



DELIBERA N. 84

20 febbraio 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da Sistem Costruzioni S.r.l. – Procedura aperta ai sensi dell’art. 71 del d.lgs. 36/2023 avente ad oggetto l’affidamento dei lavori di ampliamento del fabbricato di Via Radini Tedeschi n. 67/69/71/73, n. 87/89/91/93 e di Via Marinai d’Italia n. 1/3 in Piacenza per la realizzazione di n. 14 alloggi ERP e spazi comuni – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza Missione 5 Componente 2 - Importo a base di gara: euro 4. 365.379,16 – S.A. ACER Piacenza – CIG: A01C8A0274

UPREC-PRE 6-2024-L-PREC

Riferimenti normativi

Artt. 68, 97 d.lgs. n. 36/2023; art. 30 dell’Allegato II.12 d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

RTI - lavori – quote – diligenza – errore - esclusione

Massima

RTI - lavori – indicazione delle quote di partecipazione e di esecuzione – obbligo di diligenza - errore nella compilazione dell’offerta – esclusione

Il concorrente ha l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immodificabile e deve attenersi all'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176 c.c.. Nei suoi confronti opera il principio di autoresponsabilità, non potendo l'offerente liberamente modificare *ex post*, per asseriti errori, quanto ha dichiarato in sede di gara. Nel caso in cui l’offerente incorra in un errore nella formulazione dell’offerta, in particolare nell’indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e delle quote di esecuzione delle lavorazioni, l’esclusione non è legata al venir meno del requisito di qualificazione, bensì alla errata compilazione dei documenti di partecipazione, per cui una correzione successiva si pone in violazione della *par condicio* fra i concorrenti.

Riferimenti normativi

Art. 2, co. 2 dell’Allegato II.12 d.lgs. n. 36/2023



Parole chiave

RTI - lavori – sub-raggruppamento – quinto

Massima

RTI - lavori – sub-raggruppamento orizzontale – incremento del quinto – si applica con riferimento all'importo della singola categoria

L'incremento premiale del quinto della propria classifica, che si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 febbraio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 116338 del 28 dicembre 2023, e successiva memoria, presentata dall'operatore economico Sistem Costruzioni S.r.l. in qualità di mandatario del costituendo RTI con l'operatore economico mandante Raimondi Francesco di Raimondi ing. Sergio S.r.l., che chiede all'Autorità di esprimersi con riguardo all'esclusione del raggruppamento dalla gara bandita dall'Acer di Piacenza per l'affidamento dei lavori riguardanti alloggi di edilizia residenziale pubblica. L'istante rappresenta che la mandataria era in possesso dell'attestazione SOA OG1 classifica VII e, nell'ambito del raggruppamento, dichiarava di partecipare con una percentuale dell'85,82% assumendo l'impegno ad eseguire il 49,82% della categoria principale OG1 e il 100% delle categorie scorporate, che avrebbe poi subappaltato. La mandante, in possesso dell'attestazione SOA OG1 classifica II, partecipava al raggruppamento con una percentuale del 14,18% e dichiarava di assumere l'impegno ad eseguire il 50,18% della categoria OG1. La stazione appaltante rilevava tuttavia che la mandante non risultava qualificata ad eseguire i lavori della categoria OG1 nella misura dichiarata del 50,18%, corrispondenti a un importo di € 619.239,01, in quanto il possesso della qualificazione nella classifica II arrivava a coprire una quota di lavori pari a € 516.000,00. La S.A. osservava inoltre che la quota dichiarata di partecipazione della mandante al raggruppamento non risultava coerente né con la qualificazione né con la quota che essa si era impegnata ad eseguire, e pertanto assegnava al concorrente un termine per fornire chiarimenti. Il raggruppamento odierno istante provvedeva quindi a riformulare le percentuali corrette, affermando che quelle dichiarate in sede di partecipazione erano frutto di un refuso e che la corretta ripartizione delle percentuali di esecuzione dei lavori era del 58,19% in capo alla mandataria e del 41,81% in capo alla mandante, mentre le quote di partecipazione al raggruppamento erano da intendere nella misura dell'88,18% per la mandataria e dell'11,82% per la mandante. A seguito del provvedimento di esclusione del RTI adottato dalla stazione appaltante, l'istante sottopone all'Autorità, innanzi tutto, la questione della possibilità di rimodulare le quote di partecipazione ad un raggruppamento anche in un



momento successivo alla presentazione delle offerte, alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici. In proposito egli invoca preliminarmente l'art. 68, co. 17 del d.lgs. 36/2023, che contempla la possibilità di recesso anche quando il raggruppamento si riduce ad un unico soggetto, e alla luce di tale disposizione afferma la possibilità di un recesso "parziale", inteso quale modificazione delle quote di partecipazione anche in sede di gara a prescindere dalla finalità per cui viene operata tale modifica, nei limiti della permanenza dei requisiti. L'istante richiama poi l'art. 97 del d.lgs. 36/2023, che contempla i casi in cui un componente del raggruppamento perda i requisiti di qualificazione e determina le condizioni al sussistere delle quali non occorre escludere l'intero raggruppamento, ed infine l'art. 30 dell'allegato II.12 al codice, secondo cui le quote di partecipazione al raggruppamento possono essere liberamente stabilite entro i limiti di qualificazione posseduti, e i lavori sono eseguiti 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. Alla luce di tale disposizione, l'istante afferma che il provvedimento di esclusione è da intendere quale diniego di autorizzazione adottato in carenza dei presupposti, dal momento che la stazione appaltante avrebbe omesso di effettuare la prescritta verifica di compatibilità con i requisiti di qualificazione. Ulteriormente, il raggruppamento istante chiede se l'errata indicazione delle quote di partecipazione e di esecuzione sia da ritenere quale semplice refuso che sarebbe possibile correggere. La modifica delle percentuali dichiarate, secondo l'istante, non costituirebbe modifica sostanziale dell'offerta e pertanto non violerebbe alcun principio, né sarebbe rinvenibile alcuna disposizione diretta a sanzionare l'operatore economico che tenda eventualmente ad evitare l'effetto escludente dalla procedura. Infine, l'istante sottopone all'Autorità anche la questione specifica della possibilità che la mandante possa giovare dell'aumento della propria classifica di un quinto al fine di eseguire la percentuale di lavori dichiarata, affermando che, contrariamente a quanto affermato dalla S.A., il calcolo della classifica posseduta dovrebbe essere rapportato non già all'intero importo dei lavori a base di gara bensì all'importo della singola categoria SOA assunta dal raggruppato;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 6933 in data 16 gennaio 2024;

VISTA la memoria della stazione appaltante Acer di Piacenza, acquisita al prot. n. del 2024, con cui essa evidenzia che il nuovo codice dei contratti, pur non vietando la modificazione del raggruppamento in sede di gara, ammette la rimodulazione delle quote solo al sussistere delle condizioni previste all'art. 68, co. 17 e al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97. La S.A. esclude che tali condizioni sussistano nel caso di specie, nel quale non si verificava alcuna "perdita" dei requisiti di qualificazione bensì l'esclusione veniva disposta a causa dell'errore nel quale incorreva il raggruppamento nella determinazione delle quote di partecipazione, e conseguentemente nella formulazione della domanda di partecipazione. Secondo l'impostazione della S.A., in questo caso rilevarebbe un difetto *ab origine* del requisito di qualificazione, che come tale non potrebbe consentire il recesso in quanto la modifica *ex post* delle quote del raggruppamento avrebbe, secondo la S.A., il chiaro scopo di porre rimedio a una causa di esclusione e si tradurrebbe in una modifica sostanziale dell'offerta presentata. Nel richiamare la giurisprudenza in materia, la S.A. osserva in proposito che, dal momento che l'offerta è da intendere quale atto negoziale recante una dichiarazione di impegno giuridicamente vincolante, sarebbe possibile solamente correggere eventuali palesi inesattezze o refusi, ipotesi però non rinvenibile nel caso di specie;

VISTO l'art. 68 del d.lgs. 36/2023, che al comma 2 specifica che «Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle». Il comma 17 riproduce poi la disposizione sul recesso del partecipante al raggruppamento che era già prevista al comma 19 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, e che consente il recesso *ad nutum* (anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto) di una o più imprese raggruppate, sempre che



le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione (v. Relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti della commissione speciale del Consiglio di Stato);

VISTO l'art. 97 (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti) del d.lgs. 36/2023, secondo cui «[...] il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta». Il secondo comma prevede che «se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'art. 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata»;

VISTO l'art. 30 dell'allegato II.12 al d.lgs. 36/2023, a tenore del quale le quote di partecipazione al raggruppamento possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato, e 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;

VISTA la giurisprudenza (T.A.R. Puglia, 30 dicembre 2023, n. 1492) che si è pronunciata su un caso analogo a quello in questione in una gara bandita ai sensi del nuovo codice dei contratti d.lgs. 36/2023, rilevando che l'esclusione del raggruppamento in tal caso non è legata al "venir meno" del requisito di qualificazione, bensì «alle modalità di compilazione dei documenti di partecipazione alla gara che il concorrente dovrebbe curare con l'impiego della diligenza e della professionalità proprie dell'operatore economico professionale», evidenziando che «la modifica *ex post* del raggruppamento e delle relative quote di esecuzione non può reputarsi una misura sufficiente e tempestiva, perché a tal fine il raggruppamento avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di adottarla precedentemente». Il giudice precisava che tale conclusione, ricavata dall'interpretazione letterale della norma, trova conforto sia nella pronuncia della Corte di Giustizia UE 3 giugno 2021 nella causa C-210/20, sia dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato sul progetto di codice dei contratti pubblici;

CONSIDERATO che, già in vigenza del codice dei contratti d.lgs. 50/2016, il giudice amministrativo (T.R.G.A. Trentino -A. Adige Bolzano, 29 ottobre 2020, n. 265) aveva avuto modo di chiarire che «la 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 (e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 marzo 2019, n. 6). [...] Premesso che la regola generale afferma che grava sul concorrente l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immodificabile e 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 liberamente modificare *ex post*, per asseriti errori, quanto ha dichiarato in sede di gara, posto che al momento della sua presentazione l'offerta si cristallizza, e pertanto non può essere variata (TAR Lombardia, Sez. II, Milano 6 maggio 2020, n. 739), va osservato che l'errore materiale suscettibile di correzione nelle gare pubbliche è quello che si estrinseca in un'inesattezza o in una svista accidentale, chiaramente riconoscibile da chiunque e rilevabile dal contesto stesso dell'atto, senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà, e il cui contenuto resti individuabile e individuato senza incertezza (Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5468). La giurisprudenza è pacifica nell'affermare che non sono ammesse operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violata la *par condicio*, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza (Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998)». La stessa giurisprudenza ha evidenziato che «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 dunque non può essere modificato attraverso il soccorso istruttorio. [...] Ne consegue che le quote di partecipazione indicate nell'offerta non possono ritenersi modificabili *ex post* per sopperire ad eventuali carenze di qualificazione, a pena di incorrere nella violazione dei principi della *par condicio* fra i concorrenti e di trasparenza» (T.A.R. Trentino - A. Adige Bolzano, n. 265/2020 cit.);

VISTA la Relazione illustrativa della commissione speciale del Consiglio di Stato istituita per la formulazione del nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 36/2023, dalla quale si ricava che "La facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta, così ritenendo di contemperare il principio di *par condicio* con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare) a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un'offerta ammissibile e della velocità della procedura;

CONSIDERATO che costituisce principio generale quello per cui «gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate da tale amministrazione aggiudicatrice. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano quindi a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente» (Corte di Giustizia UE, 3 giugno 2021 nella causa C-210/20);

CONSIDERATO che non risulta applicabile al caso di specie neppure l'ipotesi di recesso contemplata adesso dall'art. 68, co. 17 del d.lgs. 36/2023, in quanto esso risulterebbe finalizzato ad ovviare ad una carenza del requisito dichiarato in sede di offerta. In relazione al recesso da un raggruppamento l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha osservato, in relazione al regime previgente disciplinato dall'all'art. 48, co. 19 del d.lgs. 50/2016, che esso attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18 (vicende soggettive del mandatario o del mandante), ma «solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. Ed il recesso in tanto è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti "abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" e sempre



che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia “finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara”» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2 del 25 gennaio 2022);

RITENUTO quindi, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che nel caso di specie l'esclusione del raggruppamento istante sia conforme alla normativa in quanto l'offerente ammetteva di essere incorso in un errore nella formulazione dell'offerta, in particolare nell'indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e delle quote di esecuzione delle lavorazioni. Come evidenziato dalla giurisprudenza viene in rilievo, nel caso di specie, il dovere di diligenza che grava sul partecipante alla procedura di gara. L'esclusione, quindi, non è legata al “venir meno” del requisito di qualificazione, bensì alla non corretta compilazione dei documenti di partecipazione, che il concorrente doveva curare con attenzione. La modifica *ex post* delle quote di partecipazione e di esecuzione dichiarate in sede di offerta unitamente all'impegno a realizzare quanto dichiarato, così come richiesto dall'art. 68 del d.lgs. 36/2023, non potrebbe neppure configurarsi quale misura sufficiente e tempestiva ai sensi del richiamato art. 97 del d.lgs. 36/2023, perché a tal fine il raggruppamento avrebbe dovuto dimostrare l'impossibilità di adottarla precedentemente;

CONSIDERATO, con riguardo alla possibilità, per la mandante, di usufruire dell'incremento di un quinto della propria classifica, di richiamare le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 2 e 3 del 13 gennaio 2023, con le quali è stata interpretata la disposizione recata nel regime previgente dall'art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010 e riprodotta all'art. 2, co. 2 dell'Allegato II.12 al nuovo codice dei contratti d.lgs. 36/2023. La questione sottoposta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria riguardava per l'appunto le modalità di applicazione della disciplina dettata dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 ad un raggruppamento misto. In proposito, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa osservava che, nell'ambito del raggruppamento misto, per la categoria prevalente o scorporata i cui lavori sono stati assunti da plurime imprese, si viene a creare, con riferimento al singolo sub-raggruppamento orizzontale, una situazione del tutto assimilabile a quella del raggruppamento orizzontale, e che «l'ancoraggio del beneficio ad una classifica pari ad almeno un quinto degli specifici lavori – e non già, irragionevolmente, alla totalità indistinta ed eterogenea dei lavori posti a base d'asta – garantisce del resto una più specifica e mirata garanzia di professionalità dei singoli partecipanti al raggruppamento misto rispetto ad una classifica in ipotesi commisurata al complesso di tutti i lavori posti a base d'asta». Il principio di diritto accolto quindi dall'Adunanza Plenaria è che «*la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara*»;

RITENUTO che la questione dell'incremento del quinto sottoposta all'Autorità con la presente istanza di parere debba essere risolta alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale appena richiamata, si osserva che nel caso di specie la mandante, risultando qualificata per una classifica pari ad almeno il 20% dell'importo della categoria prevalente OG1, sarebbe in grado di accedere al beneficio dell'incremento di un quinto della propria classifica. Resta il fatto che, nonostante tale aumento, essa non raggiungerebbe comunque, anche se per poco, la percentuale di lavori del 50,18% della categoria OG1 dichiarata in sede di offerta;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:



- nel caso di specie, l'esclusione del raggruppamento istante è conforme alla normativa in quanto l'offerente ammetteva di essere incorso in un errore nella formulazione dell'offerta, in particolare nell'indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e delle quote di esecuzione delle lavorazioni. L'esclusione, quindi, non è legata al "venir meno" del requisito di qualificazione, bensì alla non corretta compilazione dei documenti di partecipazione, che il concorrente doveva curare con diligenza;
- l'incremento premiale del quinto della propria classifica, che si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, si applica anche alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 febbraio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente