



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3853 del 2012, proposto da:

Soc Pvb Solutions Spa in proprio e in qualità di capogruppo dell'ATI costituenda con le mandanti, Soc Eugenio Ciotola Spa, Soc Coimp Srl, tutte rappresentate e difese dagli avv. Angelo Clarizia, Pietro Adami, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Provincia di Roma, in persona del Presidente della giunta p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Massimiliano Sieni, Giovanna De Maio, con domicilio eletto presso Massimiliano Sieni in Roma, via 4 Novembre, 119/A;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione delle ricorrenti dalla gara di appalto per l'affidamento del servizio integrato energia e dei servizi di manutenzione degli impianti tecnologici del patrimonio immobiliare dell'amministrazione provinciale di Roma - lotti 1, 2 e 3, comunicato con nota del 14.5.2012, n. 74065;

dei verbali di gara del 14.5.2012 e del 26.4.2012;

della lex specialis di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2012 il dott. Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società PVB Solutions s.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI con le mandanti Eugenio Ciotola s.p.a. e CO.IMP. s.r.l., espone:

- di aver partecipato, per i primi tre lotti, alla gara, indetta dalla Provincia di Roma con bando pubblicato in data 14.10.2011, per l'aggiudicazione del servizio integrato energia e dei servizi di manutenzione degli impianti tecnologici del patrimonio immobiliare dell'amministrazione provinciale di Roma;

- che nella seduta del 10.5.2012 la Commissione di gara escludeva l'ATI PVB per la violazione dell'art. 92, comma 2 del DPR 207/2010, in quanto dall'esame della documentazione amministrativa risultava che le imprese CIOTOLA e CO.IMP. s.r.l. dichiararono, relativamente alle categorie dei lavori OG1, OG11, OS4, OS28 e OS30, una partecipazione (e conseguente esecuzione) pari al 50% cadauna. Invece, secondo la stazione appaltante, in caso di ATI mista, si vengono a costituire delle sub-associazioni di tipo orizzontale (con riferimento alle categorie scorporabili o alla categoria prevalente) a cui si applicano le norme dettate dall'art. 92 cit. per il modello associativo orizzontale, ovvero "la capogruppo deve possedere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti".

Avverso tale determinazione la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 34 e 37 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 92, comma 2, DPR 207/2010, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili.

Si è costituita la Provincia di Roma che ha depositato una memoria per chiedere il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata respinta da questo TAR con ordinanza n. 1953/2012.

Il Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, ha riformato la pronuncia del TAR, con ordinanza 2707/2012.

Tanto la ricorrente che la Provincia hanno depositato memorie difensive in vista dell'udienza.

All'udienza del 25.10.2012, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione sottoposta al collegio nel caso in esame è se in caso di ATI miste - vale a dire quei raggruppamenti temporanei di tipo verticale nei quali i lavori appartenenti alla categoria prevalente o alla categoria scorporabile sono assunti da imprenditori riuniti in raggruppamento di tipo orizzontale - debba o meno applicarsi al sub-raggruppamento orizzontale la previsione di cui all'art. 92, comma 2, del DPR 207/2010 dettata per le ATI orizzontali, in base alla quale - come si è detto - "la capogruppo deve possedere i requisiti (di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti".

In applicazione di questa norma, infatti, la Provincia ha disposto l'esclusione della ricorrente ATI in quanto le mandanti CIOTOLA s.p.a. e CO.IMP. s.r.l. partecipano al 50% alle categorie dei lavori OG1, OG11, OS4, OS28 e OS30, cosicché non viene individuata la capogruppo del sub-raggruppamento orizzontale.

Sostiene di contro la ricorrente nel primo motivo di ricorso che l'art. 92, comma 2, cit. non possa essere applicato alle ATI miste, in quanto in esse - così come nelle ATI verticali - non è configurabile una ripartizione dei lavori di tipo meramente quantitativo, dal momento che esse presuppongono sempre una suddivisione dei lavori tra categoria prevalente e categoria/e scorporabile/i.

Nemmeno si ravviserebbe la ratio della norma che è quella di individuare la mandataria dell'ATI orizzontale, la quale possiede e spenda i requisiti di qualificazione in misura maggioritaria, dal momento che una mandataria è sempre individuata nel caso della ATI mista e che, nel caso di specie, sicuramente la mandataria è la PVB la quale ha assunto la totalità delle prestazioni considerate prevalenti oltre che i lavori scorporabili ricompresi nella categoria OS3.

Nel caso di specie, dunque, la mandataria PVB possiede e ha speso i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle due mandanti, cosicché comunque l'art. 92, comma 2, del DPR dovrebbe dirsi rispettato.

La Provincia, invece, nella memoria depositata per l'udienza del 31.5.2012, ha contestato la ricostruzione della ricorrente, secondo la quale le ATI miste costituirebbero una sorta di tertium genus, in quanto in base alla lettera dell'art. 37, comma 6, ultimo periodo, del d.lgs. 163/2006, le ATI miste sono costituite da sub raggruppamenti di tipo orizzontale, ai quali non possono non applicarsi anche le norme dettate per il modello associativo orizzontale.

Peraltro, trattandosi di appalto con categorie scorporabili - prosegue la Provincia - il requisito del possesso

maggioritario di cui al comma 2 dell'art. 92 cit. non può che riferirsi all'importo delle singole categorie e non all'importo complessivo dei lavori.

1.1. Deve prendersi le mosse, in primo luogo, dal dato normativo: l'art. 37, comma 6, d.lgs. 163/2006, il quale espressamente prevede la possibilità della costituzione di un ATI mista, definendola come quel raggruppamento temporaneo di imprese nella quale i lavori riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporabili possono essere assunti da imprenditori riuniti in un raggruppamento temporaneo orizzontale.

E' dunque lo stesso dato letterale della norma che induce a ritenere che l'ATI mista non possa costituire un tertium genus ma che essa sia costituita da uno o più sub-raggruppamenti orizzontali che si aggiungono all'ATI verticale.

E' assolutamente coerente con questo dato normativo che la disciplina delle ATI orizzontali si applichi anche ai sub-raggruppamenti orizzontale.

In questi termini peraltro si è espressa la giurisprudenza prevalente, a proposito dell'applicazione dell'art. 95 DPR 554/1999 alle sub-associazioni orizzontali (v. in particolare TAR Campania, sent. 826/2011 che ha, in una fattispecie identica, affermato l'applicazione delle norme dettate per le ATI orizzontali alle sub-associazioni orizzontali componenti della ATI mista).

Non pare possibile invece sostenere, come fa la ricorrente, che nel caso di ATI mista l'esigenza dell'individuazione di una mandataria sia già soddisfatta avuto riguardo alla indicazione come mandataria della impresa che assume la categoria prevalente.

Infatti, giacché detto sub-raggruppamento orizzontale potrà essere costituito sia per la categoria principale che per ciascuna delle categorie scorporabili, è evidente che il requisito del possesso maggioritario dei requisiti deve riferirsi a ciascuna categoria di lavori (quella principale o ognuna di quelle scorporabili) e non all'appalto nel suo complesso, e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché, come si è detto, il sub-raggruppamento orizzontale potrebbe proprio essere costituito per assumere la categoria prevalente, pertanto in questo caso se le partecipazioni delle varie imprese facenti parte del sub-raggruppamento orizzontale fossero paritarie non sarebbe possibile individuare una sola mandataria.

In secondo luogo perché anche qualora – come nel caso di specie – il sub-raggruppamento orizzontale sia costituito per l'esecuzione di una o più categorie di lavori scorporabili, è comunque necessario individuare per ciascuna categoria scorporabile (ovvero per ciascuna sub-ati) una sub-mandataria, al fine di consentire alla amministrazione di interagire, in relazione alla categoria di lavori in questione, con un solo soggetto rappresentativo del raggruppamento temporaneo che si è assunto la realizzazione della specifica categoria scorporabile.

In sostanza, la stessa esigenza che giustifica per l'ATI orizzontale la previsione del possesso di una percentuale maggioritaria dei requisiti in capo alla mandataria si rinvia anche nel caso in cui si abbia una sub-raggruppamento orizzontale all'interno di un'ATI mista.

Infine, va anche rilevato che, nelle more della redazione della presente decisione, l'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici, nell'indicare il contenuto del Bando tipo che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero rispettare, è giunta alle medesime conclusioni fatte proprie da questo collegio circa l'applicabilità dell'art. 92, comma 2 del regolamento anche alle sub-Ati orizzontali, nell'ambito di un ATI mista.

E' in detta delibera infatti espressamente affermato che: “La disposizione relativa al possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la sub associazione orizzontale). Nel caso di raggruppamento verticale puro, invece, ogni concorrente deve avere i requisiti per la parte della prestazione che intende eseguire.” (Determinazione dell'Autorità per i lavori pubblici n. 4 del 10 ottobre 2012, Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 254 del 30/10/2012, recante BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-

bis, del Codice dei contratti pubblici.)

Anche secondo l'Autorità, dunque, in caso di ATI miste deve essere configurata una sub-associazione orizzontale alla quale deve essere applicata – al pari di ogni altra ATI orizzontale – la norma sul possesso maggioritario dei requisiti.

In conclusione, deve affermarsi l'applicabilità dell'art. 92 comma 2 DPR 207/2010 anche alle ATI miste, in relazione al sub-raggruppamento orizzontale, cosicché la prima doglianza della ricorrente deve essere respinta.

1.3. Nemmeno può essere condivisa la censura di parte ricorrente laddove si afferma che comunque nel caso di specie l'art. 92, comma 2, cit. sarebbe rispettato perché nell'ATI mista esiste comunque una mandataria (la PVB) che possiede e spende requisiti di qualificazione in misura maggioritaria, ovvero la quale ha assunto la totalità delle prestazioni considerate prevalenti oltre che i lavori scorparabili ricompresi nella categoria OS3.

Come si è detto la percentuale maggioritaria cui si riferisce l'art. 92, comma 2, non può essere rinvenuta con riferimento all'intero appalto, comprensivo cioè delle lavorazioni scorparabili e prevalenti, giacché esso si riferisce solo ai raggruppamenti (o sub-raggruppamenti, come si è sopra chiarito) di tipo orizzontale e solo per essi ha un senso trattandosi di ripartizione di tipo quantitativo nell'assunzione dei lavori della medesima categoria; inoltre costituisce un principio generale quello secondo cui in relazione a ciascuna categoria di lavori devono essere individuate le imprese che si assumono l'esecuzione delle singole parti del servizio o dei lavori.

Sul punto è interessante il monito della Adunanza plenaria n. 22/2012 secondo la quale "l'individuazione delle parti del servizio o della fornitura imputate alle singole imprese associate o associate si rende necessaria onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti in relazione ai requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economica-finanziaria fissati dalla *lex specialis*."

Nel caso di specie poi la questione è ulteriormente complicata dalla circostanza che si tratta di un ATI mista per l'esecuzione di un contratto di appalto misto di lavori e servizi, nell'ambito della quale le prestazioni di appalto di servizi costituiscono la categoria prevalente e sono assunte in relazione al servizio Energia e di Manutenzione ordinaria in via totalitaria dalla PVB mentre i lavori sono sostanzialmente tutti assunti dalle mandanti.

Appare pertanto evidente come non sia possibile individuare e definire la percentuale maggioritaria di cui all'art. 92, comma 2, in relazione all'appalto considerato nel suo complesso ma si debbano invece considerare solo le categorie scorparabili di lavori assunte nel caso di specie dal sub-raggruppamento orizzontale.

L'ATI infatti risponde proprio al fine di consentire alle imprese di cumulare i requisiti di natura tecnica ed economica e finanziaria, aventi carattere oggettivo (cfr. deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 265 del 26.7.2007). Detti requisiti, in caso di ATI (o di sub-ATI) orizzontale, non possono che riferirsi a ciascuna specifica categoria di lavori (quella prevalente o quelle scorparabili) e pertanto è sempre nell'ambito della singola categoria di lavori che deve essere valutato il possesso della partecipazione maggioritaria maggioritaria.

Ad identiche conclusioni è peraltro di recente giunta anche l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici la quale ha recentemente affermato: "... nel caso di lavori pubblici, l'art. 92, comma 2, del Regolamento, per i raggruppamenti di tipo "orizzontale", prevede, all'ultimo periodo, che «nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara»; la disposizione conferma l'orientamento più volte espresso dall'Autorità in relazione alla previgente normativa, secondo cui l'espressione «l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria» si riferisce ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e concretamente "spesa" ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto. Si precisa, al riguardo, che la mandataria deve spendere i requisiti nella percentuale maggioritaria in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella gara (cfr. parere AVCP

n.76 del 16 maggio 2012).” (Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 254 del 30/10/2012) BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici).

Anche sotto questo profilo, dunque, la doglianza va rigettata.

2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che la Provincia abbia erroneamente configurato un sub-raggruppamento orizzontale nel caso di specie così travalicando la volontà espressa dalle imprese partecipanti all’ATI, le quali hanno inteso costituire una sola ATI con una sola mandataria e due mandanti. D’altro canto, prosegue la ricorrente, sarebbe davvero illogico ritenere che una delle due mandanti debba assumere contemporaneamente anche il ruolo di mandataria del sub-raggruppamento orizzontale.

Il profilo è stato ripreso nella memoria depositata dalla ricorrente per l’udienza del 25 ottobre 2012, nella quale essa ha sottolineato anche che per la costituzione dell’ATI occorre un mandato con rappresentanza, quindi in carenza di mandato o di impegno a conferirlo non è configurabile alcun ATI o subATI, né – secondo la ricorrente – la costituzione della sub ATI potrebbe essere ricondotta all’art. 37, comma 6, ope legis.

La doglianza non può essere accolta ed è anzi – in relazione a quest’ultimo profilo – inammissibile per carenza di interesse.

Infatti, per come la censura è strutturata il suo accoglimento non potrebbe attribuire alcun vantaggio alla ricorrente: se infatti si vuol sostenere che la PVB Solutions spa e le altre due imprese Ciotola s.p.a. e CO.Imp. s.r.l. non hanno voluto costituire alcuna sub-ATI orizzontale, allora la conseguenza è che essi andavano esclusi per questo motivo. Infatti, come si è detto più volte, è l’art. 37, comma 6 del codice dei contratti a prevedere nel caso dell’ATI mista l’assunzione della categoria principale o delle categorie scorporabili da parte di un raggruppamento di tipo orizzontale. Se si vuole escludere il conferimento da parte delle ricorrenti del mandato a tali fini, nemmeno può dirsi costituita l’ATI mista nel suo complesso e quindi l’offerta andava per questa ragione giudicata inammissibile poiché nessuna delle due mandanti singolarmente considerate possedevano e spendevano i requisiti tecnici ed economici finanziari in misura sufficiente con riferimento alla totalità delle categorie scorporabili.

Invece, ritiene il collegio che correttamente la Provincia abbia interpretato la presentazione dell’offerta delle imprese ricorrenti come finalizzata alla costituzione di un’ATI mista e che – sempre correttamente- non abbia dato rilievo al dato formale della mancanza di uno specifico impegno alla costituzione di una sub-ati orizzontale, ritenendolo in sostanza implicito nell’intento di costituire l’ATI mista. La Provincia, però, non ha potuto non censurare l’assenza nella sub-ati orizzontale del rispetto di una prescrizione vincolante del Regolamento e cioè della partecipazione maggioritaria da parte della sub-mandataria, e solo per questo ha disposto l’esclusione della ricorrente.

2.1. Quanto alla non configurabilità in capo ad una delle due mandanti dell’ATI verticale anche del ruolo di sub-mandataria orizzontale, osserva il collegio che invece è proprio la struttura della ATI, mista che sopra si è ampiamente descritta, a far sì che per il sub-raggruppamento orizzontale debbano essere applicate tutte le norme previste per l’ATI orizzontale, tra cui anche quella del possesso maggioritario dei requisiti da parte della sub-mandataria, al fine di garantire alla stazione appaltante “un interlocutore forte” anche per le categorie di lavori scorporabili, ruolo che non può essere svolto dalla mandataria dell’ATI mista (La PVB Solutions s.p.a.), la quale si occupa unicamente della prestazione prevalente e solo in misura minima di alcuni dei lavori appartenenti alle categorie scorporabili. Naturalmente la mandataria dell’ATI mista nel suo complesso rimarrà quella che si assume la prestazione prevalente (nel caso di specie la PVB Solutions), ma ciò non esclude che limitatamente al sub-raggruppamento orizzontale una delle mandanti assuma anche il ruolo di sub-mandataria.(cfr. in termini Tar Campania, n. 826/2011).

3. Nel terzo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta che comunque la commissione avrebbe errato nel ritenere che “la misura per essere maggioritaria non può superare il 50% in capo alla capogruppo”, richiamando alcune pronunce giurisprudenziali che, in vigenza dell’art. 95 del D.P.R. 554/1999 avevano affermato la legittimità di una ripartizione al 50% dei lavori.

La doglianza, che si riferisce ad un quadro normativo ormai superato e non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, non può comunque trovare accoglimento.

Basti a questo proposito rapidamente ricordare che il problema si poneva in vigenza dell’art. 95 citato, in quanto la norma si limitava a prevedere: “L’impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria” e la giurisprudenza era all’epoca divisa nella sua interpretazione anche se la tesi prevalente era tuttavia nel senso che dovesse essere comunque garantito, in caso di due sole imprese facenti parte della ATI (o sub-ATI) orizzontale, il possesso dei requisiti in misura superiore al 50% (cfr. in tale senso Tar Liguria, 30 ottobre 2008, n. 1930 e C.G.A. per la Regione Siciliana, 11 aprile 2008, n. 306).

Con l’entrata in vigore dell’art. 92 del Regolamento attualmente vigente (DPR 270/2010), tuttavia, i problemi interpretativi devono ritenersi definitivamente superati giacché esso, al comma 2, espressamente specifica, come norma di chiusura, che “La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti”. (Cfr. TAR Campania n. 826/2011).

In questi termini si è espressa di recente anche l’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici (cfr. Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici).

Ora, nel caso in cui il sub-raggruppamento orizzontale sia composto, come nel caso di specie, da due sole imprese (le due mandanti dell’ATI mista), il requisito della partecipazione maggioritaria non può che essere inteso come possesso e spendita dei requisiti in misura superiore al 50% da parte della sub-mandataria, rispetto alla mandante, altrimenti non sarebbe una partecipazione in misura percentuale superiore a quella dell’altra impresa facente parte del sub-raggruppamento orizzontale.

4. Occorre a questo punto soffermarsi su un ultimo aspetto, che è stato valorizzato dal Consiglio di Stato in sede di appello sulla pronuncia di cautelare di primo grado, ma che si rinviene per la prima volta agli atti del giudizio nella memoria di replica presentata per l’udienza del 25 ottobre 2012 dalla ricorrente, come peraltro ha puntualmente evidenziato la Provincia nella sua memoria di replica.

Si tratta della questione della pretesa contrarietà con l’art. 4 della direttiva 2004/18 (il quale vieta che ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici richiedano ai raggruppamenti di operatori economici una forma giuridica specifica) della interpretazione fatta propria dalla Provincia dell’art. 92, comma 2 del regolamento n. 270/2000.

Secondo la ricorrente, la lettura di detta norma del regolamento, volta ad estendere i vincoli posti alle ATI e a configurare l’associazione temporanea di imprese come una sommatoria di molteplici sub-associazioni, tutte sottoposte a molteplici vincoli, tutte dotate di una sub-capogruppo, sarebbe profondamente in contrasto con il principio pro-concorrenziale di cui al citato art. 4 della direttiva comunitaria.

La censura è di tutta evidenza inammissibile o meglio irricevibile poiché tardiva, non essendo stata formulata nell’atto di ricorso.

Per mere ragioni di completezza, tuttavia, il collegio ritiene opportuno esaminarla.

Osserva il collegio che la disposizione comunitaria sopra richiamata deve essere intesa – come peraltro ha sempre fatto la giurisprudenza – nel senso di precludere alle amministrazioni di imporre ai raggruppamenti di imprese una forma giuridica specifica, quale ad esempio la forma societaria o consortile.

L'applicazione delle norme dettate dalla stessa normativa sui contratti pubblici al fine di garantire il controllo circa la spettanza e la sussistenza dei requisiti in caso di associazioni temporanee di imprese (tra le quali va annoverato anche il più volte citato art. 92, comma 2, del regolamento) non può configurarsi come una imposizione di una "forma giuridica", giacché essa è solo la logica conseguenza della decisione degli operatori economici di avvalersi dello strumento dell'ATI.

Detto strumento, come si è già detto, è finalizzato proprio ad ampliare la concorrenza e a consentire ad imprese anche di piccole dimensioni – che da sole non disporrebbero dei requisiti per presentare un'offerta – di cumulare i requisiti di natura tecnica ed economico-finanziaria al fine di poter partecipare alla gara. Lo stesso strumento della ATI mista risponde, in maniera ancora maggiore, alla medesima finalità, consentendo all'interno di un appalto anche per le categorie principali o scorporabili la costituzione di sub-associazioni orizzontali, in modo da permettere la maggiore partecipazione anche da parte di imprese di modeste dimensioni, in un'ottica chiaramente anti oligopolistica e pro-concorrenza.

E' chiaro però che una volta che gli operatori decidano di avvalersi dello strumento ATI (volto proprio a loro vantaggio) devono poi anche soggiacere all'applicazione di tutta la regolamentazione dell'istituto. Peraltro, l'obbligatoria individuazione nel sub raggruppamento orizzontale di una impresa avente requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti non comporta alcun obbligo di acquisto di una specifica forma giuridica né pare determinare un particolare aggravio tale da ledere in alcun modo la libertà concorrenziale, trattandosi piuttosto di una misura – come si è detto – volta semplicemente a garantire al migliore funzionalità dello strumento della ATI (o subATI) orizzontale. Nel caso di specie, sarebbe bastato che una delle due imprese facenti parte del sub-raggruppamento orizzontale dichiarasse di possedere e spendere il 51% dei requisiti tecnici ed economico finanziari acquisendo così il ruolo di sub-mandataria della sub associazione orizzontale e non vi sarebbe stato alcun problema di ammissione dell'offerta, così come peraltro ha rilevato anche la Provincia nella sua memoria per l'udienza del 31 maggio 2012 (v. p. 20).

Infine, rileva il collegio che la questione del rispetto della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa è stato esaminato in giurisprudenza ma con riferimento ad un altro, seppur connesso, aspetto: quello della determinazione del carattere maggioritario della partecipazione della singola impresa all'ATI orizzontale con riferimento non alle dimensioni in assoluto dell'impresa associata ma ai requisiti richiesti e concretamente spesi per lo specifico appalto.

Si è infatti affermato in giurisprudenza che "la diversa opzione ermeneutica comporterebbe un vincolo restrittivo al mercato (..) in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di maggiori dimensioni, impedendo alle altre di assumere il ruolo di mandatarie, se non associandosi con imprese minori e con minori requisiti (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6363)

Un altro profilo nuovo, sollevato per la prima volta nella memoria difensiva depositata per l'udienza del 25 ottobre 2012, attiene alla riformulazione, ad opera del d.l. 135/2012 del comma 13 dell'art. 37, il quale ora prevede solo nel caso di lavori che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo di imprese debbano eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione maggioritaria.

Da tale modifica normativa, la ricorrente trae la conseguenza che in caso di appalti di servizi sarebbe ora ammissibile che un'impresa nel settore dei servizi possa eseguire l'appalto in misura diversa dalla propria partecipazione all'ATI.

Tale prospettazione, a tacer di ogni altra considerazione, non appare calzante rispetto al caso di specie posto che, pur trattandosi dell'affidamento di un contratto di appalto misto di servizi e lavori, la sub-Ati orizzontale della quale si discute è stata costituita proprio per la realizzazione di categorie di lavori scorporabili (e non di servizi).

Sempre nella memoria, e dunque in modo irrituale, la ricorrente ha censurato l'impugnata esclusione per un altro profilo: l'amministrazione non avrebbe valutato il possesso maggioritario dei requisiti di qualificazione ma solo la conformazione delle quote dell'ATI.

Anche questo aspetto non può trovare accoglimento giacché la percentuale maggioritaria dei requisiti va valutata non solo con riferimento al possesso ma anche alla spendita, nella singola categoria di lavori, dei requisiti.

In conclusione, dunque, il ricorso deve essere respinto.

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 25 ottobre 2012, 15 novembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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