



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 45 del 2016, proposto da:
Societa' Passarelli S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso l'avv.
Lietta Calzoni in Perugia, Via Bonazzi, 9;

contro

Comune di Perugia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli
avv.ti Rossana Martinelli, Sara Mosconi e Luca Zetti, con i quali è elettivamente
domiciliato in Perugia, Via Guglielmo Oberdan n. 50;

nei confronti di

A.T.I. De Biase Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con C.L.C. & C. S.r.l.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Armenante ed Eugenio D'Esposito,
con domicilio eletto presso l'avv. Francesca Paola Renzoni in Perugia, Via del
Villaggio S. Livia, 16;

per l'annullamento

- della determina dirigenziale dell'U.O. Engineering e Sicurezza sul lavoro del Comune di Perugia n. 144 del 2.12.2015, con la quale si è disposta l'aggiudicazione dei lavori di rifunzionalizzazione del mercato coperto di Perugia in favore dell'A.T.I. De Biase; - della nota del Comune di Perugia prot. n. 220858 del 21.12.2015 di comunicazione della determina sub a), ai sensi dell'art. 79 comma 5 lett. a), del D.lgs 163/2006; - di tutti i verbali di gara ed, in particolare, del verbale del 15.10.2015, con il quale si è chiesto all'A.T.I. DE Biase di rettificare le quote di partecipazione e del successivo verbale del 4.11.2015 di successiva presa d'atto della modifica; - ove occorra, della nota del Comune di Perugia di richiesta di rettifica delle quote; - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Perugia e dell'A.T.I. De Biase Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che nella fattispecie sussistono i presupposti per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., potendosi dunque fare ricorso alla sentenza in forma semplificata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente premette di avere partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Perugia, per l'affidamento dei lavori per la rifunzionalizzazione del

mercato coperto cittadino; il sistema di aggiudicazione previsto era quello del prezzo più basso, mediante ribasso sull'elenco dei prezzi posto a base di gara (complessivamente pari ad euro 3.893.941,31, di cui euro 1.706.718,71 per costi ed oneri relativi alla sicurezza e costo della manodopera, non soggetti a ribasso).

Espone di essere risultata seconda graduata (con un ribasso del 31,322 per cento), mentre l'appalto è stato aggiudicato, con determina dirigenziale n. 144 del 2 dicembre 2015, all'A.T.I. De Biase Costruzioni e C.L.C. & C. S.r.l., con un ribasso del 31,421 per cento.

Aggiunge di avere appreso, a seguito dell'accesso documentale, che l'A.T.I. aggiudicataria ha illegittimamente modificato, in corso di gara, come si desume dai verbali del 15 ottobre e del 4 novembre 2015, il riparto delle quote di partecipazione al raggruppamento onde sanare il deficit di qualificazione dell'impresa mandante.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione ed i suindicati verbali di gara la Passarelli S.p.a. ha esperito il presente ricorso, allegando il seguente motivo di diritto : violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del principio di immutabilità dell'offerta; violazione dei principi di trasparenza e di imparzialità e *par condicio*; eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto di istruttoria, travisamento, arbitrarietà e travisamento.

Il costituendo raggruppamento De Biase Costruzioni-C.L.C. & C. S.r.l. ha partecipato alla gara dichiarando le seguenti quote di partecipazione e di qualificazione : De Biase 65 per cento; C.L.C. S.r.l. 35 per cento; ciò significa che, con riguardo alla categoria prevalente di lavori OG2, di importo pari ad euro 3.700.524,36, in conformità delle quote di partecipazione, De Biase doveva sostenere il lavoro nella misura di euro 2.405.340,83 e C.L.C. nella misura di euro 1.295.183,53. Sennonchè le imprese raggruppate sono in possesso delle seguenti qualificazioni SOA : De Biase OG2 CL. IV, fino ad euro 2.582.000, C.L.C. OG2,

CL. III fino ad euro 1.033.000. Appare evidente che la C.L.C. S.r.l. mandante, anche con l'incremento del quinto, non è in possesso di una qualificazione adeguata per coprire la quota del 35 per cento di partecipazione in A.T.I.

Tale deficit di qualificazione non può essere sanato attraverso una modifica postuma dell'impegno negoziale di riparto delle quote dell'A.T.I. dichiarata aggiudicataria; di qui l'illegittimità della determinazione della Commissione di gara (di cui al verbale del 15 ottobre 2015) che ha invitato l'A.T.I. De Biase ad una rettifica delle quote, e l'invalidità della successiva integrazione e modifica della dichiarazione negoziale di impegno alla costituzione dell'A.T.I., con cui il raggruppamento ha proceduto alle rettifiche nel modo che segue : De Biase 70 per cento (mandataria), C.L.C. S.r.l. 30 per cento (mandante).

La rettifica richiesta non è consentita neppure alla stregua del soccorso istruttorio, previsto dall'ordinamento per la dimostrazione dei requisiti di ordine generale, ovvero delle dichiarazioni richieste ai concorrenti dal bando o dal disciplinare di gara.

Si è costituito in giudizio il Comune di Perugia puntualmente controdeducendo alle censure avversarie e chiedendo la reiezione del ricorso.

Si è altresì costituita la De Biase Costruzioni S.r.l. analogamente concludendo per la reiezione del ricorso.

Nella camera di consiglio del 23 marzo 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione nel merito.

DIRITTO

1.- Il *thema decidendum* implicato dalla presente controversia, avente ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto, di cui alla determina dirigenziale n. 144 in data 2 dicembre 2015, è costituito dalla possibilità o meno di effettuare, in corso di gara, da parte delle partecipanti alla medesima, una lieve rettifica delle percentuali di partecipazione al raggruppamento detenute dalla mandante e dalla

mandataria di un'A.T.I. orizzontale, onde sanare un deficit di qualificazione della mandante.

In particolare, come già esposto, lamenta la società ricorrente che l'A.T.I. aggiudicataria, essendo stato rilevato, nel corso delle sedute del 15 e del 23 ottobre 2015, che la mandante C.L.C. S.r.l., al pari di altre imprese, non aveva la qualificazione SOA conforme alla quota di partecipazione dichiarata (pari al 35 per cento), ha provveduto, su istanza della Stazione appaltante, ad una rettifica postuma dell'impegno negoziale (ad una nuova dichiarazione di impegno a costituire un R.T.I.), attribuendo alla mandante stessa il 30 per cento della quota di partecipazione/esecuzione, in asserita violazione del principio di immodificabilità dell'offerta e di *par condicio*, oltre che dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, in assenza altresì dei presupposti di operatività del soccorso istruttorio.

Il Comune di Perugia, da parte sua, allega che nell'indicazione del riparto delle quote di partecipazione il raggruppamento ha commesso un errore materiale, non incidente sul contenuto dell'offerta, eccedendo nella quota riferita alla mandante C.L.C., peraltro in modo riconoscibile stante il rinvio all'attestazione SOA (da parte sia della impresa mandante che della mandataria) ostesa proprio al fine comprovare la qualificazione; aggiunge l'Amministrazione, nei propri scritti difensivi, che in ogni caso ciò che conta, ai fini della partecipazione, ovvero esclusione dalla gara, è documentare il possesso dei requisiti di qualificazione (ed è pacifico che nel caso di specie la mandataria e la mandante sono attestate per la categoria OG2 in classifica IV e III), e non anche indicare le percentuali di partecipazione al raggruppamento (costituendo) orizzontale al momento di presentazione dell'offerta.

2. - Il ricorso non appare meritevole di positiva valutazione, e deve dunque essere disatteso.

Occorre muovere dal presupposto per cui, ai sensi dell'art. 37, comma 13, del codice dei contratti pubblici, i concorrenti a gara pubblica riuniti in R.T.I. devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, con la conseguenza che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e sussiste la necessità che la quota di partecipazione sia stabilita e manifestata dai componenti all'atto della partecipazione alla gara, e non in sede di esecuzione del contratto.

In questa cornice, si tratta ora di capire se la richiesta rettifica (riguardante peraltro non solo il R.T.I. De Biase Costruzioni S.r.l., ma anche altri cinque raggruppamenti) e la successiva dichiarazione emendata sulle quote di partecipazione presentata dal raggruppamento aggiudicatario costituisca violazione dell'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, del principio della *par condicio competitorum*, nonché dell'immodificabilità dell'offerta quale atto negoziale.

Pur non potendosi tenere del tutto separati i tre profili da scrutinare, esistendo margini di inevitabile implicazione o complementarietà, sotto il primo aspetto si registrano in giurisprudenza due differenti interpretazioni della disposizione del comma 9 dell'art. 37, e dunque, da una parte, si segue l'interpretazione letterale per cui il divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei viene riferito alle fattispecie di subentro od ingresso di nuova compagine imprenditoriale nell'A.T.I. partecipante (in termini, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1293), d'altro canto si postula che anche la sola modifica delle percentuali di partecipazione comporta un'alterazione qualitativa della soggettività giuridica del raggruppamento, incidente sul regime dei requisiti di qualificazione (in tale senso T.A.R. Molise, 28 gennaio 2010, n. 121).

Ritiene il Collegio che la prima opzione ermeneutica, almeno nella controversia in esame, sia da preferire, non solo perché rispondente alla *littera legis* (combinato

disposto dei commi 9 e 18-19 dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici), ma anche in quanto più coerente con la *ratio legis*, rinvenibile in un'esigenza di contemperamento tra il principio del libero accesso alle gare (in specie da parte di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni) ed il principio di necessaria affidabilità dei soggetti stessi.

In questa prospettiva, è evidente che la modesta rettifica delle percentuali di partecipazione al raggruppamento detenute dalla mandante e dalla mandataria non pone in discussione l'affidabilità del raggruppamento aggiudicatario, che ha comunque, nel suo complesso, i requisiti di partecipazione prescritti dagli artt. 61, comma 2, e 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, circostanza peraltro non contestata in questa sede.

Ciò vale tanto più allorchè la ripartizione delle quote di partecipazione concerna, come è nel caso di specie, un'associazione temporanea di tipo orizzontale, caratterizzata cioè dal fatto che ogni impresa riunita è responsabile solidalmente ed illimitatamente, nei confronti dell'Amministrazione, dell'esecuzione dell'intera opera (proprio in quanto le imprese associate od associande sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto) e la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rileva all'esterno, con la conseguenza che la ripartizione delle quote di partecipazione può essere la più varia (in termini Cons. Stato, Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3769).

3. - Le considerazioni che precedono in ordine alle associazioni temporanee di tipo orizzontale rendono evidente come il profilo della *par condicio* venga in rilievo in modo del tutto residuale, ove, come nella fattispecie controversa, non sia contestato il possesso dei requisiti da parte dell'A.T.I. De Biase nel suo complesso. E' infatti chiaro che l'indicazione delle quote ha la finalità di consentire alla Stazione appaltante la serietà e l'affidabilità dell'offerta, consentendo la verifica della coerenza della stessa con i requisiti di qualificazione.

La rettifica delle percentuali di partecipazione non incide dunque sulla *par condicio*, come avverrebbe in caso di modifica dell'offerta tecnica od economica, od anche di integrazione documentale delle medesime, tale da colmare *in itinere* un'iniziale e sostanziale inadeguatezza, in pregiudizio degli altri concorrenti.

Si può, in qualche misura, affermare a tale riguardo che la rettifica delle percentuali di partecipazione originariamente dichiarate per un'A.T.I. orizzontale si atteggi in modo non sostanzialmente dissimile dall'integrazione documentale attestante il possesso dei requisiti di partecipazione. Probabilmente può leggersi in questa prospettiva anche la determina n. 1 in data 8 gennaio 2015 dell'A.N.A.C. che ha ritenuto sanabile l'omissione o l'incompletezza dell'obbligo dichiarativo in ordine alle quote di partecipazione al R.T.I.

4. - Quanto, poi, all'asserito *vulnus* al principio di immodificabilità dell'offerta arrecato dalla rettifica, seppure lieve, delle percentuali di partecipazione al raggruppamento detenute dalla mandante e dalla mandataria, ritiene il Collegio che effettivamente la rettifica sia conseguenza di una riformulazione della dichiarazione di impegno a costituire l'A.T.I. inficiata da un errore materiale riconoscibile (quasi errore di calcolo, rettificabile anche secondo la disciplina civilistica di cui all'art. 1430 del cod. civ.), dovendosi la dichiarazione interpretare alla stregua dell'attestato di qualificazione alla stessa allegato, dal quale erano bene evincibili le categorie e classifiche di qualificazione. La lettura congiunta della dichiarazione di impegno recante l'indicazione della quota e dell'attestato di qualificazione consentiva di riconoscere l'errore materiale consistente nello scostamento rispetto alla classifica di qualificazione. Ed inoltre consentiva di evincere l'esatta volontà del raggruppamento, per attribuire un significato utile e non inficiato da intrinseca contraddittorietà alla dichiarazione stessa.

Si verte dunque al di fuori dell'ambito proprio della modificazione dell'offerta, che è inammissibile in quanto comporta un cambiamento degli elementi compositivi

dell'offerta, come originariamente presentata, in assenza di un errore riconoscibile, e dunque al solo scopo di fare apparire seria ed attendibile un'offerta che invece non era stata adeguatamente meditata, o, per meglio dire, di consentire ad un concorrente di riparare ad un errore commesso in sede di composizione dell'A.T.I. nella ripartizione delle relative quote di esecuzione dei lavori.

Tutt'al contrario, nella fattispecie la Stazione appaltante ha seguito una visione sostanzialistica nella celebrazione della gara, ammettendo un raggruppamento (poi risultato aggiudicatario) in possesso del requisito di capacità economico-finanziaria (seppure erroneamente dichiarato) e documentalmente dimostrato (emergendo una qualificazione del raggruppamento per euro 4.338.000,00, superiore all'importo a base di gara, pari ad euro 3.893.941,31).

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere respinto in ragione dell'infondatezza dei motivi dedotti.

Sussistono tuttavia giusti motivi, connessi alla obiettiva complessità della vicenda dedotta in giudizio, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/04/2016

IL SEGRETARIO

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