. 6.4. del Disciplinare di gara, disposizione che, al contrario, si pone in linea con il suddetto approdo interpretativo, statuendo che *'I consorzi di cui agli articoli 45, comma 3, lettera c) e 46, comma 1, lettera f) del d.lgs. 50/2016, al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto'*. Pertanto, l'appello incidentale spiegato dal RTI Ferco non può trovare accoglimento.

16. Dai rilievi enunciati consegue che, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale adito, il Consorzio Stabile CMF poteva bene integrare i requisiti per il tramite del 'cumulo alla rinfusa', nei termini indicati, nella specie attuati a mezzo del richiamo dei requisiti posseduti dalle consorziate non designate quale esecutrici.

17. Il secondo e il terzo mezzo, da esaminarsi congiuntamente per connessione logica, sono fondati.

Il Tribunale di prima istanza ha accolto le censure proposte avverso la congruità dell'offerta del Consorzio CMF, con particolare con riferimento: a) al costo del personale, assumendo che è inferiore a quello individuato dalla Stazione appaltante e a quello tabellare, e ritenendo che l'aggiudicatario non ha dimostrato di poter contare su riduzioni in ragione del minor costo che graverebbe sull'azienda in caso di assenteismo; b) al ribasso unico percentuale del 70% sul listino prezzi ATM e del Comune di Milano, per cui la Stazione appaltante non avrebbe tenuto conto *'della limitatezza dei prodotti considerati in sede di giustificazione a fronte della complessità del servizio da aggiudicare e degli ingenti costi che esso comporta'*; c) con riferimento all'utile di commessa, diminuito all'1% del fatturato, in ragione delle perdite complessivamente considerate per le attività extra-canone, che sarebbe *'ancorato a valutazioni meramente ipotetiche'* correlate al riconoscimento della quota massima del sistema incentivante; diminuzione all'1% che rappresenterebbe una riduzione estremamente rilevante, tale da non integrare un *'limitato aggiustamento'* praticabile in sede di verifica dell'anomalia.

17.1. L'assunto argomentativo non è condivisibile.

Va premesso che, secondo l'indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa in materia, il giudizio circa l'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico – discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza dell'operato della stazione appaltante; inoltre, l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, nell'ambito di tale giudizio, rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione (Cons. Stato, n. 3207 del 2020; Cons. Stato n. 4620 del 2021; Cons. Stato n. 4209 del 2021). La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce, pertanto, espressione di un potere discrezionale, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato

di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata, come si è detto, da illogicità, arbitarietà, irragionevolezza, irrazionalità e travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V n. 2269 del 2022; n. 1946 del 2022; n. 939 del 2022; n. 764 del 2022).

Tali evenienze non sono riscontrabili nel caso di specie, in quanto la valutazione di congruità è ampiamente motivata e per nulla affetta da illogicità, irragionevolezza, erroneità o travisamento dei fatti, come risulta dalla approfondita istruttoria svolta dalla Stazione appaltante; ne consegue che dinanzi ad una valutazione tecnica complessa, come quella in esame, il giudice non può sostituire un sistema valutativo differente da quello individuato dall'Amministrazione.

17.1.1. Ciò si evince chiaramente dalle emergenze processuali.

Si rileva dai fatti di causa che la Commissione, preso atto che l'offerta del Consorzio Stabile CMF superava i 4/5 del punteggio totale, ha disposto di chiedere al Consorzio stesso giustificazioni, che sono state rese ed integrate da successivi numerosi chiarimenti sollecitati dalla Stazione appaltante. La Commissione, ricevuti i chiarimenti, con verbale n. 28, ha deciso di convocare il Consorzio per un contraddittorio, a cui è seguita la concessione di un termine per la trasmissione di documentazione integrativa. La valutazione di anomalia, pertanto, è stata svolta in maniera articolata, secondo un dialogo costante tra l'operatore economico e la Stazione appaltante.

Con specifico riferimento al costo del personale, il Tribunale adito ha ritenuto che *“l'aggiudicataria, che ha esposto un costo della manodopera molto inferiore a quello individuato dalla S.A. e inferiore a quello tabellare, non ha dimostrato in concreto di poter contare su riduzioni in ragione del minor costo che graverebbe sull'azienda in caso di assenteismo, limitandosi ad affermazioni del tutto generiche”*.

Orbene, nel corso della verifica di anomalia, la Stazione appaltante ha chiesto chiarimenti in relazione al costo della manodopera, che il Consorzio ha indicato complessivamente in euro 36.383.275,70 euro a fronte di un costo stimato dalla Stazione appaltante di euro 42.831.852,08.

Il Collegio di prima istanza dà atto che nelle prime giustificazioni il Consorzio ha dichiarato di discostarsi dalle Tabelle ministeriali di riferimento in ragione del fatto che i costi orari sono stati rideterminati per alcune condizioni favorevoli e vantaggiose. E rammenta il principio di diritto, più volte ripetuto dalla giurisprudenza in materia, secondo cui lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle Tabelle ministeriali o dai contratti collettivi non comporta di per sé un automatico giudizio di inattendibilità; nondimeno giunge a conclusioni non condivisibili.

Ciò, sia in ragione della genericità delle obiezioni prospettate nel ricorso introduttivo dal RTI Ferco, che si è limitato a supportare le doglianze con un parere, peraltro contestato dal Consorzio appellante, sia perché, a tale riguardo, il giudizio di anomalia svolto dalla Stazione appaltante non è affetto da irragionevolezza, illogicità, incongruità o arbitrarietà, unici parametri che consentono di sindacarne l'esito.

Il Consorzio Stabile CMF ha esibito documentazione giustificativa anche sul profilo dell'assenteismo (v. Relazione *'Giustificazione del Prezzo Relazione Esplicativa'*), dando conto dello scostamento rispetto ai valori contemplati nelle Tabelle ministeriali in rapporto alle prescrizioni del CCNL, e mettendo in evidenza che: a) in caso di assenze per malattia, infortunio e maternità, il datore di lavoro sostiene l'intero costo del lavoratore assente solo nei primi giorni di assenza, e solo per gli eventi di malattia e infortunio, in quanto già a partire dal quarto e quinto giorno INPS e INAIL partecipano in quota crescente alla retribuzione del dipendente assente; b) il CCNL di riferimento prevede una significativa riduzione degli oneri integrativi a carico dell'azienda a fronte di prolungate assenze del lavoratore, sino ad escludere totalmente una qualsivoglia integrazione. Per quanto concerne il trattamento per caso di maternità, il Consorzio ha argomentato che l'art. 52 del CCNL non prevede per il personale con qualifica di operaio alcun trattamento integrativo a carico dell'azienda.

17.1.2. Quanto alle critiche che hanno riguardato il ribasso unico percentuale del 70% sul listino prezzi dell'ATM e del Comune di Milano, le conclusioni rassegnate dal T.A.R. non possono essere confermate.

Il Tribunale adito riferisce in sentenza che il Consorzio ha evidenziato di potere disporre di accordi quadro con due importanti realtà commerciali per la fornitura a banco e ha allegato una tabella recante l'indicazione dei prezzi che potrebbe ottenere in relazione a determinati prodotti, ma contesta la valutazione positiva espressa dalla Stazione appaltante affermando che sarebbe stata svolta sulla base di una rappresentazione limitata a pochi prodotti, pur a fronte della *'complessità del servizio da aggiudicare e degli ingenti costi che esso comporta'*.

Diversamente da quanto sostenuto dal Collegio di prima istanza, rappresenta, argomento contrario e decisivo il contenuto del paragrafo H delle giustificazioni rese dal Consorzio appellante nella *'Relazione del Prezzo Relazione Esplicativa'*, ove si precisa che *"ai fini della formulazione dell'offerta, non essendo individuate a priori le opere di manutenzione straordinaria da remunerarsi extra-canone, abbiano analizzato un campione di voci di opere compiute (fornitura con posa) ritenute più giustificative del Prezziario del Comune di Milano ed. 2018 e riconducibili alle categorie di lavorazioni opere edili, impianti idrocosanitari ed impianti elettrici. Dall'analisi effettuata e contenuta nelle schede di analisi EPU allegate risulta una marginalità, intesa come differenza tra prezzo di listino e costo puro delle lavorazioni (manodopera forniture, noli e trasporti) di circa il 60%"*. Con riferimento a questa specifica voce, il Consorzio CMF ha fornito ulteriori precisazioni integrative a chiarimento delle analisi indicate nelle schede EPU con la Relazione denominata *'Ulteriori precisazioni sulla giustificazione del prezzo'*.

Ne consegue che, anche con riguardo a tale specifico aspetto, non si rilevano aspetti di irragionevolezza, incongruità e illogicità nella valutazione effettuata dalla Stazione appaltante

nell'ambito del giudizio di anomalia.

17.1.3. Infine, vanno accolte le censure alla sentenza impugnata sull'utile di commessa, nella parte in cui evidenzia che il Consorzio Stabile CMF avrebbe conseguito un margine di utile molto ridotto (1%) collegato ad un elemento ipotetico costituito dal sistema incentivante.

Il Tribunale amministrativo adito ha ritenuto la riduzione dell'utile di commessa *'rilevante'* perché non idoneo ad integrare un *'limitato aggiustamento praticabile in sede di verifica dell'anomalia'*, precisando che in ogni caso affiderebbe *'la realizzazione dell'utile ad una particolare voce, quale il sistema incentivante'*, ipotizzando *'di poter ottenere il pieno riconoscimento della quota massima del sistema incentivante, pari a 3600.000.00 euro'* cioè ad un *'elemento ipotetico'* alla luce della *lex specialis* della gara.

Questa Sezione rammenta, come già sopra precisato, che la valutazione dell'anomalia dell'offerta consiste in un giudizio di natura spiccatamente discrezionale (Cons. Stato n. 3811 del 2023), sicchè, tenendo conto di tale presupposto, la valutazione della Stazione appaltante, nella specie, non presenta profili di irragionevolezza o di irrazionalità, considerato che l'importo stanziato a titolo di sistema incentivante identifica una componente dell'offerta economica, che concorre a definire l'importo complessivo del Lotto 3 nella misura non soggetta a ribasso, pari ad euro 3.600,000 più IVA.

Il Disciplinare di gara ha, infatti, specifica che *'l'importo complessivo offerto, espresso in cifre e in lettere, corrispondente alla somma del canone totale, di euro 4.600.000,00 + IVA per le attività extra – canone, di euro 3.600.000,00 + IVA per la quota massima per sistema incentivante e euro 94. 369.00 + IVA per gli oneri da interferenza'*, pertanto va condivisa la tesi difensiva sostenuta dal Consorzio appellante e dall'Azienda Trasporti Milanese, i quali hanno evidenziato, correttamente, come il concorrente possa fare affidamento sul sistema incentivante, in quanto componente *'fissa'* e, quindi, non soggetta a ribasso del corrispettivo, per cui tutti concorrenti la possono legittimamente considerare nella rispettiva offerta economica. Appare ragionevole ritenere che se il Disciplinare ha stabilito che la presentazione dell'offerta economica possa avvenire computando espressamente la componente fissa e, quindi, non soggetta a ribasso, costituita dal sistema incentivante, allora non vi è dubbio che lo stesso Disciplinare possa avere consentito alla Stazione appaltante di ritenere tale componente anche ai fini della valutazione di congruità dell'offerta.

In definitiva, il giudizio positivo reso dalla Stazione appaltante nell'ambito del procedimento di valutazione dell'anomalia non evidenzia profili di incongruità, illogicità o irragionevolezza, da cui è conseguito il risultato di ritenere complessivamente affidabile ed economicamente sostenibile l'offerta presentata dal Consorzio Stabile CMF.

17.2. Va, pertanto, conseguentemente accolto anche il terzo mezzo, con cui è stata contestata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 122 c.p.a. non ravvisandosi, in ragione della legittimità dell'aggiudicazione, i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno in forma specifica.

18. In definitiva, l'appello principale va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza

impugnata, va respinto il ricorso di primo grado proposto dalla società Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria del costituendo RTI. In ragione dei rilievi espressi in relazione al primo motivo di appello, va respinto l'appello incidentale spiegato dal RTI Ferco.

19. La complessità delle questioni trattate e il sopraggiunto intervento normativo d'interpretazione autentica giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo proposto dalla società Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria del costituendo RTI con Fulgens s.r.l. e Consorzio Innova soc. coop. (mandanti).

Rigetta l'appello incidentale proposto dalla società Ferco s.r.l., in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria del costituendo RTI.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2023.