Il T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Torino,

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1026 del 2009, proposto da: E. S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'Associazione Temporanea di Imprese composta dalla medesima e dalla S. s.p.a., G. S. I. s.p.a., C. C. C. – C.C.C. soc. coop, E. s.p.a. (mandanti), rappresentata e difesa dagli avv.ti G. V., R. V., con domicilio eletto in Torino;

contro

R. P., in persona del P. pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. to G. S., con domicilio eletto in Torino;

nei confronti di

A.T.I. G. Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria dell'ATI comprendente il C. R. di P. e L. Soc.Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti A. C., M. C. unitamente e disgiuntamente agli avv.ti M. C. e M. O., con domicilio eletto in Torino;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione dirigenziale n. 631 del 28 maggio 2009, comunicata e resa nota alla ricorrente con comunicazione 11 giugno 2009, prot. n. 26227/DB0710/2.7.1.2, nonché di ogni altro atto precedente, preordinato e comunque connesso, anche non noto, con particolare riferimento a tutti i verbali delle operazioni di gara, ivi inclusi quelli relativi alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'ATI aggiudicataria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di R. P.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.T.I. G. Spa –C. R. di P. e L. Soc. Coop. a r.l.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale I. G. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti A. C., M. C., M. O., con domicilio eletto in Torino;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2009 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR deducendo che la R. ha indetto una gara per il "servizio integrato per la gestione, manutenzione, conduzione, controllo ed esecuzione di tutte le attività necessarie a mantenere in completo stato di efficienza gli impianti tecnologici della R. P., gara alla quale l'ATI ricorrente si classificava seconda; risultava aggiudicataria l'ATI composta da G. s.p.a. e C. R., come da determinazione dirigenziale n. 639 qui impugnata. Lamenta parte ricorrente l'inadeguatezza delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria in sede di verifica di anomalia e quindi la violazione, da parte della stazione appaltante, degli artt. 2, 9.1, 11.5 del Capitolato speciale d'appalto e dell'appendice 6 allegata, nonché la

violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990; lamenta l'eccesso di potere per carenza di istruttoria, motivazione, perplessità, illogicità e contraddittorietà manifesta.
L'offerta dell'ATI G. non risponderebbe ai requisiti dell'appendice 6 del capitolato speciale e mancherebbe completamente della funzionalità "integrare l'accesso e la funzionalità dell'applicativo DIMAC del CSI P. contenente l'Anagrafe planimetrica delle sedi regionali". Inoltre il sistema offerto sarebbe meno performante di quello richiesto dal bando; ciò nonostante la controinteressata ha avuto sul punto una valutazione di 0,75, identica a quella della ricorrente.
Gli offerenti erano tenuti a formulare proposte di riqualificazione impiantistica degli immobili; la controinteressata proponeva diverse riqualificazioni impiantistiche valutate positivamente ma destinate ad essere realizzate su immobili non di proprietà della R. e quindi destinate a non restare a suo definitivo vantaggio.
Secondo la norme di bando il concorrente fornitore di energia deve mantenere a proprio carico i costi del combustibile necessario a produrla; dal complesso dell'offerta G. si evincerebbe, per contro, che tali costi resterebbero a carico della R.. Tra le proposte migliorative vi è poi quella di un impianto VRV (di condizionamento e climatizzazione) presso V. S. R. in V.; trattasi di immobile soggetto a tutela della Soprintendenza e per la realizzazione dell'intervento non risulta che la G. abbia richiesto il prescritto parere, sicchè non è dato sapere la fattibilità dell'impianto. Quanto alle proposte formulate per lo stabile di P. C. n. 165 l'aggiudicataria prevede la sostituzione dei corpi illuminanti e l'installazione di un sistema di controllo dell'illuminazione, sistema già esistente ed installato proprio dalla ricorrente. Analoghe osservazioni nel merito venivano formulate per l'offerta relativamente agli stabili di C. R., via P., via B., insistendo in particolare sulla circostanza che l'offerta dell'aggiudicataria non chiariva chi avrebbe dovuto sostenere i costi di produzione dell'energia. Complessivamente la valutazione del vantaggio economico portato dagli interventi proposti dai concorrenti veniva determinata della commissione in un valore di 1 per l'aggiudicataria e 0,75 per la ricorrente, differenza ritenuta dalla ricorrente ingiustificata.
Lamenta inoltre la ricorrente la violazione degli artt. 86,87, 88 e 89 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 e la carenza assoluta di istruttoria e motivazione nonché l'eccesso di potere per perplessità, illogicità e contraddittorietà manifesta. Riscontra una sottostima dei costi e una sovrastima dei vantaggi da parte della stazione appaltante nel valutare l'offerta G.; la controinteressata ad esempio formulava un'offerta al costo di € 69.594,00 per l'impianto di via V., a fronte di un intervento realisticamente stimabile, secondo la ricorrente, in circa 4-500.000,00 €. La ritenuta insostenibilità della proposta viene allegata anche per altri interventi. Contesta inoltre la sostenibilità dei benefici che, secondo l'aggiudicataria, la R. avrebbe potuto trarre dall'installazione dei vari impianti. Contesta una sottostima dei costi di censimento, formazione dell'anagrafica tecnica e diagnosi energetica nonché il mancato computo degli oneri di progettazione. Chiede pertanto l'ammissione di CTU volta al riscontro delle anomalie denunciate.
Si è costituta la R. P. evidenziando come, quanto agli immobili più significativi, l'art. 14 del disciplinare di gara li avesse individuati prescindendo dal titolo di proprietà; sempre il disciplinare di gara

prevedeva l'accollo del costo dell'energia elettrica in capo alla concorrente. Replica quindi alle osservazioni sui singoli impianti, evidenziando come ogni giudizio di anomalia non potesse che tenere conto della incidenza della voce anomala sull'intera offerta, non riscontrabile nel caso di specie.
Si è costituita la controinteressata evidenziando che il ricorso verte esclusivamente su questioni di natura tecnica, relative al giudizio di verifica di anomalia dell'offerta. Tale giudizio, espressione del potere discrezionale dell'amministrazione, è sindacabile nella sola ipotesi di manifesta illogicità della motivazione o errore di fatto. Nel merito replica alle singole censure evidenziando che correttamente alcuni parametri sono stati valutati in termini identici per le due concorrenti, considerato che, in modo del tutto simmetrico, avevano ricevuto da parte della commissione il plauso di taluni profili e l'evidenziazione di taluni difetti. Quanto alle proposte di miglioramento energetico le priorità nell'individuazione degli immobili rilevanti erano state prefissate dal bando, sicchè la scelta di privilegiare immobili, anche non di proprietà, per interventi di efficienza energetica era ascrivibile all'amministrazione e non sindacabile da parte della ricorrente. Alla luce dei parametri di bando l'aggiudicataria aveva proposto interventi migliorativi per 15 degli edifici indicati come più significativi e la ricorrente solo per 10, sicchè del tutto giustificata era stata la diversa valutazione dell'offerta. Quanto alla mancanza di parere della Sopraintendenza per l'edificio di villa S. R., tale parere non era requisito richiesto dal bando, fermo restando che la proposta formulata aveva tenuto conto della circostanza, evidenziata dal bando, che trattavasi di bene tutelato. Quanto all'impianto di p. C., pur dandosi atto che già ne esisteva uno installato dalla ricorrente, la proposta della controinteressata riguardava altro impianto con diverse caratteristiche. Replica quindi parte contro interessata alle ulteriori censure mosse in relazione ad altri immobili e impianti. Precisa che ogni consumo di energia per il funzionamento degli impianti è ovviamente a carico dell'offerente, considerato che la legge di gara espressamente escludeva che l'offerta potesse ingenerare oneri a carico della stazione appaltante.
Complessivamente evidenzia come la valutazione di anomalia, paventata dalla ricorrente sulla scorta di specifiche presunte sottostime di costi dell'offerta, non potesse che tenere contro dell'incidenza delle sottostime globalità dell'offerta, come prescritto dalla legge. Conseguentemente le censure mosse avverso specifici importi di singoli impianti, a fronte della complessità e globalità dell'appalto, non si presentavano ex se idonee a inficiare l'affidabilità dell'offerta.
Con memoria in data 21 ottobre 2009 parte ricorrente insisteva per l'ammissione di CTU, evidenziando come il processo amministrativo sia governato dall'onere del "principio di prova" e dal sistema dispositivo con metodo acquisitivo, sicchè non pare ammissibile addossare alla ricorrente un onere probatorio al di là di questi limiti. Quanto alle contestazioni di anomalia dell'offerta evidenziava che le giustificazioni dovevano essere rese in sede di verifica, non essendo suscettibili di inammissibili integrazioni tardive rese in corso di giudizio solo a fronte delle contestazioni di cui al ricorso. Nel merito replicava alle osservazioni mosse in relazione ai singoli impianti, insistendo altresì nelle censure già proposte.

Con atto depositato in data 21 ottobre 2009 parte controinteressata proponeva ricorso incidentale, deducendo la violazione delle norme di gara, del principio della par condicio e la carenza assoluta di motivazione. Il disciplinare di gara prevedeva che i ricorrenti, a pena di esclusione, dichiarassero, tra l'altro, "di aver giudicato il prezzo offerto remunerativo, di accettare senza condizioni né riserve tutte le disposizioni contenute nel capitolato speciale d'appalto e nel bando di gara e nel documento complementare", come indicato al punto 10) lett. N n. 3 del disciplinare. L'ATI ricorrente ometteva tale dichiarazione sicchè avrebbe dovuto essere esclusa. Lamentava inoltre la violazione e falsa applicazione degli artt. 34, 37, 41 e 42 del d.lgs. n. 163 del 2006, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale, con particolare riguardo alle indicazioni relative ai servizi prevalenti e secondari previsti dal bando. La violazione dei principi generali in materia di associazioni temporanee di imprese, in particolare in relazione alle associazioni temporanee di tipo verticale, nonché la violazione e falsa applicazione del bando, del disciplinare e del capitolato, con riguardo alle parti che specificavano i requisiti di partecipazione. La violazione del principio della par condicio e l'eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione. Lamentava la violazione delle disposizioni che prevedevano, da parte della stazione committente, la definizione nella disciplina di gara delle prestazioni prevalenti e secondarie nonchè la violazione delle disposizioni che impongono che, in caso di ATI verticale, la mandataria esegua la prestazione prevalente e le mandanti eseguano la prestazione secondaria. La R. individuava nel bando di gara la prestazione principale e la prestazione secondaria. Nell'ambito della prestazione prevalente doveva includersi il servizio di gestione e coordinamento dei servizi di manutenzione, al quale afferiva la costruzione e gestione dell'anagrafica tecnica. L'ATI ricorrente si presentava come ATI mista, il cui segmento verticale era individuabile nella E. destinata a svolgere da sola il 100% delle prestazioni relative alla costruzione e gestione dell'anagrafica tecnica, servizio a sua volta escluso dalla prestazioni di tutte le altre componenti l'ATI. Ne conseguiva che E., mandante verticale, era deputata a svolgere una quota parte della prestazione espressamente qualificata principale dal bando, ciò in violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. La mandante E. non presentava neppure i requisiti di qualificazione all'uopo prescritti. In particolare la E. dichiarava zero fatturato per servizi analoghi e dichiarava di non aver eseguito, negli ultimi tre anni, servizi di global service dell'importo richiesto. Né la E., in quanto concorrente in ATI verticale, avrebbe potuto avvalersi dei requisiti delle altre componenti la medesima ATI, poiché il riferimento al complesso dei requisiti posseduti, se pure è ammissibile nell'ATI orizzontale, non lo sarebbe nell'ATI verticale ove la mandante si qualifica proprio per la sua specifica capacità e correlativa qualifica. Lamenta infine la violazione e falsa applicazione delle norme di gara in materia di avvalimento, la violazione del principio della par condicio e la carenza assoluta di motivazione. La E. avrebbe dovuto occuparsi anche dell'espletamento delle prestazioni di ingegneria; la stessa E. aveva dichiarato di avvalersi dei requisiti posseduti da S. I. s.r.l.. Sul punto, tuttavia, una corretta lettura del bando, portava ad affermare che la legge di gara aveva escluso l'avvalimento con riguardo ai servizi di ingegneria.

Lamenta infine la violazione e falsa applicazione della legge di gara e della normativa in materia di avvalimento quanto ai requisiti di progettazione, nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e la violazione del principio della par condicio, la carenza di motivazione e il difetto di istruttoria. Anche ammettendo che E. potesse avvalersi dei requisiti di progettazione di terzi, tali requisiti non erano stati dimostrati da S. I. s.r.l.. A seguito di verifica delle dichiarazioni effettuate in sede di gara la S., che aveva predisposto per l'offerta l'elenco di una serie di servizi di ingegneria prestati, aveva riprodotto il medesimo elenco accompagnato da una autodichiarazione attestante la autenticità delle copie di due soli certificati di regolare esecuzione della progettazione. Detti certificati, tuttavia, non recavano l'indicazione del valore del servizio di ingegneria o progettazione svolto bensì dei lavori complessivi cui il servizio di progettazione era da riferire; appare evidente come non vi sia coincidenza alcuna tra il valore complessivo dei lavori e il valore specifico della progettazione relativa a detti lavori. Tale ultimo valore non era ricavabile dalla documentazione in atti ed era per contro quello considerato in sede di gara.
Lamenta infine la violazione e falsa applicazione delle norme di gara e dei principi generali in materia di avvalimento nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, nonché la carenza assoluta di motivazione e il falso presupposto in fatto.
Il disciplinare prevedeva, in caso di avvalimento, che il concorrente, a pena di esclusione, allegasse copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si era obbligata a fornire i requisiti. Il contratto tra E. e S. sarebbe stato prodotto in copia semplice.
Chiedeva pertanto annullarsi gli atti di gara nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione dalla procedura dell'offerta dell'ATI E., e conseguentemente dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale. Con vittoria di spese.
Con atto depositato in data 11.12.2009 parte ricorrente evidenziava l'irrilevanza della contestata omessa dichiarazione di cui al punto N del bando. L'omissione era frutto di palese errore materiale riconducibile alla stampante; infatti la ricorrente aveva reso tutte le dichiarazioni di cui al punto N (composto di n. 5 punti) saltando il punto 3 e tuttavia riportando una numerazione discontinua (punti 1, 2 e poi 4,5). Ne discendeva l'evidente non volontarietà dell'omissione. In ogni caso la dichiarazione appariva ultronea, essendone il sostanziale contenuto già certamente evincibile dall'accettazione senza condizioni né riserve delle disposizioni di cui al capitolato speciale, bando di gara e documento complementare. L'omissione non portava alla lesione di alcun interesse sostanziale della stazione appaltante.
Contestava poi il secondo motivo di ricorso incidentale poiché esso presupporrebbe erroneamente che l'ATI ricorrente fosse verticale; l'ATI ricorrente è per contro mista, cioè caratterizzata da una mandataria (E.) che a sua volta ha aggregato a sé, in sub-raggruppamento orizzontale, la E. per svolgere la prestazione principale. Andando oltre le prescrizioni di bando la ricorrente aveva individuato la specifica parte di prestazione che ogni componente il sub-raggruppamento era destinato a svolgere; la mandataria possedeva la specializzazione per il tipo di servizio e, in sede di costituzione dell'ATI, tutte le mandanti, inclusa E. si erano assunte una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. Quanto ai requisiti di partecipazione, non

sussistendo lo scorporo delle prestazioni facenti capo ad E., la medesima poteva fare affidamento sui requisiti di E. e in ogni caso del raggruppamento nel complesso. Contestava quindi l'ortopedia interpretativa compiuta dalla controinteressata sulla legge di gara per evincerne l'impossibilità di avvalimento quanto ai requisiti tecnici di prestazioni ingegneristiche. Anche ammettendo una ambiguità del testo si sarebbe dovuta prediligere l'interpretazione idonea a consentire la massima partecipazione alla gara; il testo del bando non poteva quindi che leggersi nel senso, conforme a legge, per cui non è dato avvalersi dei requisiti soggettivi altrui mentre è pacificamente possibile avvalersi dei requisiti tecnici, economici, finanziari e organizzativi; infine è contraria alla disciplina comunitaria ogni indebita limitazione della facoltà di avvalimento.
Quanto alla prova, in sede di verifica, dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati in punto progettazione la stazione appaltante aveva chiesto documentazione senza in alcun modo specificare di ritenere necessaria una attestazione che indicasse separatamente il valore dei lavori di progettazione dichiarati, sicchè anche una dichiarazione relativa al complessivo importo dei lavori documentati ben consentiva, in via induttiva, di inferire il valore dell'importo degli oneri di ingegneria. La S., per altro, in sede di verifica aveva nuovamente prodotto l'elenco dei lavori dichiarati e i bilanci di esercizio degli anni passati, dovendosi altresì tener conto del fatto che la sua attività principale consiste nella prestazione di attività di ingegneria.
Quanto alla mancata produzione di copia autentica del contratto di avvalimento evidenziava parte ricorrente di avere addirittura prodotto l'originale del medesimo. Chiedeva pertanto la reiezione del ricorso incidentale.
Con memoria in data 11.12.2009 parte resistente esplicitava le difese già formulate; quanto al ricorso incidentale evidenziava l'effettiva carenza della dichiarazione di cui alla lett. N n. 3 del disciplinare. Contestava per il resto la fondatezza dei motivi di ricorso incidentale.
Con ulteriore memoria in data 11.12.2009 parte controinteressata sottolineava la natura paralizzante del ricorso incidentale e ne ribadiva le tesi. Quanto al ricorso principale in punto onere della prova evidenziava parte controinteressata come la ctu non costituisse mezzo di prova e non potesse essere esplorativa, non potendosi la ricorrente esimere, a prescindere dall'onere della prova, dall'allegazione di specifici sintomi di anomalia di una offerta ritenuta congrua tali da inficiarne la complessiva attendibilità. Quanto alle giustificazioni utilizzabili ai fini del giudizio di congruità dell'offerta evidenzia parte controinteressata che le giustificazioni allegate all'offerta non possano di per sé portare all'esclusione del concorrente, dovendo essere integrate in contraddittorio; nel caso di specie il contraddittorio vi era stato e la ricorrente aveva prodotto ulteriori giustificazioni in stretta aderenza con gli aspetti richiesti di verifica da parte della stazione appaltante, la quale si era infine dichiarata soddisfatta delle giustificazioni. E' evidente come, a fronte delle censure mosse in ricorso da E. ma mai prospettate dalla stazione appaltante, non potrebbe che consentirsi alla ricorrente di giustificarsi e dimostrare l'attendibilità dell'offerta. Le nuove giustificazioni in atti, pertanto, afferiscono alle nuove contestazioni e non possono che essere ammesse in rispetto del diritto di difesa. D'altro canto l'eventuale CTU non potrebbe svolgersi sulle contestazioni mosse dalla ricorrente e mai

evidenziate dalla stazione appaltante, soggetto dominus della verifica di anomalia, ma potrebbe al limite avere ad oggetto l'estrinseca logicità dell'operato dell'amministrazione. Infine ulteriormente replicava nel merito alle singole osservazioni mosse a vari aspetti dell'offerta chiedendo la reiezione del ricorso principale.
All'udienza del 17.12.2009 la causa veniva discussa e decisa.

DIRITTO

Si condivide la tesi di parte controinteressata circa la natura paralizzante del ricorso incidentale, poiché le censure mosse sono volte a sostenere che l'ATI ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. Per il caso di fondatezza di questa ipotesi, essendo i partecipanti alla gara più di uno e la domanda volta a modificarne l'esito e non a caducarla interamente, la ricorrente, dall'accoglimento del ricorso principale, non potrebbe ottenere alcun concreto beneficio; per di più, trattandosi di soggetto non legittimamente partecipante alla gara, le mancherebbe la legittimazione ad agire (non potendo ottenere la riedizione complessiva della medesima), con conseguente inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione, indotta dall'accoglimento del ricorso incidentale. Quest'ultimo deve dunque vagliarsi preliminarmente, in ossequio ad esigenze di economia processuale e logicità di giudizio (TAR Piemonte, sez. I 30.3.2009, n. 837; Cons. St., sez. V, 23.3.2009, n. 1755, con richiamo alla decisione Cons. St., ad. Plen, 10 novembre 2008, n. 11).
Passando al vaglio del ricorso incidentale si ritiene assorbente il secondo motivo di ricorso.
Deve premettersi che è pacifico e documentale che l'offerta dell'ATI ricorrente preveda che la mandante E. svolga il 100% dell'attività di "costruzione e gestione dell'anagrafica tecnica".
Conformemente al disposto normativo il bando e il disciplinare di gara identificavano le prestazioni ritenute dalla stazione appaltante rispettivamente principale e secondaria (art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, bando di gara punto II.2.1 e disciplinare pag. 1, punto 4, all. 1; sub. doc. 1 e 2 di parte ricorrente). Partendo dal bando si qualifica prestazione principale il "servizio di gestione e coordinamento dei servizi di manutenzione nonché servizi di manutenzione e conduzione impianti tecnologici" (p. 2 punto II.2.1, A) e secondaria il "servizio energia" (stesso punto lett. B) e "le attività extracanone" (stesso punto lett. C). Stessa dizione si rinviene a p.1 punto 4 del disciplinare.
Passando quindi al capitolato speciale risulta da p. 12 punto 2 (oggetto dell'appalto e obiettivi) che le prestazioni da erogare sono: A1 "servizio di gestione e coordinamento di servizi di manutenzione" così articolato .. "2. Costituzione e gestione dell'anagrafica tecnica", ulteriormente descritta al paragrafo 9.2 del capitolato speciale.
Risulta quindi documentalmente che la prestazione resa al 100% da E. è parte della prestazione qualificata principale dal bando.
D'altro canto, sotto questo profilo in fatto, parte ricorrente non ha mosso alcun tipo di specifica contestazione sicchè trova applicazione, quale principio ormai generalmente riconosciuto nell'ordinamento processuale civile di cui non si ravvisano incompatibilità con il processo amministrativo, quello per cui, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., come modificato dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, il giudice "deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Trattasi di norma che recepisce un lungo dibattito giurisprudenziale, dapprima formatosi nell'ambito della giurisprudenza

del lavoro, e risponde ad una logica di semplificazione, accelerazione del processo, nonché coerenza nella condotta processuale della parte che trova oggi copertura costituzionale nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione.
Dato per assunto che la E. svolge il 100% di una componente della prestazione principale occorre valutare se ciò sia compatibile con la struttura di ATI mista assunta dalla ricorrente, ed in particolare del suo segmento verticale alla luce del disposto di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. L'ATI ricorrente ha infatti espressamente dichiarato in sede di offerta di partecipare alla gara quale ATI mista (cfr. doc 24 di parte contro interessata); nell'individuare la composizione dell'ATI la ricorrente ha espressamente dichiarato che E., quale mandataria, eseguirà tutte le prestazioni previste dall'appalto per una quota del 51%, "salvo quanto in capo a E."; CCC eseguirà tutte le prestazioni ed interventi previsti dall'appalto per una quota del 20% "salvo quanto in capo a E.", G. eseguirà tutte le prestazioni ed interventi previsti dall'appalto per una quota del 12,5%, "salvo quanto in capo a E.", S. eseguirà tutte le prestazioni previste dall'appalto per una quota del 12,5%, "salvo quanto in capo ad E.", E. eseguirà "il 100% delle prestazioni relative ai servizi di costruzione e gestione dell'anagrafica tecnica e dell'ingegneria ivi comprese le attività per la certificazione energetica per una quota complessiva dell'importo dell'appalto pari al 4%".
Dalla lettura dell'offerta si evince, tenuto conto che la stessa ricorrente ha indicato di operare quale ATI mista, che l'unico segmento di attività svolto in ATI verticale, cioè con una ripartizione non solo quantitativa (pro quota indifferente dell'attività), bensì espressamente qualitativa (si individua una specifica prestazione che, a prescindere da quale sia la percentuale del servizio che quella prestazione rappresenta, viene svolta in esclusiva da una mandante e dunque "scorporata"), è rappresentato dall'attività svolta da E.
La caratteristica dell'ATI mista è quella di combinare il modello dell'ATI verticale con quello dell'ATI orizzontale, sicchè all'interno della prima sono possibili ulteriori sub-raggruppamenti orizzontali che frazionino tra loro o la prestazione della mandataria (sicchè si avrà un'ATI orizzontale per la prestazione principale e una verticale che separa la prestazione secondaria) o la prestazione della mandante (che svolge la prestazione "secondaria", separabile in ATI verticale, ma che a sua volta può essere un'ATI orizzontale che nel complesso svolge la prestazione secondaria). In pratica, ferma la massima flessibilità che consente la combinazione dei due modelli, resta dovuto il rispetto del limite di legge per cui il segmento di ATI verticale, che realizza lo scorporo, non può coinvolgere la prestazione principale (sul punto particolarmente chiara e con considerazioni tuttora valide Cons. St. sez. IV 9.7.1998 n. 702).
Nel caso di specie non è quindi sostenibile che E. operi in ATI orizzontale con la mandataria, come affermato nelle difese della ricorrente, e che, semplicemente, si sia proceduto, ferma la natura orizzontale dell'ATI, ad una individuazione, benché ultronea, della specifica attività dalla stessa svolta. Ciò infatti non è coerente con il chiaro tenore dell'offerta: innanzitutto se non si individua in E. il segmento verticale dell'ATI mista non si comprenderebbe dove altro esso sarebbe individuabile, in secondo luogo è evidente la distinzione "qualitativa" e non "quantitativa" della sola prestazione di E., visto

che appunto per ogni altra concorrente, mandataria inclusa, si specifica che questa non svolgerà le prestazioni facenti integralmente capo alla sola E.. Il fatto che poi si precisi che la prestazione di E., cioè quella scorporata, rappresenta il 4% del lavoro complessivo, non toglie nulla alla sua individuazione per tipo e non per quota fungibile ancorchè vi sia una indicazione quantitativa del peso specifico di quella parte di prestazione. Chiarito dunque che la ricorrente ha scorporato in capo a E., mandante, una parte della prestazione definita come principale dal bando pare ulteriormente utile precisare che, evidentemente, il fatto che si tratti di una "parte" e non di tutta la prestazione principale non esclude la violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. Non è infatti sostenibile che solo lo scorporo dell'intera prestazione principale è vietato anche perché, così ragionando, potrebbe per ipotesi immaginarsi lo scorporo del 99%, o comunque di elevate parti della prestazione principale, con evidente elusione della ratio legis. D'altro canto, come già evidenziato in termini generali, proprio la struttura dell'ATI mista consente il sub-raggruppamento orizzontale e quello verticale, purchè nell'ambito della prestazione principale resti ferma la regola del solo raggruppamento orizzontale. Ciò che la legge vieta è in definitiva che tutto ciò che la stazione appaltante ha qualificato principale venga svolto in esclusiva da una mandante. D'altro canto sulle prestazioni eseguite in ATI orizzontale sono obbligate in solido tutte le componenti dell'ATI e vi è comunque (in virtù della suddivisione pro quota e non per tipo) anche una effettiva partecipazione all'attività della mandataria, interlocutore diretto della stazione appaltante; per contro nell'ATI verticale sono necessariamente responsabili in solido verso la stazione appaltante della parte di servizio scorporata solo la mandante verticale e la mandataria, che risponde dell'attività della mandante ma dichiaratamente non vi prende in alcun modo parte. L'effetto che il divieto di scorporo vuole dunque evitare è duplice: l'esonero di responsabilità delle restanti mandanti oltre che la responsabilità in assenza di partecipazione all'attività da parte della mandataria.
Nel caso di specie la difesa di parte ricorrente sostiene che la violazione di legge non sussiste anche e proprio perché l'effetto che il legislatore voleva evitare, nel concreto, non si sarebbe verificato. Dalla lettura del contratto di costituzione dell'ATI si evincerebbe che, pur avendo scelto la ricorrente e le imprese associate la forma dell'ATI mista, esse avrebbero poi assunto comunque tutte una responsabilità solidale su tutta la prestazione, come se tutte fossero un'unica ATI orizzontale. E' innanzitutto vistosa l'intrinseca contraddittorietà di tale possibile evenienza, essendo evidente l'incongruenza della deliberata scelta di offrire, in contraddizione con la legge, una responsabilità solidale per il servizio scorporato in capo alle mandanti orizzontali; queste si troverebbero infatti a rispondere in solido di una attività cui, per chiaro disposto contrattuale, non possono prendere in alcun modo parte e che per di più è svolta da un soggetto coordinato dalla sola mandataria (dato quest'ultimo che invece giustifica la responsabilità solidale legale della mandataria, anche quale interlocutore unico della stazione appaltante e ancorchè in mancanza di partecipazione all'attività); in definitiva risponderebbero di un soggetto e di una attività sulla quale in nessun modo possono interferire.
Per altro, da una attenta lettura del contratto di costituzione dell'ATI prodotto in giudizio da parte ricorrente, pare al collegio che non possa

evincersi l'interpretazione suggerita dalla parte stessa, evidentemente ricostruita ex post per sanare il vizio dell'offerta. Il conferimento di mandato con rappresentanza (sub. doc. 16 di parte ricorrente) include la dichiarazione da parte delle partecipanti all'ATI che "l'offerta comporta, nel caso di aggiudicazione, la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante nell'esecuzione dei lavori". A tale clausola segue l'elencazione delle parti del servizio che "saranno eseguite dalla singole imprese costituenti il raggruppamento" con chiara individuazione dello scorporo dell'attività di E. e cioè di una prestazione "eseguita" solo da E.. Pare innanzitutto, da un punto di vista puramente lessicale, che la responsabilità solidale (con contratto sostanzialmente standard di costituzione di ATI) non possa che riferirsi "all'esecuzione dei lavori", nel limite ordinario in cui a tale esecuzione si prenda in qualche modo parte, e non "all'esecuzione altrui di lavori". Il dato non è di poco conto, proprio perchè la frase è seguita dalla specifica individuazione delle quote e parti di lavori da eseguirsi da parte di ciascuno, evidenziando chiaramente che la parte facente capo a E. è al di fuori dell'"esecuzione" di ogni altro partecipante. Pare allora cha la clausola non possa che essere letta nel contesto dell'atto ed alla luce della disciplina normativa della materia, per cui una siffatta formula, sostanzialmente standardizzata, non si ritiene affatto idonea ad introdurre una specifica garanzia al di là di quanto prescritto dalla legge. Né vale obiettare che neppure la mandataria partecipa all'esecuzione dell'opera "scorporata" eppure ne risponde; è infatti chiaro che un conto è l'eventuale lettura dell'accordo integrandovi una obbligazione anche non espressamente o chiaramente assunta ma prescritta dalla legge a cui, a prescindere dalla specifico impegno contrattuale, la mandataria non può sottrarsi; alto conto è leggere in una formula, quantomeno ambigua, una garanzia che avrebbe esclusiva origine contrattuale e si porrebbe in aggiunta ed al di là degli obblighi di legge oltre a, come già evidenziato, sostanzialmente contrastare con la ragione principale della scelta dell'ATI mista. In altre parole una interpretazione allo stesso tempo letterale, coerente alla luce delle diverse clausole contrattuali, e conforme al disposto normativo non potrebbe che portare ad intendere la garanzia prestata né più e né meno nei limiti di quanto ordinariamente prescritto dalla legge; d'altro canto, qualora il contenzioso vertesse sull'eventuale escussione della garanzia, a fronte di un simile disposto contrattuale, le imprese in ATI potrebbero indubbiamente limitare la garanzia a quella di legge, né si potrebbe ritenere l'amministrazione autorizzata a forzare il dato contrattuale in eccezione a quello normativo, oltretutto pretendendo di pervenire ad una interpretazione finale che contrasta con la ratio di fondo della deliberata scelta di presentarsi in ATI mista.

Pare dunque al collegio non condivisibile l'assunto per cui sarebbe evincibile dal tenore dei documenti dell'offerta una impropria garanzia di tutte le mandanti in relazione al servizio principale scorporato.

In aggiunta si evidenzia come il legislatore, nel vietare la separazione della prestazione principale, tenda ad ottenere anche un secondo effetto: la partecipazione pro quota all'attività (e non solo la responsabilità e il coordinamento) necessariamente anche in capo alla mandataria, interlocutore diretto della stazione appaltante; tale secondo effetto in nessun modo sarebbe ricavabile dall'offerta E. sicché, quale che sia l'interpretazione del contratto di conferimento di mandato con

rappresentanza, lo “scorporo” della prestazione principale produrrebbe comunque una violazione di legge.
Si ritiene pertanto corretto l’assunto della controinteressata secondo cui le modalità di formulazione dell’offerta E. erano contra legem e per tale motivo la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; né infine è sostenibile che l’amministrazione avrebbe potuto o dovuto sollecitare una correzione dell’offerta, poiché evidentemente si sarebbe trattato non di correggere dati formali ma di modificare la struttura e le scelte sostanziali dell’offerente, circostanza non suscettibile di sanatoria alcuna in corso di gara.
L’accoglimento del ricorso incidentale per il motivo di cui sopra assorbe ogni altra questione rendendo inammissibile il ricorso E. che, quale soggetto illegittimamente ammesso alla gara, avrebbe dovuto esserne esclusa.
La complessità e opinabilità della vertenza impone la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – sezione prima –
in accoglimento del ricorso incidentale dichiara inammissibile il ricorso principale.
Compensa le spese di lite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF
Alfonso Graziano, Referendario
Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 29/01/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO