

Pubblicato il 12/04/2021

N. 01155/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00509/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 509 del 2021, proposto da

- IDROGEDIL S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo della costituenda ATI con Consores S.r.l., Gangi Impianti S.r.l. e Palitalia S.r.l. (mandanti);

- CONSORES S.r.l., in proprio e nella qualità di mandante della costituenda ATI con Idrogedil S.r.l. (mandataria), Gangi Impianti S.r.l. e Palitalia S.r.l. (mandanti);

- GANGI IMPIANTI S.r.l. in proprio e nella qualità di mandante della costituenda ATI con Idrogedil S.r.l. (mandataria), Consores S.r.l. e Palitalia S.r.l. (mandanti);

in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Patrizia Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Antonio Veneziano n.69;

contro

Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

per l'annullamento

- del verbale di gara n. 1 relativo alla seduta pubblica del 15 febbraio 2021, recante l'esclusione del concorrente costituendo R.T.I., dalla procedura aperta indetta dal Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento dell'appalto “IV Atto Integrativo A.d.P. – AG Raffadali – “Opere per la eliminazione del rischio idrogeologico di difesa del Rione Barca” - Codice ReNDis 19IRC73/G1 - Importo complessivo dei lavori € 6.179.265,59 CUP J69D16002090001 - CIG 856309270F”;
- del provvedimento prot. n. 43 del 17 febbraio 2021, comunicato a mezzo PEC, con cui il RUP, ex art. 76, comma 5, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., ha disposto e comunicato al ricorrente la sua esclusione dalla gara per la seguente motivazione “la mandante Gangi Impianti non possiede il requisito di qualificazione necessario alla esecuzione dei lavori nella misura del 10,73% per la categoria OS21” integralmente ripresa dal verbale di gara n. 1 relativo alla seduta pubblica del 15 febbraio 2021;
- per quanto di ragione della legge di gara, nella misura in cui, con riguardo all'incidenza della categoria OS21 sull'intero importo di gara, la S.A. ha indicato un'incidenza percentuale del “77,84” incorrendo nel medesimo errore materiale in cui è incorso il RTI ricorrente;
- del diniego tacitamente frapposto a fronte dell'istanza di riesame avanzata dall'odierno ricorrente;
- nonché di tutti gli atti e verbali di gara, gli ulteriori atti e verbali anche istruttori (ancorché non conosciuti) nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio in videoconferenza del giorno 8 aprile 2021

il dott. Sebastiano Zafarana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. Con ricorso notificato il 15/03/2021 e depositato in pari data, l'RTI ricorrente ha esposto:

- che con Decreto Commissariale n. 2371 del 16/12/2020, il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana ha autorizzato l'indizione della gara, da svolgersi mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per l'affidamento dell'appalto dei lavori inerenti l'intervento "AG 420 Raffadali - Opere per la eliminazione del rischio idrogeologico di difesa del Rione Barca", da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi degli articoli 60 e 95 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50;
- che l'importo complessivo dei lavori posto a base di gara era pari ad € 6.179.265,59 di cui € 6.076.385,03 per lavori soggetti a ribasso d'asta ed € 102.880,56 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso;
- che il bando di gara, al punto 3.2 "Classificazione di lavori", ha previsto che *"ai sensi dell'art. 61 del DPR 207/2010 e s.m.i. l'intervento è costituito dalle seguenti categorie di opere generali (OG) e speciali (OS):*
 - OS 21 Opere strutturali speciali Classifica V importo € 4.809.769,99 – incidenza 77,84 - Categoria prevalente;
 - OG 8 Sistemazione idraulica Classifica III Bis importo € 1.097.254,54 – incidenza 17,76 - categoria scorporabile;
 - OG 13 Opere di ingegneria naturalistica Classifica II importo € 272.241,06 - incidenza 4,40 categoria scorporabile";

- che il costituendo RTI, composto dalle imprese ricorrenti, ha presentato la propria offerta incorrendo in un errore materiale - imputabile al foglio elettronico utilizzato (Excel) - nella redazione del Mod.1 relativamente alla mandante Gangi Impianti s.r.l., avendo erroneamente indicato una quota di partecipazione al RTI in misura pari al 10,73% dell'ammontare della categoria in OS21 piuttosto che la più puntuale percentuale del 10,728%; ciò, tuttavia, senza che la detta mandante abbia assunto né abbia dichiarato di assumere in alcun modo una corrispondente quota (10,73%) di esecuzione dei lavori in OS21 (neppure dichiarando in tal senso di voler usufruire dell'incremento del quinto), intendendo viceversa eseguire dette lavorazioni nei soli limiti dei requisiti posseduti (OS21, class. II); la detta mandante ha inoltre indicato una quota di partecipazione al RTI in misura pari al 100% dell'ammontare della categoria in OG8;

- che nel corso della seduta di gara del 15 febbraio 2021 il Seggio di gara ha proceduto all'esclusione del RTI Idrogedil rilevando che *“la mandante Gangi Impianti non possiede il requisito di qualificazione necessario alla esecuzione dei lavori nella misura del 10,73% per la categoria OS21”*, di tal che Gangi Impianti non potrebbe beneficiare dell'incremento del quinto della propria classifica, per quanto previsto dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. 207/2010, poiché detto incremento è da riconoscersi solo a condizione che l'impresa che ne intende beneficiare sia già qualificata per un importo pari ad almeno un quinto dell'importo contrattuale;

- che il successivo 17 febbraio è pervenuto al RTI ricorrente il provvedimento prot. n. 43, con cui è stata comunicata l'esclusione dalla gara dell'RTI Idrogedil per la seguente motivazione: *“la mandante Gangi Impianti come dichiarato nel Mod. 1 partecipa alla composizione dell'ATI per una quota pari al 10,73% della categoria OS21 che la obbliga pertanto a coprire un importo pari ad € 516.088,32; la sopraddetta impresa è in possesso di attestazione SOA per la categoria OS21 Classe II per un importo pari ad € 516.000,00; l'art. 61 comma 2 del DPR 207/2010 stabilisce che “la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare*

alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione 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; la sopradetta impresa ai sensi del sopracitato articolo non possiede quindi i requisiti necessari per poter usufruire dell'incremento del quinto. Si rileva pertanto che la stessa non possiede il requisito di qualificazione necessario alla esecuzione dei lavori nella misura del 10,73% della categoria OS21; costituisce principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui la partecipazione alla gara da parte dell'impresa associata in ATI può avvenire solo a condizione del possesso dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di partecipazione al raggruppamento, e che in applicazione dell'art. 92 comma 2 del DPR 207/2010, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori cui si è impegnata una delle imprese costituenti il RTI in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori (cfr. in termini Consiglio di Stato A.P. n. 6/2019))".

- che l'RTI, in data 24 febbraio 2021 ha inoltrato all'ente resistente, istanza di riesame invitandolo a rivedere il proprio operato e ad intervenire in autotutela senza ricevere alcun riscontro.

1.2. Il gravame è affidato alle seguenti censure.

I) Eccesso di potere per istruttoria carente ed insufficiente, per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti. - Eccesso di potere per difetto di proporzionalità ed abnormità del provvedimento adottato. - Violazione dei principi in tema di emendabilità dell'errore materiale e degli artt. 1430 e segg. c.c. Violazione dell'art. 56, co. 3, della Direttiva 24/2014/UE. - Violazione dell'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016. - Violazione del dovere di soccorso istruttorio. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 92, comma 2, D.p.r. n.207/2010.

II) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 61, comma 2, del D.p.r. n.207/2010.

1.3. In data 22/03/2021 si è costituita in giudizio la difesa erariale per il Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, la quale ha depositato atto di mera forma e documenti.

1.4. In data 30/03/2021 la difesa erariale ha anche depositato una memoria difensiva chiedendo il rigetto del ricorso richiamando la sentenza di questa Sezione n.1871/2020.

1.5. In data 06/04/2021 l'RTI ricorrente ha depositato una memoria difensiva.

1.6. Alla camera di consiglio dell'8 aprile 2021, previo avviso al difensore di parte ricorrente presente in videoconferenza, il ricorso è stato posto in decisione per l'immediata definizione con sentenza breve, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., omesso ogni avviso alla parte non presente in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art 25, comma 2, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137.

DIRITTO

2. Il ricorso è fondato.

2.1. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6 del 2019 – citata nel provvedimento di esclusione - ha chiarito che *“una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito posseduto 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 vevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare)”*.

L'Adunanza Plenaria ha enunciato, in conclusione, il seguente principio di diritto:

“In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione

dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori”.

2.1. Tuttavia, come più volte riconosciuto dalla giurisprudenza, la rettifica di eventuali errori è considerata ammissibile a condizione che si tratti di correzione di errori materiali, necessariamente riconoscibili, in aderenza all'indirizzo espresso dall'art. 56, co. 3, della Direttiva 24/2014/UE e in virtù della previsione di cui all'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016.

In particolare la “riconoscibilità” dell'errore deve essere valutata ex ante e ciò significa che deve essere palese sia il fatto che l'offerente è incorso in una svista, sia l'effettiva volontà negoziale che lo stesso ha inteso manifestare; ma sempre a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente.

Inoltre, la correzione non si può sostanziare in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la *par condicio*, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III , 20/03/2020 , n. 1998 e T.A.R. , Catanzaro , sez. I , 01/10/2019 , n. 1636).

2.2. Alla stregua dei superiori principi il Collegio deve pertanto valutare la sussumibilità, nella categoria dell'errore materiale, della erronea indicazione della percentuale di partecipazione della mandante Gangi Impianti s.r.l., nella categoria OS21 (10,73% piuttosto che 10,728%); e, inoltre, la sua facile riconoscibilità ex ante.

La ricorrente deduce infatti che l'errore materiale commesso dall'RTI ricorrente sarebbe imputabile all'utilizzo del foglio di calcolo elettronico (Excel) per la redazione del Mod. 1, il quale avrebbe *automaticamente arrotondato* la percentuale effettivamente voluta del 10,728% (corrispondente ad €

516.000) al decimale superiore, tramutandola nella percentuale del 10,73% (corrispondente invece ad € 516.088,00); e quindi di soli € 88,00 superiore a quello per cui detta mandante era abilitata in base alla qualificazione posseduta (€ 516.000,00) in OS21.

2.3. Ritiene il Collegio che, nel caso in esame, l'errore materiale commesso sia emendabile per le seguenti ragioni:

- l'arrotondamento automatico al decimale superiore apportato dal foglio di calcolo elettronico costituisce un'evenienza che per dati di comune esperienza è frequentemente ricorrente;
- l'arrotondamento della percentuale è nel caso in esame marginale, come conseguentemente marginale è lo scostamento di soli 88,00 euro rispetto alla quota di qualificazione posseduta (€ 516.000,00);
- la spiegazione offerta è indubbiamente avvalorata dalla circostanza che nel medesimo errore materiale è incorsa la stessa Stazione Appaltante la quale, nella stesura della legge di gara, con riferimento proprio all'incidenza della categoria OS21 sull'intero importo di gara, ha indicato un'incidenza percentuale del "77,84%", che costituisce appunto un arrotondamento (verosimilmente operato dal foglio di calcolo elettronico) rispetto alla percentuale di incidenza realmente corretta che è invece pari al "77,83724 %"; non può infatti revocarsi in dubbio che il 77,84% dell'importo complessivo dei lavori a base di gara (pari ad € 6.179.265,59) non corrisponde ad € 4.809.769,99 come indicato nel bando dalla Committenza, bensì ad € 4.809.940,33, con una differenza di € 170,34 perfino maggiore di quella di € 88,00 rimproverata alla ricorrente;
- l'RTI Idrogedil è nel complesso ampiamente qualificato per l'esecuzione delle opere in oggetto e, per quel che qui interessa, per l'intero ammontare delle opere in OS21; non avrebbe avuto dunque alcun interesse a profittare di una errata indicazione delle quote di partecipazione in OS21 e peraltro in misura così marginale (di soli € 88);

- né, infine, la mandante Gangi Impianti S.r.l. ha mai dichiarato di voler eseguire il 10,73% delle lavorazioni in OS21.

2.4. Per quanto precede, appare dunque illegittima l'esclusione diretta della ricorrente, disposta dalla S.A. senza prima richiedere chiarimenti in merito all'indicazione percentuale contestata.

In considerazione della obiettiva marginalità dello scostamento rilevato e dell'evidenza dell'errore materiale, la Stazione appaltante avrebbe dovuto ammettere un doveroso soccorso istruttorio al fine di consentire all'RTI la regolarizzazione della dichiarazione relativa alle (sole) quote di partecipazione (e non anche di esecuzione) indicate nel Mod.1, ferma ovviamente restando l'invarianza dei soggetti partecipanti al raggruppamento medesimo e differendo unicamente ed impercettibilmente l'organizzazione e la ripartizione delle attività assunte in OS21.

3. Conclusivamente, assorbita ogni altra censura, il ricorso è fondato e va accolto, e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati.

4. Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti tenuto conto che l'errore materiale che ha dato luogo al giudizio è stato pur sempre commesso dall'RTI ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio in videoconferenza del giorno 8 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO