

Publicato il 15/02/2023

N. 00397/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00552/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 552 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Ferco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Trasporti Milanesi Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Cmf, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Cristiana Carpani, Franco Mastragostino, Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale del 08/02/2022, trasmesso alla ricorrente con comunicazione di pari data, con il quale l'Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. ha aggiudicato al Consorzio Stabile CMF il Lotto 3 della «procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di facility management per stabili, stazioni, parcheggi e rotabili» (appalto n. 3600000039 – Lotto 3 CIG 8016693059);

- di tutti i verbali delle sedute di gara e segnatamente del verbale n. 1 del 18/12/2019, n. 2 del 18/12/2019 ; n. 3 del 30/12/2019; n. 4 del 10/01/2020; n. 5 del 24/01/2020; n. 6 del 29/01/2020; n. 7 del 03/02/2020; n. 8 del 14/05/2020; n. 9 del 24/06/2020; n. 10 del 21/07/2020; n. 11 del 07/08/2020; n. 12 del 18/09/2020; n. 13 del 21/12/2020; n. 14 del 24/03/2021; n. 15 del 09/04/2021; n. 16 del 12/05/2021; n. 17 del 20/05/2021 (doc. 19); n. 18 del 04/06/2021; n. 19 del 25/06/2021; n. 20 del 30/06/2021; n. 21 del 09/07/2021; n. 22 del 21/07/2021; n. 23 del 21/07/2021; n. 24 del 21/07/2021; n. 25 del 09/09/2021; n. 26 del 28/09/2021; n. 27 del 10/11/2021; n. 28 del 14/12/2021; n. 29 del 29/12/2021, del verbale dell'incontro in contraddittorio del 17/12/2021, nonché della comunicazione di esito di anomalia e proposta di aggiudicazione del 01/01/2022;

- del provvedimento di nomina della commissione di gara, non noto alla deducente;

- del provvedimento di indizione della gara/determina a contrarre, non noto alla deducente;

- del bando e del disciplinare di gara e, più precisamente, dell'articolo 7 recante «modalità di aggiudicazione»;

- nonché di ogni altro provvedimento allo stesso connesso e/o collegato e/o riconducibile;

e per la condanna

dell'Ente resistente al risarcimento in forma specifica ovvero, in via subordinata, per equivalente economico nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa

nonché,

per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, con conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del D. Lgs. n. 104/2010 ed espressa richiesta di subentro nel contratto.

2) Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti presentato da Ferco S.r.l. il 29/3/2022:

- dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo;
- della nota del 14/03/2022 con la quale ATM ha comunicato l'avvenuta rideterminazione della graduatoria Lotto 3;

3) Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti presentati da Ferco S.r.l. il 4/4/2022:

per l'annullamento, previa sospensione

- del verbale del 08/02/2022, trasmesso alla ricorrente con comunicazione di pari data, con il quale l'Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. (ATM) ha aggiudicato al Consorzio Stabile CMF il Lotto 3 della «procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di facility management per stabili, stazioni, parcheggi e rotabili» (appalto n. 3600000039 – Lotto 3 CIG 8016693059);

- di tutti i verbali delle sedute di gara e segnatamente del verbale n. 1 del 18/12/2019 (doc. 3), n. 2 del 18/12/2019; n. 3 del 30/12/2019; n. 4 del 10/01/2020 ; n. 5 del 24/01/2020; n. 6 del 29/01/2020 ; n. 7 del 03/02/2020; n. 8 del 14/05/2020; n. 9 del 24/06/2020 ; n. 10 del 21/07/2020 ; n. 11 del 07/08/2020 ; n. 12 del 18/09/2020; n. 13 del 21/12/2020 ; n. 14 del 24/03/2021 ; n. 15 del 09/04/2021 ; n. 16 del 12/05/2021; n. 17 del 20/05/2021; n. 18 del 04/06/2021; n. 19 del 25/06/2021; n. 20 del 30/06/2021; n. 21 del 09/07/2021; n. 22 del 21/07/2021; n. 23 del 21/07/2021; n. 24 del 21/07/2021; n. 25 del 09/09/2021 ; n. 26 del 28/09/2021 ; n. 27 del 10/11/2021; n. 28 del

14/12/2021 ; n. 29 del 29/12/2021, del verbale dell'incontro in contraddittorio del 17/12/2021, nonché della comunicazione di esito di anomalia e proposta di aggiudicazione del 01/01/2022;

- del provvedimento di nomina della commissione di gara, non noto alla deducente;

- del provvedimento di indizione della gara/determina a contrarre, non noto alla deducente;

- del bando e del disciplinare di gara e, più precisamente, dell'articolo 7 recante «modalità di aggiudicazione»;

- della nota del 14/03/2022 con la quale ATM ha comunicato l'avvenuta rideterminazione della graduatoria Lotto 3.

- nonché di ogni altro provvedimento connesso;

e per la condanna

dell'Ente resistente al risarcimento in forma specifica ovvero, in via subordinata, per equivalente economico nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa,

nonché,

per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, con conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del D. Lgs. n. 104/2010 ed espressa richiesta di subentro nel contratto

4) Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Consorzio Stabile Cmf il 4/4/2022:

- del verbale di gara n. 6 del 29.1.2020, nella parte in cui la Commissione ha verificato la documentazione amministrativa presentata dalla società Ferco S.r.l. in RTI costituendo con Lancar S.r.l., Fulgens S.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop.;

- del verbale di gara n. 15 del 9.4.2021, nella parte in cui la Commissione ha ammesso alle successive fasi della procedura il costituendo RTI tra Ferco S.r.l.,

Fulgens S.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop. per il Lotto 3;

- del verbale di gara n. 17 del 20.5.2021 con cui la Commissione ha dato atto che il costituendo RTI tra Ferco S.r.l., Fulgens S.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop. per il Lotto 3 è stato ammesso in prima battuta alle successive fasi della Gara come comunicato con esito del 14 aprile 2021 pubblicato sul sito della S.A.;

- di tutti i verbali di gara, nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti alla procedura nella sola parte in cui hanno omesso di procedere all'esclusione del costituendo RTI tra Ferco S.r.l., Fulgens S.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop. per il Lotto 3 collocandolo inizialmente al sesto posto della graduatoria del Lotto 3, ivi compresi il verbale di aggiudicazione del Lotto n. 3 in data 8.2.2022, nonché la comunicazione in data 14 marzo 2022 di rideterminazione della graduatoria del Lotto n. 3, quest'ultimo, in particolar modo, nella parte in cui colloca il costituendo RTI tra Ferco S.r.l., Fulgens S.r.l. e Consorzio Innova Soc. Coop. al secondo posto, in luogo di disporre l'esclusione dalla Gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Trasporti Milanesi Spa e di Consorzio Stabile CMF;

Visto il ricorso incidentale presentato da Consorzio Stabile CMF

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2023 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 depositata in giudizio emerge che:

- l'Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. (ATM) ha indetto 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 € 144.989.630,00;

- quanto al lotto 3 – cui si riferisce il presente giudizio – esso è di valore pari ad € 54.194.369,00 e ha 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 hanno preso parte anche il RTI composto da Ferco (mandataria), Fulgens S.r.l. e Consorzio Innova soc. coop (mandanti), nonché il Consorzio Stabile CMF;

- all'esito della valutazione delle offerte tecniche del lotto 3 la commissione ha assegnato 66 punti al Consorzio Stabile CMF e 67 punti al ricorrente RTI Ferco, mentre in relazione alle offerte economiche ha assegnato 25,882 punti al RTI Ferco e 30,000 punti al Consorzio Stabile CMF;

- il Lotto 3 è stato aggiudicato al Consorzio Stabile CMF con 96,000 punti complessivi, mentre il RTI Ferco si è collocato al sesto posto con 92,882 punti complessivi:

- a seguito della rideterminazione del punteggio ad opera della stazione appaltante, effettuata in data 14 marzo 2022, il RTI Ferco ha ottenuto il punteggio complessivo di 95,882 punti, collocandosi al secondo posto della graduatoria;

- la stazione appaltante ha stipulato il contratto con il Consorzio Stabile CMF in data 28 settembre 2022.

2) Quanto all'ordine di esame delle impugnazioni proposte, il Tribunale evidenzia che il ricorso principale e i due successivi ricorsi per motivi aggiunti sono diretti a contestare la mancata esclusione dell'aggiudicataria sia per difetto dei requisiti di partecipazione, sia per anomalia dell'offerta.

Anche il ricorso incidentale ha portata escludente, poiché è diretto a censurare l'ammissione alla procedura del RTI Ferco.

Resta ferma l'esigenza di esaminare, in linea di principio, entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti, indipendentemente dal numero di operatori

partecipanti alla procedura (cfr. Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019 C-333/18, Lombardi), poiché, in primo luogo, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura, inoltre, nell'ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2022, n. 1536).

Nondimeno, il ricorso incidentale non deve essere esaminato per primo quando anche il ricorso principale deduca vizi escludenti avverso l'offerta aggiudicataria, perché in tale contesto le parti vantano un interesse "equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare" (cfr. giur. cit.).

Viceversa - ma tale ipotesi non si configura nel caso di specie - se con il ricorso incidentale si contesti la legittimazione ad agire del ricorrente principale, che, dal proprio canto, si limiti alla contestazione nel merito dell'esito della gara, riemerge la regola della necessaria trattazione preliminare del ricorso incidentale (cfr. ex multis Tar Campania sez. I, 3 gennaio 2022, n. 42).

Va, inoltre, precisato che mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale escludente non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale parimenti escludente, viceversa l'eventuale infondatezza di quest'ultimo potrebbe determinare l'improcedibilità del primo, proposto dall'aggiudicatario.

Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (rectius: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) dell'aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

Pertanto devono essere esaminate con precedenza le impugnazioni proposte dalla ricorrente principale.

3) Preliminarmente deve essere dichiarata l'inammissibilità del primo ricorso per motivi aggiunti, diretto a contestare l'atto con il quale la Stazione appaltante ha rideterminato il punteggio in senso favorevole al RTI Ferco, collocandolo al secondo posto della graduatoria.

La ricorrente sostiene che la determinazione assumerebbe il valore di una conferma tacita dell'aggiudicazione in favore del Consorzio controinteressato.

La tesi è priva di fondamento.

La rideterminazione del punteggio è un atto endoprocedimentale, che incide sulla collocazione in graduatoria della ricorrente e degli altri operatori che la precedevano.

Essa non reca neppure implicitamente una conferma dell'aggiudicazione, poiché il suo oggetto è riferibile esclusivamente alla rideterminazione del punteggio assegnato al RTI Ferco, senza toccare la posizione dell'operatore collocatosi al primo posto.

Ne deriva che la contestazione non è supportata da un concreto interesse, perché afferente ad un atto privo di attitudine lesiva per la ricorrente e non incidente sulla posizione dell'aggiudicatario.

4) E' improcedibile il primo motivo di impugnazione proposto con il ricorso principale.

Invero, la ricorrente lamenta la mancata assegnazione di tre punti in suo favore in dipendenza del possesso del rating di legalità.

In sede di rideterminazione del punteggio l'amministrazione ha riconosciuto di essere incorsa in un errore ed ha rettificato la graduatoria in favore del RTI Ferco, collocandolo al secondo posto.

Ne deriva che Ferco srl non è più portatrice di un interesse all'esame della censura, che, pertanto, deve essere dichiarata improcedibile.

5) In relazione ai profili di illegittimità complessivamente dedotti dalla ricorrente con le impugnazioni proposte, il Tribunale ritiene di esaminare

prioritariamente, per ragioni di precedenza logica, la censura con la quale contesta l'ammissione alla gara del controinteressato per difetto dei requisiti di partecipazione.

La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 47, comma 1, del d.l.vo 2016 n. 50, in quanto l'aggiudicatario ha 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.

Il motivo è fondato.

L'art. 6.1.3 del disciplinare richiede che l'operatore dimostri di aver realizzato, in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione della presente procedura, a dimostrazione della capacità economico finanziaria, un fatturato globale minimo annuo pari, per il Lotto 3, a € 27.100.000,00 + IVA.

L'art. 6.1.4 prevede che gli operatori partecipanti abbiano eseguito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, in relazione al Lotto 3: a) pulizie civili e/o industriali per un importo complessivo almeno pari a € 2.000.000,00 + IVA; b) pulizie di rotabili per un importo complessivo almeno pari a € 8.400.000 + IVA; c) servizi di manutenzione edile ed impiantistica per un importo complessivo almeno pari a € 1.075.000,00 + IVA.

Infine, l'art. 6.1.5 prescrive che l'operatore abbia eseguito, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, per il lotto per il quale si intende presentare offerta e per ogni tipologia di servizio inerente al medesimo lotto, almeno un contratto di importo complessivo pari al 50% degli importi sopra riportati.

Il Consorzio ha 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: 1) il fatturato globale delle consorziate non

esecutrici, di cui al punto 6.1.3, si evince dall' "Allegato Fatturato Globale"; 2) i contratti della consorziata non esecutrice che soddisfano i requisiti di cui al punto 6.1.4. e 6.1.5. si evincono dall'allegato "Elenco principali servizi" (cfr. DGUE e correlate dichiarazioni, presenti in atti).

Si tratta di stabilire se il dichiarato cumulo alla rinfusa sia coerente con la normativa di riferimento.

L'art. 47 del d.l.vo 2016 n. 50 disciplina i "requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare".

Nella versione vigente – conseguente alle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, c.d. "decreto sblocca-cantieri" e applicabile *ratione temporis* alla procedura in esame - il primo comma della norma stabilisce che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere "posseduti e comprovati dagli stessi" con le modalità previste dal codice, "salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

La norma prosegue prevedendo al comma 2 che i consorzi stabili eseguono le prestazioni o "con la propria struttura" o "tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante"

La stessa disposizione aggiunge che "per i lavori", ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni saranno stabiliti "con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies".

Il successivo comma 2 bis aggiunge, per quanto di interesse nel presente giudizio, che "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”.

E' noto al Tribunale che, con riferimento ai consorzi stabili, sono presenti due diversi orientamenti interpretativi a livello giurisprudenziale in ordine ai limiti entro i quali è legittimo il cumulo alla rinfusa, al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione.

Il primo orientamento è favorevole alla permanente operatività del cumulo, nonostante la novella introdotta dal d.l. 2019 n. 32.

Si sostiene, in sintesi, che la praticabilità del cumulo alla rinfusa sarebbe ancora possibile per gli appalti di servizi e forniture in ragione del comma 2 bis del citato art. 47, che, proprio in relazione a questi due settori, avrebbe introdotto una disciplina ad hoc, tesa ad escludere il limite posto dal comma 1, che legittima il cumulo alla rinfusa solo per le attrezzature, i mezzi d'opera e l'organico medio annuo.

Tale interpretazione sarebbe coerente con la ratio proconcorrenziale che sottende la disciplina dei consorzi stabili e con la relazione illustrativa della legge di conversione del D.L. n. 32/2019, la quale, in tesi, confermerebbe “che la volontà del legislatore era quella di mantenere, anzi, potenziare l'operatività del meccanismo del cumulo alla rinfusa”, nella dichiarata prospettiva della “operatività e sopravvivenza di tale strumento proconcorrenziale” (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588; T.A.R. Lazio, Sez. II quater, 7 aprile 2022, n. 4082).

Il Tribunale ritiene maggiormente aderente al dato letterale e coerente con il quadro sistematico la tesi opposta, che, anche in relazione ai servizi e alle forniture, limita il cumulo alla rinfusa ai soli requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

L'orientamento interpretativo da ultimo richiamato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360; Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Tar Lazio, sez. I, 7 dicembre 2020, n. 13049) evidenzia che, sul piano letterale, il primo comma dell'art. 47 è chiaro nel consentire il cumulo solo con

riferimento a determinati requisiti, ossia attrezzature, mezzi e organico medio, stabilendo che, al di fuori di questo ambito, i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti direttamente dal consorzio stabile e non per il tramite delle imprese consorziate (vale precisare che tale orientamento è espresso, seppure in obiter dictum, anche da Consiglio di Stato, ad. pl. 18 marzo 2021, n. 5).

La norma non delimita il suo ambito di applicazione ai lavori, ma è di carattere generale, perché non reca alcuna delimitazione applicativa, sicché va riferita anche ai servizi e alle forniture.

Non solo, è stata espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, in forza della quale “il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”.

Questa norma non prevedeva alcuna distinzione tra imprese designate e non designate per l'esecuzione delle prestazioni, sicché aveva legittimato un'interpretazione ampia e generalizzata del cumulo dei requisiti c.d. “alla rinfusa”.

La soppressione della disposizione richiamata, unitamente al tenore letterale dell'art. 47, conducono a superare l'orientamento ampliativo e a restringere la praticabilità del cumulo ai soli requisiti menzionati nel comma 1 dell'art. 47.

Anche l'argomento della finalità proconcorrenziale, che giustificerebbe l'interpretazione estensiva, non è dirimente.

Invero, come rilevato dalla citata giurisprudenza, la finalità di favorire la concorrenza è insita nella possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, indipendentemente dall'operatività del cumulo alla rinfusa.

Anche il secondo comma dell'art. 47 supporta l'interpretazione restrittiva.

In primo luogo va osservato che anche questa disposizione, come il primo comma, non ha un ambito di applicazione riservato al settore dei lavori, sicché è di portata generale e va riferita anche ai servizi e alle forniture.

La norma stabilisce che i consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò

costituisca subappalto; la disposizione non prevede più la possibilità di ricorrere all'avvalimento ai fini dell'utilizzazione dei requisiti posseduti dalle imprese consorziate non designate come esecutrici.

Pertanto, dal coordinamento tra il primo e il secondo comma deriva che (cfr. giur cit.): a) i consorzi stabili che intendano eseguire le prestazioni “con la propria struttura” devono dimostrare (e comprovare con le modalità ordinarie) il possesso, in proprio, dei “requisiti di idoneità tecnica e finanziaria” per l'ammissione alle procedure di affidamento, 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 all'esecuzione; b) essi possano, alternativamente, affidarsi (senza che ciò costituisca subappalto) alle imprese consorziate, all'uopo indicate in sede di gara, che ne risultano corresponsabili.

Quanto alla portata del comma 2 bis dell'art. 47, la tesi estensiva ritiene che la norma abbia un ruolo centrale nella soluzione del problema, in quanto si tratterebbe di una disciplina speciale, relativa ai servizi e alle forniture, che legittimerebbe il cumulo alla rinfusa oltre i limiti posti dal primo comma, perché prevede che la sussistenza dei requisiti possa essere verificata in capo ai singoli consorziati.

Quella prospettata non è l'unica interpretazione possibile, perché la norma può essere collocata nel contesto del complessivo art. 47 senza derogare ai primi due commi, che, come già evidenziato, presentano un ambito applicativo generale.

In particolare, fermi restando sia la praticabilità del cumulo solo per attrezzature, mezzi d'opera ed organico medio annuo, sia il fatto che il consorzio stabile possa eseguire le prestazioni in proprio o per il tramite delle consorziate designate, la norma si limita a precisare, in relazione ai servizi e alle forniture, che, qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest'ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito

di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest'ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito.

Come precisato dalla giurisprudenza citata e qui condivisa (cfr. in particolare Consiglio di Stato, sez. V, n. 7360/2022) il quadro normativo complessivo evidenzia che:

a) la possibilità di “qualificazione cumulativa”, nell’ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d’opera e all’organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1);

b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d’opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell’impresa consorziata, che autorizzerebbe – di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo con cooperazione qualificatoria – un’implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);

c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualificano in proprio, possono eseguire la prestazione, oltreché con la propria struttura, anche per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara – seppur circostanziata – prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe – nella ricostruzione di Consiglio di Stato, ad. plen. n. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione dell’art. 47, comma 2 - di “una forma di avvalimento attenuata dall’assenza di responsabilità”, espressione non puntuale sul piano tecnico ma che esprime e sintetizza un condivisibile corollario di sistema;

d) in alternativa, il consorzio può designare per l'esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate, che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.);

e) in tale ultimo caso è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione.

Vale ribadire che tale impostazione conserva anche la finalità proconcorrenziale, che è insita nella struttura stessa del consorzio stabile e che risulta realizzata anche in ragione del fatto che le consorziate, non indicate come esecutrici, possono eseguire le prestazioni allorché il consorzio, che partecipa e si qualifica in proprio, si "avvalga" di esse in sede di esecuzione.

Ne deriva che la qualificazione del Consorzio aggiudicatario, basata sul cumulo alla rinfusa, è illegittima per violazione dell'art. 47 del d.l.vo 2016 n. 50, con conseguente fondatezza della censura in esame.

Vale precisare che la ricorrente, sempre con il secondo ricorso per motivi aggiunti, impugna anche l'art. 6.4 del disciplinare se inteso come diretto a consentire il cumulo dei requisiti alla rinfusa, ossia al di là dei limiti posti dall'art. 47, comma 1.

L'art. 6.4 prevede che, ai fini della qualificazione, i consorzi stabili 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".

La norma non reca una chiara scelta di campo e si presta ad essere interpretata in coerenza con il citato art. 47; sicché il richiamo ai requisiti posseduti dalle consorziate va riferito a quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo.

Pertanto, la censura rivolta avverso la norma del disciplinare appena richiamata deve essere respinta.

6) I motivi, formulati tanto nel ricorso principale, quanto nel secondo ricorsi per motivi aggiunti, diretti a censurare la valutazione di anomalia sono fondati nei termini che seguono.

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

Nelle prime giustificazioni il Consorzio ha dichiarato di discostarsi dalle tabelle ministeriali di riferimento, sicché i costi orari sono stati rideterminati in ragione di alcune condizioni indicate come vantaggiose per la ricorrente.

Sul punto la ricorrente sostiene che in caso di assenze per malattia infortunio e maternità i costi a carico dell'azienda sarebbero ridotti del 40%, mentre il 60% sarebbe a carico dell'Ente previdenziale.

Come è noto, 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 le tabelle ministeriali assolvono ad una funzione di parametro di riferimento del quale è possibile discostarsi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa spettante all'operatore economico aggiudicatario,

Le imprese partecipanti ben possono offrire un prezzo che contempli un costo del lavoro più basso rispetto ai valori indicati nelle tabelle di riferimento, ma, in tal caso, esse devono fornire adeguate giustificazioni circa la sostenibilità degli importi proposti; nel subprocedimento di anomalia dell'offerta, l'aggiudicataria è gravata dell'onere di giustificare i costi proposti e, a maggior ragione, tale prova puntuale e rigorosa è richiesta quando il costo del lavoro non è coincidente con quello medio tabellare (cfr. ex multis

Consiglio di Stato, sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9411; Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2020, n. 7554).

Nel caso di specie, l'aggiudicataria, che ha esposto un costo della manodopera molto inferiore a quello individuato dalla stazione appaltante 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.

Non va poi dimenticato che in caso di legittima assenza del lavoratore restano a carico dell'azienda anche i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2815).

Sempre in sede di verifica di anomalia, l'amministrazione ha chiesto giustificazioni a supporto del ribasso unico percentuale pari al 70% da applicare al listino prezzi Atm e al listino prezzi del Comune di Milano e dichiarato dal Consorzio in sede di offerta.

La controinteressata ha evidenziato di poter 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.

Sul punto la valutazione positiva resa dalla stazione appaltante non tiene 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.

Non solo, la stazione appaltante ha evidenziato che la percentuale di sconto del 70% consente all'amministrazione - fermo restando l'importo massimo annuo delle attività extracanonone fissato in 1.150.000,00 euro, fissato sulla base del prezzo al lordo del ribasso offerto - di affidare interventi extracanonone per un importo tre volte maggiore di quello suindicato, sino cioè a 3.883.000,00 euro.

E ancora, proprio la stazione appaltante, a fronte delle prime giustificazioni fornite, ha evidenziato in senso critico che, a fronte di ricavi dichiarati per

1.150.000,00 euro, i costi sostenuti al netto del ribasso del 70% ammontano a 1.265.000,00 euro, con conseguente emersione di una perdita di 115.000 euro per anno, cui corrisponde una perdita complessiva per i 4 anni di durata contrattuale pari ad euro 460.000.

Sul punto il Consorzio, oltre a confermare i valori indicati dall'amministrazione, in relazione sia alla perdita complessiva, sia all'ammontare totale degli interventi extracanone, che, per effetto dello sconto del 70%, potrà ottenere la stazione appaltante, si è limitato ad affermare che la perdita è stata già considerata nel "quadro economico complessivo allegato ai primi giustificativi inviati" (cfr. giustificazioni in atti).

Nelle ultime precisazioni fornite, il Consorzio, che in sede di offerta aveva esposto un utile complessivo pari a 1.500.000 euro, ha ridotto tale voce, in ragione delle perdite complessivamente da considerare in relazione alle attività extracanone, all'importo di 440.000 euro pari all'1% del fatturato complessivo di commessa.

Inoltre, va osservato che l'aggiudicataria affida la realizzazione dell'utile ad un particolare voce, quale il "sistema incentivante" collegato al Customer Satisfaction; in altre parole, al fine di giustificare l'offerta, il Consorzio ipotizza di poter ottenere il pieno riconoscimento della quota massima del sistema incentivante, pari a 3.600.000 euro.

Vero è, come evidenzia il Consorzio CMF, che la componente quota massima incentivante integra una voce che concorre a determinare il valore complessivo del lotto 3; nondimeno resta fermo che il riconoscimento del sistema incentivante dipende da fattori tutt'altro che certi, quali gli indici di soddisfazione da parte dei clienti interni e da parte degli utenti finali, come riconosciuto dallo stesso Consorzio (cfr. art. 7 del capitolato).

L'art 7.5 del capitolato prevede espressamente che "la soddisfazione dell'utente finale (Customer Satisfaction, CS) ... è calcolata attraverso sondaggi affidati a una società demoscopica esterna", mentre l'art. 7.5.3, relativo al sistema di valutazione, introduce un "indice aggregato", precisando

che, se l'indice è minore del 90%, non si applicherà alcun incentivo, che invece verrà riconosciuto per percentuali maggiori e in dipendenza del valore delle percentuali stesse.

E' evidente che la possibilità di ottenere il riconoscimento della quota massima del sistema incentivante non integra un dato certo, ma un elemento ipotetico.

Ne deriva che il conseguimento dell'utile, che dopo la forte riduzione operata dal Consorzio in sede di giustificazioni, ammonta all'1% del fatturato di commessa è ancorato a valutazioni meramente ipotetiche.

E' ormai acquisto in giurisprudenza il principio per cui il giudizio di anomalia costituisce una valutazione complessiva e globale sull'attendibilità e serietà dell'offerta presentata, da intendere in termini di effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte (cfr. ex multis T.A.R. Lazio, sez. III, 8 febbraio 2021, n. 1595).

In tal senso le giustificazioni fornite devono essere ancorate ad elementi certi e verificabili, poiché l'offerta può subire limitati aggiustamenti in taluni dei suoi elementi, ma resta fermo il principio per cui, una volta presentata, l'offerta non è suscettibile di una radicale, arbitraria ed indiscriminata modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, quand'anche venga tenuto fermo l'importo finale offerto (cfr. tra le tante T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927).

Nel caso di specie tali parametri non risultano rispettati, in quanto la stazione appaltante ha ritenuto coerenti gli scostamenti tabellari del costo della manodopera sulla base della mera deduzione di elementi che non risultano supportati sul piano probatorio.

Non solo, il Consorzio, pur dichiarando che la perdita evidenziata dall'amministrazione in sede di verifica era già compresa nel "quadro economico complessivo", ha dovuto abbattere l'utile nel quadriennio, passando da 1.500.000 euro a 440.000 euro.

Il dato non è rilevante per la percentuale in sé di utile che comunque dovrebbe residuare – pari all'1% - ma perché, da un lato, si tratta di una riduzione estremamente rilevante, tale da non integrare un “limitato aggiustamento” praticabile in sede di verifica di anomalia (sul punto la giurisprudenza è consolidata, si veda ad esempio T.A.R. Lazio, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927), dall'altro, la conservazione dell'utile pur ridotto dipende da elementi tutt'altro che certi, perché collegati agli indici di soddisfazione dei clienti interni e degli utenti finali.

Va ribadito l'orientamento che, in ordine all'incidenza dell'inattendibilità di singole voci che compongono l'offerta, afferma la rilevanza delle “voci che, per importanza ed incidenza, rendono l'intera operazione economica implausibile e inaccettabile dall'amministrazione, perché insidiata da indici di carente affidabilità” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 22 marzo 2021, n. 2473; Tar Lazio, sez. II, 9 aprile 2021 n. 4204).

In definitiva, la valutazione positiva di anomalia resa dalla stazione appaltante non è ancorata a risultanze istruttorie che siano idonee a giustificarla e ciò evidenzia la fondatezza del motivo in esame.

7) Con un'altra censura la ricorrente contesta la *lex specialis* nella parte in cui ha previsto per l'attribuzione del punteggio tecnico anche dei criteri on/off.

La censura non può essere condivisa.

Va precisato che la questione è già stata esaminata dal Tribunale, in relazione alla *lex specialis* di cui si tratta, con sentenza n. 1010/2020, depositata in data 8 giugno 2020, su ricorso proposto da Lancar srl; decisione confermata in appello dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 4301/2021, depositata in data 7 giugno 2021.

Non vi sono ragioni fattuali o giuridiche per modificare la valutazione già espressa dal Tribunale, che osserva quanto segue:

- l'art. 95 del d.l.vo 2016 n. 50 affronta il rapporto tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e il criterio del prezzo più basso, evidenziando la residualità di quest'ultimo – in particolare commi 3 e 4 –

nonché prevedendo un tetto massimo alla rilevanza attribuibile al criterio economico, che non può eccedere il 30%, in base al comma 10 bis (cfr. in argomento T.A.R. Liguria, sez. II, 27 dicembre 2019, n. 1024);

- ne deriva, in generale, che, quando sia prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la concreta articolazione dei criteri e dei relativi punteggi deve essere tale da conservare la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, senza neutralizzarla con parametri esclusivamente tabellari;

- in tale contesto si inseriscono i criteri c.d. on/off, che introducono un'alternativa secca tra attribuzione del punteggio pieno, in caso di offerta di un particolare elemento e punteggio pari a zero in caso di mancanza di detto elemento;

- il criterio on/off si caratterizza, quindi, per il fatto di escludere qualunque graduazione del punteggio tra il minimo e il massimo;

- si tratta di una metodologia che di per sé non è illegittima, perché l'art. 95 cit. stabilisce che la ponderazione relativa a ciascuno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica avvenga "anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato";

- nondimeno, il problema è quello di stabilire il limite all'utilizzabilità del criterio on/off che, se impiegato in modo preponderante, potrebbe rendere irrilevanti i profili qualitativi dell'offerta, contraddicendo la previsione del bando che fissa il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in luogo del minor prezzo;

- nel caso di specie, il bando articola i criteri di valutazione dell'offerta tecnica in subcriteri, prevedendo nel complesso l'attribuzione di 70 punti;

- nell'ambito dell'articolazione in subcriteri solo 15 punti complessivi sono assegnabili sulla base di un'alternativa secca di tipo on/off;

- gli ulteriori 55 punti sono distribuiti sulla base di una articolata graduazione dei punteggi tra un minimo e un massimo, con previsione di valori intermedi, correlati a specifici profili tecnici;

- tale modus procedendi non contrasta con la scelta effettuata per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto non si sostanzia nella previsione di criteri rigidi di tipo quantitativo, ma nell'articolazione di subpunteggi predeterminati, che valorizzano i diversi profili tecnici delle offerte e consentono di premiare quelle che presentano un maggior pregio tecnico;

- del resto la giurisprudenza ha precisato che **“il metodo di attribuzione si/no, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso. Ciò significa che comunque la valutazione dell'offerta ha tenuto conto della componente tecnica”** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094);

- non solo, in relazione a taluni dei criteri previsti, il bando prevede la produzione di una descrizione esaustiva a corredo dell'offerta tecnica, correlando ad essa e al suo contenuto il punteggio attribuibile;

- si tratta di un profilo che valorizza la discrezionalità tecnica della stazione appaltante, cui è attribuito il compito di valutare le offerte a partire dal contenuto delle descrizioni richieste, apprezzandone la completezza;

- ne deriva che i criteri e i sub criteri previsti dal bando e le connesse modalità di attribuzione del punteggio non contraddicono la scelta effettuata per il parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma introducono graduazioni di punteggi compatibili con tale scelta e riservano espressamente spazi valutativi adeguati alla stazione appaltante.

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

8) Con un altro motivo di impugnazione Ferco contesta la formula inversamente proporzionale prevista dalla lex specialis per l'assegnazione di 25 punti relativi all'offerta economica, lamentando che essa limita eccessivamente la rilevanza dell'elemento prezzo, perché determina un appiattimento dei

punteggi, ossia un limitato differenziale tra la migliore e la peggiore delle offerte economiche e non consente di assegnare l'intero margine di punteggio previsto, con conseguente violazione dell'art. 95 del d.l.vo 2016 n. 50.

Inoltre, si censurano, da un lato, l'applicazione che la Commissione ha fatto in concreto della formula matematica inversamente proporzionale, dall'altro, la scelta di una formula ad interpolazione lineare individuata dalla *lex specialis* per l'assegnazione di 5 punti sempre relativi all'offerta economica.

Le censure non possono essere condivise.

Vale premettere che il disciplinare stabilisce che i 30 punti riservati all'offerta economica sono suddivisi in: a) 25 punti al canone totale offerto da assegnare attraverso la seguente formula: "Canone Totale (€) più basso/ Canone Totale (€) valutato x 25 punti"; b) 5 punti al ribasso sul listino prezzi ATM e sul listino prezzi del Comune di Milano da assegnare con la seguente formula: "Ribasso" (%) valutato/Ribasso" (%) più basso x 5 punti".

Con riferimento alla contestazione della ragionevolezza dell'utilizzo della formula inversamente proporzionale, va osservato che la più recente e ormai prevalente giurisprudenza, cui aderisce il Tribunale, riconosce la legittimità di tale formula e la sua coerenza con i principi posti dal d.l.vo 2016 n. 50 in ordine al rapporto tra componente tecnica e componente economica (cfr. in particolare Consiglio di Stato, sez. III, 14 dicembre 2021, n. 8353; Consiglio di Stato sez. III, 8 ottobre 2021, n. 6735; Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7420; da ultimo ex multis Tar Lazio, sez. I bis, 26 settembre 2022, n. 12207).

Sul punto va evidenziato, in coerenza con la citata giurisprudenza, che:

- come è noto, la formula inversamente proporzionale utilizza i prezzi offerti anziché i ribassi e risponde alla finalità di valorizzare maggiormente l'offerta tecnica, atteso che il rapporto tra grandezze maggiori determina minori differenze tra i punteggi attribuibili alle diverse offerte e dunque minore concorrenza sul fattore prezzo;

- la tesi della ricorrente fa leva su un orientamento giurisprudenziale (cfr. tra le altre Cons. St., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081) secondo cui nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta; pertanto sarebbero irragionevoli le formule matematiche di attribuzione di punteggi che hanno l'effetto di sterilizzare le differenze fatte registrare tra i ribassi offerti, nella misura in cui abbiano l'effetto di alterare il peso della componente prezzo nell'ambito dell'equilibrio complessivo con la componente tecnica;

- l'orientamento sopra richiamato è riferito in prevalenza a procedure di gara soggette al codice dei contratti pubblici ora abrogato, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo;

- la situazione è mutata per effetto dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici attualmente in vigore che esprime una chiara preferenza per il criterio qualitativo (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 21 maggio 2019, n. 8), tanto che il settimo comma della norma consente anche di bandire gare nelle quali gli operatori economici sono chiamati a competere esclusivamente sulla qualità, limitando se non azzerando la componente economica;

- pertanto, l'uso della formula inversamente proporzionale non è irragionevole, perché, sebbene non comporti eccessive differenziazioni tra le singole offerte (pure a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), garantisce comunque - come è nel caso di specie - un apprezzabile collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso e la conseguente attribuzione del punteggio (cfr. ex plurimis, Cons. St., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185);

- si esclude quindi la necessità di assegnare il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso, perché, anzi, un siffatto

criterio - anche se astrattamente rispondente alla possibilità di assegnare l'intero range di punteggio alla componente economica - determinerebbe l'effetto - anch'esso opinabile e, in ultima analisi, irragionevole - di produrre ingiustificate ed "estreme" valorizzazioni delle offerte economiche (cfr. sul punto: Cons. St., sez. V, 9 marzo 2020, n. 1691; Cons. St., sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436);

- in sintesi, la più recente giurisprudenza amministrativa si è orientata nel senso di ritenere "non contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8688; id. 23 novembre 2018, n. 6639);

- va ribadito (cfr. Cons. St., sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436) che la descritta evoluzione è avvenuta sulla base del mutato contesto conseguente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale nelle Linee-guida n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, anche l'ANAC ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare.

Nel caso di specie, la formula garantisce comunque un divario tra la migliore e la peggiore offerta economica pari a 4,169 punti, come evidenziato dalla stessa ricorrente, ossia un differenziale non esiguo e che consente di conservare una differenziazione ragionevole tra le diverse offerte economiche.

La formula in esame, lungi dall'essere irragionevole, ha avuto la legittima finalità di attribuire decisiva rilevanza alle componenti qualitative dell'offerta, in preferenza a quelle economiche, che tuttavia non sono state eccessivamente compresse o addirittura annullate nelle valutazioni.

Pertanto, non può essere condivisa la censura diretta a contestare l'irragionevolezza della scelta di utilizzare una formula inversamente proporzionale.

Ferco lamenta, sotto altro profilo, che l'amministrazione avrebbe applicato in modo irragionevole la formula inversamente proporzionale.

La ricorrente sostiene che la ATM, invece di considerare il solo canone soggetto a ribasso, abbia irragionevolmente preso a riferimento il canone totale, comprensivo anche delle voci relative alla manutenzione extracanone, alla quota massima per sistema incentivante e agli oneri da interferenza, voci non soggette a ribasso.

La censura non può essere condivisa.

Il disciplinare precisa, con riferimento ai valori da indicare nella formula inversamente proporzionale, che il "canone totale" corrisponde all'importo complessivo offerto.

Sempre il disciplinare specifica, all'art. 6.7, che nello schema di offerta economica dovrà essere indicato anche "l'importo complessivo offerto, espresso in cifre e in lettere, corrispondente alla somma del canone totale, di € 4.000.000,00 + IVA per le attività extra-canone, di € 3.200.000,00 +

IVA per la quota massima per sistema incentivante e € 126.465,00 + IVA per gli oneri da interferenza".

La lex specialis quindi prevede che il canone totale, da utilizzare nella formula inversamente proporzionale, corrisponde all'importo complessivo offerto, che, a sua volta, si compone delle voci appena indicate, che comprendono anche i valori relativi alle attività extracanone, al sistema incentivante e agli oneri da interferenza.

L'amministrazione ha applicato la formula in piena coerenza con le previsioni del disciplinare, sicché non emerge alcuna irragionevolezza nell'operato della Stazione appaltante in sede di utilizzo della formula indicata, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente.

Infine la ricorrente censura la formula ad interpolazione lineare destinata all'attribuzione sino a 5 punti in relazione ai ribassi unici offerti sul listino prezzi ATM e sul listino prezzi del Comune di Milano.

Si deduce che l'utilizzazione di quest'ultima formula, lungi dall'aver una funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo, ha avuto l'unica conseguenza di ampliare a dismisura il peso di tale elemento, che era, nell'economia funzionale della gara, del tutto marginale.

La censura è connotata, in primo luogo, da marcata genericità e ciò rileva ai sensi dell'art. 40, comma 1 lett. d) e comma 2, cpa.

In ogni caso, la censura sottende una contraddizione di fondo.

Invero, la ricorrente, da un lato, contesta la prima formula – inversamente proporzionale – perché condurrebbe ad un appiattimento dei punteggi economici e non consentirebbe di differenziare in modo adeguato le diverse offerte economiche presentate, dall'altro, lamenta che la seconda formula, ad interpolazione lineare, condurrebbe a dilatare in modo eccessivo il peso dell'elemento prezzo.

Insomma, dapprima si contesta la limitata rilevanza dell'elemento prezzo, a causa della formula inversamente proporzionale, poi si lamenta che la seconda formula, ad interpolazione lineare, lo valorizzerebbe troppo.

Anche al di là di questo profilo, va osservato che la formula ad interpolazione lineare trova applicazione per l'assegnazione al massimo di soli 5 punti e in relazione soltanto a due voci, quali il ribasso sul listino prezzi ATM e sul listino prezzi del Comune di Milano.

L'utilizzo di questa formula esprime una scelta discrezionale dell'amministrazione, coerente con la previsione dell'art. 95 del d.l.vo 2016 n. 50 e che non è viziata sul piano logico, perché viene impiegata in correlazione con la formula inversamente proporzionale utilizzata per l'assegnazione del prevalente punteggio economico.

La Stazione appaltante ha inteso incrementare il peso dell'elemento prezzo per valori di limitata rilevanza sull'offerta economica complessiva, senza incidere sulla prevalenza del profilo tecnico chiaramente emergente dalla scelta della formula inversamente proporzionale.

Pertanto, deve essere ribadita l'infondatezza della censura.

9) Con il ricorso incidentale, il Consorzio CMF lamenta la mancata esclusione del RTI Ferco per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50, deducendo che il raggruppamento avrebbe omesso di comunicare alla stazione appaltante le vicende rilevanti sul piano penale relative ad una gara della Regione Sicilia del 2017; inoltre, si sostiene che tale vicenda esprimerebbe un grave errore professionale non considerato dalla Stazione appaltante.

Le censure sono infondate.

La vicenda di cui si tratta è stata portata a conoscenza dell'amministrazione in data 21 maggio 2021, sicché nessuna omissione dichiarativa può essere riferita a Ferco.

Del resto, Ferco ha documentato di essere stata destinataria solo di una mera comunicazione di apertura delle indagini ex d.l.vo 2001 n. 231, ma non risulta che tali indagini abbiano condotto all'emersione di una responsabilità della ricorrente principale, tanto che non è stata adottata nessuna misura penalmente rilevante.

In tale contesto, non sussiste la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), poiché il fatto è stato dichiarato alla stazione appaltante e la circostanza che ciò nonostante il RTI non sia stato escluso non evidenzia alcun travisamento dei fatti, né irragionevolezza da parte della stazione appaltante.

10) Il ricorrente incidentale lamenta la mancata esclusione della ricorrente principale anche perché ha partecipato alla gara per più lotti ma in diversa composizione; ciò si porrebbe in contrasto con il vincolo di aggiudicazione previsto dall'art. 7 del disciplinare, che consente la presentazione dell'offerta per tutti i lotti, ma ne esclude la cumulabilità, precisando che qualora “una società sia prima in graduatoria in più di un lotto, ATM deciderà l'assegnazione dei lotti secondo il principio di convenienza economica per ATM”.

Il motivo è inammissibile per difetto di interesse.

Il tenore testuale della disposizione citata evidenzia che essa attiene alla fase dell'aggiudicazione, dettando un criterio regolatore in base al quale ciascun operatore non potrà rendersi aggiudicatario di più di un lotto.

Pertanto l'eventuale violazione della citata disposizione deve essere dedotta in sede di contestazione del provvedimento di aggiudicazione, ove ritenuto confliggente con la citata disposizione e non, come nel caso di specie, contestando la mancata esclusione del ricorrente non aggiudicatario (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493).

11) Ferco chiede il risarcimento del danno in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, con conseguente subentro nella titolarità del rapporto negoziale; solo in via subordinata chiede il risarcimento per equivalente monetario.

La documentazione prodotta in giudizio evidenzia che la stazione appaltante ha stipulato il contratto con il Consorzio controinteressato in data 28 settembre 2022.

Sussistono i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 cpa, nel cui ambito deve essere ricondotta la fattispecie in esame, in quanto non sussiste alcuna delle gravi violazioni di cui all'art. 121 cpa.

L'art. 122 cpa prevede che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, con la precisazione che, a tale fine, deve tenere conto, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Quanto alla natura dei vizi riscontrati, va osservato che l'aggiudicazione è viziata per differenti profili, il primo dei quali attiene al difetto dei requisiti di partecipazione alla gara da parte del Consorzio.

Inoltre, sono stati accertati il difetto di istruttoria e l'irragionevolezza della valutazione di anomalia resa dalla stazione appaltante.

La natura dei vizi riscontrati non determina il travolgimento dell'intera gara.

Inoltre, l'annullamento dell'aggiudicazione non provoca neppure la regressione della procedura alla fase di verifica dell'anomalia, perché sia l'aggiudicazione, sia la presupposta ammissione alla procedura, risultano radicalmente travolte dal vizio consistente nel difetto dei requisiti di partecipazione, sicché ATM non deve provvedere alla riedizione del vaglio di sostenibilità dell'offerta presentata dal Consorzio.

Ne consegue che i vizi riscontrati palesano l'effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, atteso che, in assenza delle illegittimità riscontrate, si sarebbe classificata al primo posto della graduatoria e non al secondo.

Inoltre, l'offerta della ricorrente è stata compiutamente valutata dalla stazione appaltante, salve in ogni caso le ulteriori ed eventuali verifiche rimesse a quest'ultima anche ai sensi dell'art. 32 del d.l.vo 2016 n. 50.

Quanto alla durata del contratto, si tratta di un rapporto negoziale destinato a svilupparsi per almeno 4 anni e la cui esecuzione è iniziata solo da pochi mesi, sicché sussistono, anche per questo profilo, le condizioni per dichiarare l'inefficacia del contratto e il subentro della ricorrente principale, che ha proposto la relativa domanda.

Del resto, l'inefficacia del contratto deve essere dichiarata dalla data della comunicazione, o notificazione, se anteriore, della presente sentenza, in considerazione della natura del servizio di cui si tratta.

Va precisato che la nozione di subentro va intesa in senso atecnico e non strettamente lessicale, perché individua un nuovo contratto per la prosecuzione e l'esaurimento del servizio (cfr. già Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5404; id., sez. III, 12 settembre 2012, n. 4831); pertanto i termini del subentro non possano che essere quelli espressi dall'offerta dell'impresa subentrante, poiché deve avvenire "secondo le condizioni della

gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella gara originaria" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2476; Consiglio di Stato, n. 5404/2015, cit.).

Il subentro configura uno strumento di "tutela in forma specifica" ex art. 124 cpa volto ad assicurare il medesimo bene che sarebbe originariamente spettato al ricorrente in assenza dell'errore commesso dall'amministrazione; pertanto il c.d. "subentro" non può che avvenire alle condizioni d'offerta dello stesso ricorrente, ripristinando così in natura la situazione del corretto affidamento, con emendatio dell'errore verificatosi nell'esercizio dell'azione amministrativa. L'accoglimento della domanda ora esaminata esclude la sussistenza dei presupposti per la valutazione della domanda risarcitoria per equivalente, in quanto proposta in via subordinata.

12) In definitiva, il ricorso principale e il secondo ricorso per motivi aggiunti sono fondati nei limiti dianzi esposti e devono essere accolti, anche per ciò che attiene alla dichiarazione di inefficacia del contratto e al subentro della ricorrente principale.

Viceversa, il primo ricorso per motivi aggiunti presentato dalla ricorrente principale è inammissibile.

Il ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto.

La complessità delle questioni trattate e la correlazione di esse ad orientamenti giurisprudenziali non ancora consolidati consentono di compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

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

1) accoglie il ricorso principale e il secondo ricorso per motivi aggiunti, nei limiti di quanto esposto in motivazione e per l'effetto: a) annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato; b) dichiara l'inefficacia del contratto stipulato in data 28 settembre 2022 dalla Stazione appaltante con il

Consorzio controinteressato, secondo la decorrenza precisata in motivazione;

c) dispone il subentro della ricorrente principale;

2) dichiara inammissibile il primo ricorso per motivi aggiunti presentato dalla ricorrente principale;

3) respinge il ricorso incidentale;

4) compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Consigliere

L'ESTENSORE

Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.