



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 745 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da: COFELY ITALIA S.P.A. (gia' Elyo Italia S.r.l.), in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Siram S.p.A., GEFI - Gefi Servizi Immobiliari S.p.A., - Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Soc. Coop., EXITone S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Colarizi e Mario Vecchione, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Colarizi in Roma, via Panama, n. 12;

contro

REGIONE PIEMONTE, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Pafundi e Giovanna Scollo, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14a/4;

nei confronti di

IMPRESA GUERRATO S.P.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con il Consorzio Ravennate di Produzione e Lavoro Scarl, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I, n. 454 del 29 gennaio 2010, resa tra le parti, concernente GARA PER SERVIZIO DI GESTIONE IMPIANTI TECNOLOGICI;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Piemonte e dell'A.T.I. Guerrato S.p.A./Consorzio Ravennate di Produzione e Lavoro Scarl, che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Colarizi, Pafundi e Izzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione del Direttore Regionale Risorse Umane e Patrimonio n. 929/DA07.13 del 7 agosto 2008 la Regione Piemonte indiceva una procedura di gara aperta, ai sensi degli artt. 54 e 55 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'art. 28 della direttiva 2004/18/CE, per l'affidamento del "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 Regione Piemonte", per un importo complessivo di €. 24.009.797,00 I.V.A. esclusa, di cui €. 634.480,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso (così

suddiviso: A) Servizi di Gestione e Coordinamento dei Servizi di Manutenzione nonché Servizi di Manutenzione e Condizione Impianti Tecnologici, di cui al par. 2.1, lett. a), b), c), d), e), f), g), a corpo: €. 1.327.289,00 annuale, per complessivi (57 mesi) €. 6.518.373,00 I.V.A. esclusa, prestazione principale; B) Servizio Energia di cui al par. 2.1), lett. h), a corpo: €. 1.125.234,00 annuale, per complessivi max €. 5.255.855,00 I.V.A. esclusa, prestazione secondaria; C) Attività extracanone di cui al par. 2.2, lett. i), j), k), l), m), n), o), p) a misura: complessivi €. 4.294.249,00 I.V.A. esclusa, prestazione secondaria opzionale, così suddivisa: c.1 – lavori extra canone di cui al par. 2.2, lett. j), k), l), m), a misura €. 1.953.000,00 I.V.A. esclusa; c.2 – servizi extra canone di cui al par. 2.2, lett. i), n), p), a misura complessivi max €. 2.243.938,00 I.V.A. esclusa; c.3 – servizi ingegneria extra canone di cui all'art. 2.2 lett. o) a misura max €. 97.311,00 I.V.A. esclusa); - Ripetizione ex art. 57 comma 5 D. Lgs. 163/06 s.m.i., complessivi €. 7.941.320,00 I.V.A. esclusa, di cui: 1. Servizi di Gestione e Coordinamento dei Servizi di Manutenzione nonché Servizi di Manutenzione e Conduzione Impianti Tecnologici di cui al par. 2.1, lett. a), b), c), d), e), f), g), a corpo: €. 1.372.289,00 annuale, per complessivi (36 mesi) €. 4.116.867,00 I.V.A. esclusa, prestazione principale; 2. Servizio Energia di cui al par. 2.1 lett. h), a corpo: €. 1.125.234,00 annuale, per complessivi max 3.375.702,00 I.V.A. esclusa, prestazione secondaria; 3. Servizi extra canone di cui al par. 2.2, lett. i), n), p), a misura: complessivi max €. 448.751,00 I.V.A. esclusa, prestazione opzionale.

Era previsto che la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed erano a tal fine puntualmente indicati i criteri ed i vari sub criteri di valutazione con i relativi pesi e sub-pesi.

All'esito dell'articolato procedimento, giusta determinazione dirigenziale n. 631 del 28 maggio 2009, approvati i verbali della commissione di gara, il servizio in questione veniva aggiudicato definitivamente all'A.T.I. Guerrato (capogruppo) –

CR Consorzio Ravennate (d'ora in avanti A.T.I. Guerrato), la cui offerta aveva conseguito complessivamente punti 84,555, di cui punti 60,00 per l'offerta tecnica e punti 24,555 per la parte economica.

2. Con rituale e tempestivo ricorso giurisdizionale Elyo s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Siram S.p.A., GEFI Servizi Immobiliare S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. soc. coop. e EXITOone S.p.A. (d'ora in avanti A.T.I. Elyo, successivamente incorporata da Cofely Italia S.p.A.) chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte l'annullamento della citata determinazione dirigenziale n. 631 del 28 maggio 2009 alla stregua di due articolati motivi di censura, lamentando rispettivamente “Violazione di legge con riferimento agli artt. 2, 9.1, 11.5 del Capitolato speciale d'appalto ed all'appendice 6 allegata; Violazione di legge con riferimento all'art. 4 del disciplinare di gara; Violazione di legge con riferimento all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., nonché eccesso di potere sotto i profili della carenza assoluta di istruttoria e di motivazione; eccesso di potere sotto il profilo della perplessità, illogicità e contraddittorietà manifesta” e “Violazione di legge con riferimento agli artt. 86, 87, 88 e 89 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; Violazione di legge con riferimento all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., nonché eccesso di potere sotto i profili della carenza assoluta di istruttoria e di motivazione; eccesso di potere sotto il profilo della perplessità, illogicità e contraddittorietà manifesta”.

In sintesi, secondo la ricorrente, l'offerta dell'aggiudicataria era macroscopicamente inadeguata, contraddittoria, lacunosa ed in ogni caso non conforme ai requisiti previsti dalla lex specialis sia con riferimento al Sistema Informativo di Gestione (appendice 6 del capitolato speciale), sia con riferimento alle proposte di intervento ai fini del risparmio energetico, così che del tutto ingiustamente ed incomprensibilmente era stata valutata positivamente con riferimento proprio

all'offerta di essa ricorrente; inoltre lacunoso, perplessivo, illogico e contraddittorio era stato anche il giudizio positivo di congruità dell'offerta dell'A.T.I. Guerrato da parte dell'amministrazione appaltante, con particolare riguardo all'analisi della documentazione giustificativa, ai benefici dichiarati, al censimento e alla formazione dell'anagrafe tecnica e diagnosi energetica e degli oneri di progettazione.

3. L'adito tribunale, sez. I, nella resistenza della Regione Piemonte e dell'A.T.I. Guerrato (che aveva spiegato anche appello incidentale, lamentando la mancata esclusione dalla gara dell'A.T.I. Elyo s.r.l., sotto vari profili e articolando in particolare cinque motivi di censura, per violazione delle norme di gara, della par condicio, nonché carenza assoluta di motivazione, difetto di istruttoria e violazione degli artt. 34, 37, 41 e 42, nonché 49 del D Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anche con particolare riguardo all'istituto dell'avvalimento), con la sentenza n. 754 del 29 gennaio 2010, riteneva fondato ed assorbente il secondo motivo del ricorso incidentale dell'A.T.I. Guerrato e dichiarava inammissibile il ricorso principale.

Condivisa espressamente la tesi della natura paralizzante del ricorso incidentale, imperniato su censure volte a sostenere l'illegittimità dell'omessa esclusione dalla gara dell'A.T.I. ricorrente, il tribunale, premesso che era pacifico che l'offerta di quest'ultima prevedeva che la mandante EXITone S.p.A. avesse svolto il 100% dell'attività di costruzione e gestione dell'anagrafica tecnica e che tale prestazione che costituiva parte di quella qualificata come principale dalla lex specialis di gara, circostanza per altro assolutamente non contestata, rilevava che ciò non era compatibile con la natura di A.T.I. mista, propria della ricorrente, ed in particolare del suo segmento verticale che non poteva coinvolgere la prestazione principale.

In effetti, posto che la caratteristica dell'A.T.I. mista è proprio quella di combinare il modello dell'A.T.I. verticale con quello dell'A.T.I. orizzontale, "sicché all'interno della prima sono possibili ulteriori sub – raggruppamenti orizzontali che frazionano

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)", secondo il tribunale, ferma la massima flessibilità che consente la combinazione dei due modelli, restava in ogni caso dovuto il rispetto del limite di legge, così che il segmento di A.T.I. verticale che realizza lo scorporo non può coinvolgere la prestazione principale: nel caso in esame, quindi, non era sostenibile che EXITone S.p.A. operasse in A.T.I. orizzontale con la mandataria, come sostenuto dalla ricorrente (secondo cui si era in presenza di una mera ultronea specificazione dell'attività svolta dalla predetta EXITone S.p.A.), ciò non essendo coerente del resto con il tenore dell'offerta, né potendo condividersi la tesi secondo cui solo lo scorporo dell'intera prestazione principale integrerebbe la violazione dell'articolo 37 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

4. Cofely Italia S.p.A. (incorporante Elyo Italia s.r.l., capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Siram S.p.A., GEFI Servizi Immobiliare S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. soc. coop ed EXITone S.p.A.), dopo aver impugnato il dispositivo di sentenza n. 78 del 21 dicembre 2009, con motivi aggiunti ha chiesto la riforma della predetta sentenza, articolando il proprio gravame in tre parti, rubricate rispettivamente “A. Sulla sentenza del TAR Piemonte e sul secondo motivo di ricorso incidentale dell'A.T.I. Guerrato”; “B. Sugli altri motivi di ricorso incidentale” (a sua volta articolato, in un paragrafo di considerazioni generali e quattro paragrafi sui quattro motivi del ricorso incidentale di primo grado spiegato dall'A.T.I. Guerrato, assorbiti in primo grado dall'accoglimento del secondo motivo di ricorso incidentale) e “C. Paragrafo A – Sul secondo motivo di ricorso principale; Paragrafo B – Sul secondo motivo di

ricorso principale”: l'appellante ha sostenuto che i primi giudici, malamente apprezzando e travisando la sua effettiva natura di A.T.I., aveva inopinatamente accolto il secondo motivo del ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. Guerrato, ha poi evidenziato l'infondatezza degli altri motivi del ricorso incidentale spiegato dalla predetta A.T.I. Guerrato ed ha riproposto i motivi di censura sollevati con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, insistendo per l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'A.T.I. Guerrato.

Ha resistito al gravame la Regione Piemonte, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

Anche l'Impresa Guerrato S.p.A., nella ricordata qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. con il Consorzio Ravennate delle cooperative di produzione e lavoro s.c.p.a., si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto dell'avverso appello e spiegando appello incidentale con cui ha riproposto i motivi di censura del ricorso incidentale, volti a sostenere l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara dell'A.T.I. Elyo s.r.l., non esaminati dai primi giudici in quanto assorbiti.

5. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 19 aprile 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello principale è infondato, alla stregua delle osservazioni che seguono.

6.1. Con la prima parte del primo motivo di gravame Cofely Italia S.p.A., incorporante di Elyo Italia s.r.l. e subentrata pertanto a quest'ultima come capogruppo mandataria della relativa A.T.I. che aveva partecipato alla gara bandita dalla Regione Piemonte, ha sostenuto che l'intero impianto motivazionale della sentenza impugnata era viziato dall'erroneo apprezzamento della sua effettiva natura giuridica, giacchè, malgrado la sua dichiarazione resa in sede di gara di

essere un'A.T.I. mista, era stata effettivamente considerata come un'A.T.I. verticale ed in tal modo le era stata falsamente applicata la disciplina di cui all'art. 37 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In effetti, secondo l'appellante, l'essenza dell'A.T.I. mista era proprio quella per la quale nell'ambito delle diverse prestazioni oggetto dell'appalto, la ripartizione del lavoro tra le varie imprese raggruppate può assumere le forme più svariate, così che, diversamente da quanto sostenuto con il secondo motivo del ricorso incidentale da parte dell'A.T.I. Guerrato e inopinatamente condiviso dai primi giudici, del tutto correttamente l'A.T.I. Elyo per l'esecuzione della prestazione principale aveva scelto di costituire un sub – raggruppamento di tipo orizzontale composto da Elyo s.r.l. ed EXITone S.p.A., entrambe idonee allo svolgimento dei servizi di cui alla prestazione principale, senza che ciò comportasse alcuno scorporo della medesima; ciò rendeva, per un verso, non necessaria da parte di ogni singola impresa indicare le parti del servizio che avrebbero singolarmente eseguito, essendo tutte le imprese solidalmente responsabili, e, per un altro verso, irrilevante la specifica indicazione da parte di EXITone S.p.A. del tipo di prestazione che avrebbe eseguito, indicazione che, resa esclusivamente in omaggio ai principi di trasparenza e buona fede, aveva evidentemente sviato i primi giudici, che avevano confuso tra frazionamento della prestazione prevalente e scorporo di parte della stessa.

Avevano pertanto errato i primi giudici non riconoscendo la natura orizzontale del sub raggruppamento Elyo s.r.l. – EXITone S.p.A., affermando che l'unico segmento di attività svolto in A.T.I. verticale era soltanto l'attività svolta da EXITone, laddove la verticalità dell'A.T.I. in questione era da individuarsi proprio nel rapporto tra la capogruppo Elyo Italia s.r.l. e tutte le altre imprese del raggruppamento con riferimento alle prestazioni secondarie e scorporabili: ammettendo diversamente che la capogruppo mandataria dovrebbe in ogni caso

svolgere in forma diretta ogni parte della prestazione principale, senza possibilità di farla svolgere, anche in forma esclusiva da un'altra impresa, significherebbe negare lo stesso fenomeno dell'associazione temporanea di imprese orizzontale.

Secondo la prospettazione dell'appellante, inoltre, proprio sul piano della responsabilità solidale quanto all'esecuzione della prestazione principale (con riferimento alla previsione dell'art. 37, comma 5, primo capoverso, del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed alla dichiarazione resa dall'A.T.I. all'atto della sua stessa costituzione) potevano sicuramente desumersi solidi e sicuri argomenti a sostegno della natura orizzontale dell'A.T.I. Elyo Italia s.r.l. per la prestazione principale, giacchè veniva esclusa in radice la possibilità di uno scorporo di parte della prestazione principale e la configurabilità di un'A.T.I. verticale.

La tesi non è suscettibile di favorevole considerazione, non meritando la sentenza impugnata le critiche che le sono state mosse.

6.1.1. In punto di fatto occorre rilevare innanzitutto che, secondo quanto stabilito dalla lex specialis (bando di gara, punto II.2.1. e disciplinare, pag. 1, punto 4), oggetto della procedura aperta bandita dall'amministrazione regionale era "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 Regione Piemonte", per un importo complessivo di €. 24.009.797,00 I.V.A. esclusa, di cui €. 634.480,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Tale servizio era così suddiviso: A) Servizi di Gestione e Coordinamento dei Servizi di Manutenzione nonché Servizi di Manutenzione e Condizione Impianti Tecnologici, di cui al par. 2.1, lett. a), b), c), d), e), f), g), a corpo: €. 1.327.289,00 annuale, per complessivi (57 mesi) €. 6.518.373,00 I.V.A. esclusa, prestazione principale; B) Servizio Energia di cui al par. 2.1), lett. h), a corpo: €. 1.125.234,00 annuale, per complessivi max €. 5.255.855,00 I.V.A. esclusa, prestazione

secondaria; C) Attività extracanone di cui al par. 2.2, lett. i), j), k), l), m), n), o), p) a misura: complessivi €. 4.294.249,00 I.V.A. esclusa, prestazione secondaria opzionale, così suddivisa: c.1 – lavori extra canone di cui al par. 2.2, lett. j), k), l), m), a misura €. 1.953.000,00 I.V.A. esclusa; c.2 – servizi extra canone di cui al par. 2.2, lett. i), n), p), a misura complessivi max €. 2.243.938,00 I.V.A. esclusa; c.3 – servizi ingegneria extra canone di cui all'art. 2.2 lett. o) a misura max €. 97.311,00 I.V.A. esclusa).

Nel Capitolato Speciale d'Appalto par. 2 (Oggetto dell'appalto) sono puntualmente indicate le prestazioni principali: A1) Servizio di Gestione e Coordinamento dei Servizi di Manutenzione, articolato in: 1. Sistema Informativo e Gestione Richieste di Intervento; 2. Costituzione e Gestione dell'Anagrafe Tecnica; 3. Programmazione e rendicontazione delle Attività a canone; 4. Programmazione e rendicontazione delle Attività extra – canone; A2) Servizi di Manutenzione e Conduzione degli Impianti Tecnologici, articolato in. 1. Manutenzione e Conduzione Impianti di riscaldamento; 2. Manutenzione e Conduzione Impianti di Raffrescamento; 3. Manutenzione e Conduzione degli Impianti Elettrici; 4. Manutenzione e Conduzione degli Impianti di Trasporto verticale e orizzontale; 5. Manutenzione e Conduzione dell'Impianto Anticendio; 6. Manutenzione e Conduzione degli Impianti di Sicurezza e Controllo Accessi.

6.1.2. Deve aggiungersi, sempre in punto di fatto che, secondo quanto riportato nella dichiarazione in data 6 novembre 2008 resa ai fini della partecipazione alla gara in questione, Elyo Italia s.r.l. ha evidenziato che l'A.T.I. costituita da Elyo Italia s.r.l. (capogruppo, mandataria) e da Siram S.p.A., GEFI Servizi Immobiliari S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC soc. coop. e EXITone S.p.a. (tutte nella qualità di mandanti) era una “associazione temporanea di carattere misto” ed ha indicato che le parti della fornitura oggetto di gara sarebbero state così eseguite dai singoli operatori economici riuniti: 1) Elyo Italia s.r.l., attività di

coordinamento e tutte le prestazioni ed interventi previsti nell'appalto, salvo quanto in capo ad EXITone S.p.A. e gli eventuali interventi per i quali era richiesto il possesso dell'attestazione SOA per categoria OS4, per una quota complessiva dell'importo dell'appalto pari al 51%; 2) Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – società cooperativa, tutte le prestazioni ed interventi previsti nell'appalto, salvo quanto in capo a EXITone, per un quota complessiva dell'importo dell'appalto pari al 20%; 3) GEFI Servizi Immobiliari S.p.A., tutte le prestazioni ed interventi previsti nell'appalto, salvo quanto in capo ad EXITone e gli eventuali interventi per cui è richiesto il possesso di attestazione SOA per la categoria OS4, per una quota complessiva dell'importo dell'appalto pari a 12,5%; 4) Siram S.p.A., tutte le prestazioni ed interventi previsti nell'appalto, salvo quanto in capo ad EXITone e gli eventuali interventi per cui è richiesto il possesso di attestazione SOA per la categoria OS4, per una quota complessiva dell'importo dell'appalto pari a 12,5%; 5) EXITone S.p.A., tutte le prestazioni relative ai servizi di costituzione e gestione dell'anagrafica tecnica e d'ingegneria ivi comprese le attività per la certificazione energetica degli edifici per una quota complessiva dell'importo dell'appalto pari al 4%.

6.1.3. Giova ancora precisare che, secondo quanto stabilito dal secondo comma dell'articolo 37 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel caso di forniture e servizi “per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicate come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie”, mentre per “raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione”.

La giurisprudenza ha chiarito inoltre che con l'espressione “associazione orizzontale” si intende quella in cui ciascuna delle imprese riunite è responsabile nei confronti dell'amministrazione committente dell'intera prestazione e che in tal

caso la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rileva all'esterno (C.d.S., sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; 24 aprile 2002, n. 2208; 4 novembre 1999, n. 1805); per "associazione verticale" si intende quella in cui un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni scorporabili (Cd.S., sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440).

In definitiva mentre nel raggruppamento di tipo orizzontale, in cui tutte le imprese sono in possesso di un'identica specializzazione rispetto all'oggetto dell'appalto, la suddivisione delle prestazioni è meramente quantitativa, nel raggruppamento di tipo verticale la suddivisione delle prestazioni tra le varie imprese è di carattere qualitativo, la capogruppo eseguendo le prestazioni principali (come indicate dall'amministrazione appaltante) e le mandanti realizzando, invece, le altre prestazioni scorporabili (il che postula un oggetto complesso dell'appalto, costituito da prestazioni per le quali sono previste diverse e distinte specializzazioni); a tale distinzione corrisponde poi anche una diversa articolazione della responsabilità tra amministrazione appaltante e l'A.T.I., nel senso che mentre nell'associazione di tipo orizzontale tutti gli operatori economici sono solidalmente responsabili nei confronti dell'amministrazione appaltante per tutte le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto, nell'associazione di tipo verticale la sola mandataria resta responsabile dell'intero appalto, mentre le mandanti sono responsabili solo per le attività scorporabili da esse prestate.

E' ammessa anche la figura dell'A.T.I. mista (in tema di appalto di lavori) che ricorre allorquando, in presenza di un appalto complesso, le opere della categoria prevalente siano assunte, invece che dalla sola impresa capogruppo, da un'associazione orizzontale composta da essa con taluna delle imprese mandanti ovvero allorquando le opere scorporabili siano assunte in tutto o in parte orizzontalmente dalle imprese mandanti; una simile previsione, per il solo caso dei

lavori, è contenuta anche nel sesto comma del più volte citato articolo 37 del D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163, laddove è stabilito espressamente “Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all’articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l’importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale”.

6.1.4. Ciò premesso, sulla scorta del delineato substrato normativo e giurisprudenziale, pur riconoscendo che l’istituto del raggruppamento di imprese è da ritenersi uno strumento finalizzato ad ampliare la possibilità di partecipare alle gare pubbliche anche a soggetti singolarmente sprovvisti dei requisiti speciali richiesti (dalla legge o dalla *lex specialis* di gara), con evidenti funzioni antimonopolistiche e concorrenziali, idonee a dare concreta applicazione ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento cui deve essere ispirata l’attività della pubblica amministrazione, ciò nondimeno nell’ipotesi di A.T.I. mista, qual è quella dichiaratamente configurata dall’A.T.I. Elyo Italia s.r.l., non può prescindere dal principio fondamentale contenuto nel secondo comma dell’articolo 37 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui in caso di forniture e servizi nel raggruppamento di tipo verticale il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali dalla stazione appaltante.

Invero, nel caso in esame, è pacifico che EXITone S.p.A., dichiarata mandante dell’A.T.I. Elyo, avrebbe dovuto eseguire, oltre che una parte, pari al 4%, della prestazione secondaria (attività per la certificazione energetica), in evidente raggruppamento orizzontale con le altre mandanti, il 100% delle prestazioni

relative ai Servizi di costituzione e gestione dell'anagrafica tecnica, attività che, si è già avuto modo di evidenziare in precedenza, secondo il punto A1.2. del Capitolato Speciale d'appalto, costituisce una specifica parte della prestazione principale (puntualmente disciplinata dal par. 9.2.): ciò è impedito innanzitutto dalla sua specifica qualità di mandante e non di mandataria dell'A.T.I., che sola, secondo la previsione di legge e la puntuale prescrizione del bando, deve eseguire la prestazione principale, oltre che dal fatto che la predetta attività, come già evidenziato, costituisce una entità autonoma e specificamente individuabile dell'oggetto della prestazione principale (con carattere evidentemente qualitativo) e non già una sua mera frazione (carattere quantitativo) e non ne è neanche prevista in alcun modo neppure la sua scorporabilità.

Come giustamente evidenziato dai primi giudici la pur ampia flessibilità che deve essere riconosciuta allo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, con particolare riferimento all'ipotesi di A.T.I. mista, non può tuttavia giungere al travolgimento e alla sostanziale abrogazione della espressa norma che riserva alla sola mandataria, nel caso di appalto di forniture e servizi, l'esecuzione della prestazione principale: si tratta di una previsione che affida alla scelta discrezionale dell'amministrazione, in rapporto alle specifiche finalità che essa intende perseguire con l'affidamento all'esterno del servizio oggetto di gara, l'individuazione della prestazione principale che deve essere eseguita dalla mandataria, consentendole quindi un pregnante controllo sull'affidabilità della stessa e sulle conseguenti responsabilità per le obbligazioni derivanti dal conseguente contratto.

6.1.5. Né sotto tale ultimo profilo sono convincenti le argomentazioni svolte dall'appellante a sostegno della correttezza delle proprie tesi circa la possibilità che EXITone S.p.A. possa svolgere l'indicata parte della prestazione principale.

Anche a prescindere dalla circostanza che la responsabilità della sola impresa mandataria per la esecuzione delle prestazioni indicate dalla stazione appaltanti

come principali si atteggia come una conseguenza derivante direttamente ed esclusivamente dalla legge (comma 5 del più volte citato articolo 37, che limita la responsabilità delle mandanti all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza e nel caso che ci occupa per le sole prestazioni secondarie), deve condividersi la tesi dei primi giudici, peraltro neppure puntualmente contestata dall'appellante, circa la ricostruzione e la interpretazione del contratto di costituzione dell'A.T.I. in relazione alla sussistenza della espressa previsione della responsabilità di tutti i componenti del raggruppamento, avendo essi rigorosamente evidenziato che il tenore della clausola, peraltro ambigua, riguarda sicuramente l'esecuzione dei lavori e non già l'esecuzione dei lavori altrui, così che EXITone, quale mandante, non potrebbe sicuramente accollarsi la responsabilità solidale per le prestazioni principali che, secondo le previsioni della legge e quelle specifiche della lex specialis, devono essere eseguite esclusivamente dalla mandataria.

6.2. Alla stregua di tali considerazioni la esaminata parte del primo motivo di appello è da respingere, comportando la conferma della sentenza impugnata: il che esime la Sezione sia dall'esame dell'altra parte del primo motivo di appello (riguardante l'asserito possesso in capo ad EXITone S.p.A. dei requisiti per poter eseguire la prestazione principale), sia dall'esame degli ulteriori motivi di gravame, irrilevanti anche ai fini dell'eventuale effetto conformativo della successiva attività dell'amministrazione appellante.

7. All'infondatezza dell'appello principale e alla conferma della sentenza impugnata consegue poi l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dalla Guerrato S.p.A. per evidente carenza di interesse, tanto più che, come si ricava dallo stesso tenore letterale dell'atto, esso è stato avanzato in via cautelativa e quindi subordinatamente all'eventuale accoglimento dell'appello principale.

8. In conclusione deve essere respinto l'appello principale proposto dalla Cofely Italia S.p.A., mentre deve essere dichiarato improcedibile per carenza di interesse l'appello incidentale spiegato dall'A.T.I. Guerrato.

Sussistono tuttavia per la peculiarità delle questioni trattate giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla Cofely Italia S.p.A. (incorporante Elyo Italia s.r.l., capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Siram S.p.A., GEFI Servizi Immobiliare S.p.A., Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. soc. copp ed EXITone S.p.A.) e sull'appello incidentale spiegato dalla Guerrato S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con il Consorzio Ravennate della cooperative di produzione e lavoro s.c.p.a., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. I, n. 454 del 29 gennaio 2010, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)