



DELIBERA N. 118

10 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da GRM Costruzioni S.r.l. – Accordo quadro – Progetto Aule d’Ateneo – Interventi di completamento, riqualificazione e messa a norma dei blocchi di servizi igienici e superamento barriere architettoniche - Importo a base di gara: 2.806.737,82 euro. S.A.: Università degli Studi di Catania.

PREC 6/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 48, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016;

Art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Raggruppamenti temporanei di imprese, dichiarazione di impegno, errore materiale, soccorso istruttorio.

Massima

Raggruppamenti temporanei di imprese – Dichiarazione di impegno - Errore materiale nell’attribuzione di una categoria di lavori – Interpretazione.

Raggruppamenti temporanei di imprese – Dichiarazione di impegno - Soccorso istruttorio – va escluso.

Va esclusa la ricorrenza di un errore materiale nella trascrizione delle categorie di lavori e nella specificazione delle quote di esecuzione quando dalla lettura della dichiarazione di impegno di un raggruppamento (prodotta in sede di gara) non vi sono elementi da cui desumere l’univoca volontà del raggruppamento di attribuire una determinata categoria ad una impresa diversa da quella erroneamente indicata, in quanto l’errore materiale deve consistere in una inesattezza o in una svista accidentale riconoscibile *ictu oculi* senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà dell’offerente.

La dichiarazione di impegno, resa ai sensi dell’art. 48, comma 4, del Codice, con cui le imprese che partecipano alla gara in raggruppamento temporaneo specificano le categorie di lavori e le quote che



saranno eseguite dai singoli operatori riuniti, costituisce un elemento essenziale dell'offerta, in quanto dichiarazione di impegno vincolante nei confronti della stazione appaltante, non integrabile né modificabile con il soccorso istruttorio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 96809 del 21 dicembre 2020, con la quale la società GRM Costruzioni S.r.l. (seconda classificata nella procedura in oggetto) ha contestato il provvedimento di aggiudicazione in favore del RTI composto dalle società Edil Restauri S.r.l. (mandataria) e Erregi Costruzioni S.r.l.s. (mandante) per violazione del principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quota di esecuzione dei lavori, alla luce del principio sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 27 marzo 2019;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 448 del 5 gennaio 2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalla SA (acquisita al prot. n. 2197 del 12 gennaio 2021) e dal RTI aggiudicatario Edil Restauri S.r.l. – Erregi Costruzioni S.r.l.s. (acquisita al prot. n. 1034 dell'8 gennaio 2021);

VISTI l'art. 4.4 del disciplinare di gara, che prescrive il possesso dell'attestazione SOA per le categorie OG1 – cl. III, OS3 – cl. III, OG2 – cl. II, OS30 – cl. II; nonché l'art. 4.6 del disciplinare che, in tema di ammissione dei raggruppamenti di imprese, richiama espressamente l'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 in relazione al possesso dell'attestazione SOA;

RILEVATO che dalla documentazione in atti (nonché da quella trasmessa dalla SA in seguito alla richiesta di integrazione documentale di cui alla nota prot. n. 5336 del 21.01.2021) risulta che, in sede di gara, il RTI Edil Restauri S.r.l. ha presentato una dichiarazione di impegno alla costituzione di RTI dalla quale risultava che *"per la realizzazione dell'opera le parti stabiliscono quanto segue: i lavori ricadenti nelle categorie OG 1 (100%) OS3 (100%) e OG2 (100%) saranno realizzati dalla ditta Edil Restauri S.r.l., i lavori ricadenti nella categoria OS30 (100%) saranno realizzati dalla ditta Erregi Costruzioni S.r.l.s.; e pertanto risultano le seguenti quote di esecuzione: impresa Edil Restauri S.r.l. 83,25%, impresa Erregi Costruzioni S.r.l.s. 16,75% sull'importo totale dei lavori"*. Dal verbale della seduta del 12.10.2020 risulta che il Seggio di gara aveva disposto l'esclusione del predetto RTI in quanto la mandataria, che tra le altre prestazioni aveva dichiarato di volere eseguire il 100% delle lavorazioni relative alla categoria OS3 (a qualificazione obbligatoria), non risultava in possesso della relativa attestazione (esclusione comunicata con nota del 15.10.2020). Il RTI Edil Restauri, in data 19.10.2020, ha chiesto la riammissione alla procedura, affermando che nella dichiarazione di impegno, per mero errore dovuto ad un refuso, aveva indicato di eseguire le lavorazioni relative alla categoria OS3 in luogo della mandante Erregi Costruzioni, in possesso di adeguata qualificazione nella categoria OG11. Il Seggio di gara, nella seduta del 22.10.2020, ha riammesso con riserva il RTI Edil Restauri, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice, richiedendo la rettifica dell'errore e la corretta indicazione delle imprese che avrebbero effettuato le lavorazioni previste nel bando, in possesso delle qualificazioni necessarie. In data 23.10.2020, il RTI Edil Restauri ha trasmesso una nuova dichiarazione di impegno (sottoscritta il 22.10.2020) nella quale si dichiara che: *"per la realizzazione*



dell'opera le parti stabiliscono quanto segue: i lavori ricadenti nelle categorie OG1 (100%) e OG2 (100%) saranno realizzati dalla ditta Edil Restauri, i lavori ricadenti nelle categorie OS3 (100%) e OS30 (100%) saranno realizzati dalla ditta Erregi Costruzioni S.r.l.s.; e pertanto risultano le seguenti quote di esecuzione: impresa Edil Restauri S.r.l. 51,77%, impresa Erregi Costruzioni S.r.l.s. 48,23% sull'importo totale dei lavori". Ricevuta tale nota, in data 27.10.2020, il Seggio di gara ha riammesso alla procedura il predetto RTI, proponendo in suo favore l'aggiudicazione, successivamente disposta con Determina del Direttore Generale dell'Università n. 358038 del 19.10.2020. Dalla documentazione in atti risulta inoltre che, in data 29.12.2020, è stato stipulato il contratto di appalto, sebbene non siano stati avviati i lavori (i quali, come comunicato dall'Amministrazione con nota del 26.01.2021, dovranno essere avviati entro il 19.02.2021);

RILEVATO che, in sede di memoria, il RTI aggiudicatario - riproponendo la tesi dell'errore materiale commesso nella dichiarazione di impegno presentata in gara - ha esposto che, nel caso di specie, non sarebbe pertinente il richiamo alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 6/2019, non essendo in discussione il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione, essendo stata, tale questione, superata dall'integrazione della dichiarazione a seguito del soccorso istruttorio disposto dalla SA (procedimento che, a detta di Edil Restauri, la società istante non avrebbe contestato in sede di precontenzioso);

CONSIDERATO preliminarmente che, diversamente da quanto sostenuto dal RTI aggiudicatario, dall'istanza di precontenzioso di GRM Costruzioni S.r.l. si evince chiaramente che è stata contestata la legittimità della riammissione in gara del RTI Edil Restauri, disposta all'esito del procedimento di soccorso istruttorio, richiamando anche i principi sanciti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 6/2019 che risultano, invece, pertinenti al caso di specie (come di seguito precisato);

VISTI l'art. 48, comma 4, del Codice (secondo cui "*nel caso di lavori, di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*"), nonché l'art. 92, comma 2, del D.P.R. (che espressamente prevede che "*Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. 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. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*");

CONSIDERATO che, ai sensi delle richiamate disposizioni, la giurisprudenza ha precisato che la specificazione, da parte delle imprese che partecipano alla gara in raggruppamento temporaneo, delle categorie di lavori e delle quote che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, in quanto dichiarazione di impegno vincolante nei confronti dell'Amministrazione, va formalizzata al momento della formulazione dell'offerta, costituendone elemento essenziale, non integrabile né modificabile con il soccorso istruttorio (Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4927). L'essenzialità dell'indicazione delle quote di esecuzione dei lavori nell'offerta delle imprese associate è stata affermata in giurisprudenza anche dall'Adunanza Plenaria n. 22/2020 (che ha affermato che "*l'offerta contrattuale, che non contiene la specificazione delle quote di lavorazione che saranno eseguite dalle singole imprese associate o associate, anche in un raggruppamento orizzontale, deve ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito dell'a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta*"), e dall'Adunanza plenaria n. 26/2012 (che ha statuito che l'obbligo di specificazione delle quote di esecuzione del contratto ex art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 è espressione di un principio generale che va assolto a pena di esclusione in sede di formulazione



dell'offerta, perché *"soddisfa l'esigenza, consustanziale alla funzione dei raggruppamenti (e dunque anche dei consorzi ordinari), che risulti quale sia il ruolo operativo assegnato a ciascuna delle imprese raggruppate e consorziate, allo scopo di evitare che si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione nel bando e consentire la partecipazione di imprese non qualificate"*);

CONSIDERATO, inoltre, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6 del 27 marzo 2019 ha definitivamente risolto il contrasto interpretativo in ordine alla mancanza del requisito di qualificazione di una impresa in misura corrispondente alla quota dei lavori assunta all'interno del raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta, sancendo il principio secondo cui la mancanza di tale requisito è causa di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara, essendo irrilevante che il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso dei requisiti di qualificazione sufficienti all'esecuzione dei lavori. Partendo da una interpretazione dei requisiti di qualificazione "personale" (riferiti cioè alla singola impresa facente parte del raggruppamento e funzionali a assicurare la stazione appaltante sulle sue serietà, professionalità e capacità imprenditoriale in ordine alla realizzazione di quella parte di lavoro), la richiamata pronuncia ha sottolineato che *"una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici"*;

RITENUTO, dunque, che i principi sanciti dalle richiamate pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato inducono ad affermare che è necessario che l'impegno assunto dalle imprese riunite sia definito al momento della partecipazione alla gara, perché esso è *"un elemento che attiene all'offerta e non al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Attraverso questa dichiarazione le imprese assumono un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante, in vista dell'(eventuale) esecuzione del contratto"* (Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4927; Id. 21 giugno 2017, n. 3029). Non è ammissibile la modifica delle singole categorie di lavorazioni riferite ai membri del raggruppamento rispetto a quanto indicato in sede di offerta, perché si inficerebbe la validità dell'offerta stessa (Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919). Più precisamente, come sottolineato dall'Adunanza Plenaria n. 6/2019, la non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una mera imprecisione formale ovvero in un errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici;

RITENUTO, inoltre, che nel caso di specie non vi erano i presupposti per configurare la sussistenza di un errore materiale commesso dal RTI Edil Restauri né per l'attivazione del procedimento di soccorso istruttorio;

CONSIDERATO, infatti, che sul concorrente grava l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immodificabile, che lo stesso deve attenersi all'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. e che opera nei suoi confronti il principio di autoresponsabilità, non potendo l'offerente modificare *ex post*, per asseriti errori, quanto ha dichiarato in sede di gara, va osservato che l'errore materiale suscettibile di correzione nelle gare pubbliche è quello che si estrinseca in una *"mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta, e che deve emergere ictu oculi, cosicché la sua eliminazione non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione"* (Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2016, n. 4237; Id., 5 novembre 2014, n. 5468; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016). Si deve, dunque, trattare di un errore rilevabile *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né a dichiarazioni integrative o rettifiche dell'offerente (cfr. TAR Emilia, Romagna, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 800; T.R.G.A., Bolzano, 29 ottobre 2020 n. 265 che, con riferimento a casi analoghi a quello di specie,



escludono i presupposti per configurare un errore materiale nella trascrizione delle categorie di lavori e delle percentuali assegnate ai componenti di un RTI);

RITENUTO che, nel caso di specie, in base alla dichiarazione di impegno presentata dal Edil Restauri in sede di gara, ai sensi dell'art. 48, comma 4, del Codice, non poteva affermarsi che la volontà del RTI fosse quella di attribuire alla mandante Erregi Costruzioni S.r.l.s. la categoria OS3 e la relativa quota. Dalla lettura della dichiarazione non si ricavano elementi da cui desumere che si era trattato di un mero refuso, anche considerando che nella ripartizione delle quote di esecuzione dei lavori l'importo di tale categoria era stato computato nella quota della mandataria e non in quella mandante; tant'è che nella nuova dichiarazione di impegno prodotta dopo il soccorso istruttorio, il RTI ha anche modificato le quote di esecuzione e non solo l'attribuzione della categoria OS3 (modificando, inammissibilmente, la manifestazione di volontà resa in precedenza);

CONSIDERATO, inoltre, che per pacifica giurisprudenza, non è ammissibile il soccorso istruttorio per modificare la dichiarazione con cui il RTI, in sede di gara, ha specificato le parti del servizio che saranno eseguite dai membri del raggruppamento. Non può esservi dubbio riguardo al fatto che l'attribuzione delle diverse categorie di lavorazioni e delle quote di partecipazione alle imprese componenti il raggruppamento temporaneo costituiscono un elemento essenziale dell'offerta, che non può essere modificato attraverso il soccorso istruttorio (cfr. TAR Emilia Romagna, n. 800/2020 cit.; TRGA Bolzano, n. 265/2020 cit.; Cons. Stato, n. 4927 cit.; TAR Campania, Salerno, sez. I, 18 giugno 2020, n. 688; TAR Abruzzo, sez. I, 8 novembre 2019, n. 552);

RITENUTO, in conclusione, che l'indicazione dell'attribuzione della categoria OS3 alla mandataria Edil Restauri (la quale è risultata essere priva della relativa qualificazione) non costituiva una irregolarità formale sanabile con il soccorso istruttorio.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto, in applicazione dei principi sanciti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio n. 6/2019 e dalla giurisprudenza sopra citata, il RTI capeggiato da Edil Restauri S.r.l. non doveva essere riammesso alla gara all'esito dell'attivazione (illegittima) del procedimento di soccorso istruttorio. Per l'effetto, anche il provvedimento di aggiudicazione in favore del predetto RTI non è conforme alla normativa di riferimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente