



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### **DELIBERA N. 529 DEL 17 maggio**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da G.R. Costruzioni s.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento di lavori di risanamento idrogeologico del centro storico nel Comune di Auletta. Importo a base di gara euro: 6.639.954,83. Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Auletta (SA)

### **PREC 61/16/L**

#### **Responsabile Unico del Procedimento – Presidente della Commissione – Compatibilità – Verifica anomalia dell'offerta – Procedimento – Sindacato ANAC**

Dalla disposizione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. 163/2016 si ricava indirettamente che la funzione di presidente della commissione di gara può essere assunta anche dal RUP.

La verifica dell'anomalia mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ai fini della corretta esecuzione del contratto.

Le valutazioni dell'Amministrazione in ordine agli elementi e alla congruità della offerta sono espressione di un apprezzamento di natura tecnico-discrezionale non sindacabile da parte dell'Autorità, salvo ipotesi di manifesta illogicità o evidenti omissioni o palesi errori di fatto.

**Art. 84 d.lgs. 163/2006 - Art. 88 d.lgs. 163/2006**

### **Il Consiglio**

VISTE le istanze di parere prot. n. 136145 del 20.9.2016 e prot. n. 157694 del 25.10.2016, con cui la G.R. Costruzioni s.r.l. ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla gara indicata in oggetto per anomalia dell'offerta. In particolare l'istante ha segnalato che nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia i concorrenti si sarebbero relazionati sempre ed unicamente con il progettista dell'intervento, non componente della commissione. Quest'ultima, inoltre, sarebbe stata erroneamente presieduta dal soggetto che ha svolto anche le funzioni di RUP e di responsabile dell'ufficio tecnico della stazione appaltante. L'istante, inoltre, ha rappresentato che il procedimento di verifica dell'anomalia posto in essere dalla stazione appaltante avrebbe violato il principio di effettività del contraddittorio in quanto la commissione nella valutazione della congruità dell'offerta si sarebbe concentrata esclusivamente sull'affidabilità delle singole voci di prezzo, senza considerare globalmente la congruità dell'offerta, e la stessa avrebbe individuato di volta in volta nuovi elementi di anomalia, vanificando in tal modo il contraddittorio. L'istante lamenta, infine, l'indeterminatezza dell'offerta formulata dall'impresa aggiudicatrice soprattutto in riferimento alle opere relative all'offerta tecnica;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 0173777 del 23.11.2016;  
VISTE le memorie presentate dalla Delta Lavori spa, aggiudicataria della gara, prot. n. 0188477 del 21.12.2016, n. 0007435 del 18.1.2017, n. 007501 del 18.1.2017, n. 0043004 del 21.3.2017, con cui la società ha chiesto di partecipare al procedimento *de quo* e di archiviare l'istanza in oggetto per la manifesta inammissibilità della stessa e, in ogni caso, di rilasciare un parere negativo in ordine alle circostanze di fatto e di diritto genericamente espresse dall'istante con conferma della legittimità dell'operato della stazione appaltante;  
VISTI gli atti principali del ricorso giurisdizionale N.R.G. 1692/2016 trasmessi dalla Delta Lavori spa;  
VISTA la nota prot. n. 0046533 del 28.3.2017 con cui l'Autorità ha sollecitato la stazione appaltante a presentare memoria sui fatti indicati nell'istanza e ha richiesto di trasmettere tutti i verbali di gara;  
VISTA la nota prot. n. 0057412 del 20.4.2017 con cui la stazione appaltante ha dato riscontro alla predetta richiesta dell'Autorità;  
VISTO il d.lgs. 163/2006 ed, in particolare gli artt. 84, 86, 87,88 ed 89 sulla composizione della commissione giudicatrice e sul procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte;  
RILEVATO che la presente questione controversa è differente rispetto a quella trattata dal giudice amministrativo nel ricorso NRG 1692/2016 e che sulla stessa può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, d.lgs. 50/2016, previo esame delle diverse doglianze presentate dall'istante;  
CONSIDERATO che sotto il vigore del d.lgs. 163/2016 la giurisprudenza ha più volte affrontato la questione relativa alle funzioni ed ai compiti del RUP e, in particolare, alla possibilità che quest'ultimo svolga anche le funzioni di presidente della commissione. In particolare il Consiglio di Stato, partendo dal dato testuale dell'art. 84, comma 4, d.lgs. 163/2016 - in virtù del quale «i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta» - ha ritenuto che tale norma consenta, a contrario, che «la funzione di presidente della commissione sia assunta da chi abbia svolto o svolga attività o funzioni afferenti il contratto cui la gara si riferisce, ammettendo così che tale posizione possa essere assunta anche dal RUP», che fisiologicamente svolge tali attività o funzioni (cfr. Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2016 n. 2812). La giurisprudenza amministrativa, inoltre, ha chiarito che nessuna norma impedisce il cumulo dei compiti di RUP e di presidente della commissione ed anzi il citato art. 84 conferma indirettamente la legittimità di tale cumulo, prevedendo limiti solo per i commissari diversi dal presidente (cfr. Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; Sez. V 27 aprile 2012, n. 2445; Sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890). Conseguentemente, secondo la giurisprudenza in esame deve essere fornita adeguata e ragionevole prova della situazione di incompatibilità, non potendo essere decisiva né la circostanza che il membro della commissione sia anche il funzionario responsabile dell'ufficio competente e tanto meno che egli sia stato nominato responsabile del procedimento, qualifica che di per sé non determina



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

alcuna possibilità di alterazione della gara. Ciò in quanto secondo il Consiglio di Stato al fine della sussistenza della incompatibilità di cui si discute, non è sufficiente la mera predisposizione materiale del capitolato speciale, occorrendo invero non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario (Cons. Stato, sez. V, 23.3.2015 n. 1565).

Nel caso in esame l'istante non ha fornito alcuna prova circa l'asserita incompatibilità del presidente della commissione di gara e la circostanza che quest'ultimo ha svolto per il medesimo appalto anche la funzione di RUP e di responsabile dell'ufficio tecnico non costituisce di per sé, per quanto sopra esposto, elemento decisivo per la tesi della GR Costruzioni s.r.l..

Parimenti non trova riscontro negli atti di causa la circostanza riferita dall'istante secondo cui i concorrenti nel corso del subprocedimento di anomalia dell'offerta si sarebbero relazionati unitamente con il progettista. In realtà dai verbali trasmessi dalla stazione appaltante risulta che il progettista ha preso parte soltanto alla seduta del 2.12.2015, svolgendo le funzioni di mero verbalizzante (cfr. verbale n. 1). Di contro la verifica dell'anomalia è stata condotta dalla commissione di gara, che ha interloquito direttamente con i concorrenti (cfr. verbali da n. 6 a n. 22);

CONSIDERATO che in virtù di quanto disposto dall'art. 88, comma 7, d.lgs. 163/2006 la stazione appaltante, purchè si sia riservata tale facoltà nella *lex specilis*, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, nel rispetto del procedimento ivi disciplinato, che prevede un duplice contraddittorio scritto ed uno orale. Tale circostanza si è verificata nel caso in esame posto che la stazione appaltante si è riservata di procedere ex art. 88, comma 7, d.lgs. 163/2006 nel disciplinare di gara (pag. 13, punto VIII.2.4);

CONSIDERATO che l'esclusione dell'istante è stata preceduta da un contraddittorio scritto ed orale con la commissione, come risulta dai verbali di gara. In particolare risulta che con nota prot. 1040/1/2/3/4 del 23.3.2016 il RUP ha chiesto alle prime cinque ditte della graduatoria le giustificazioni per le schede migliorative a1, a3, a5. Nella seduta del 20.4.2016 la commissione, dopo un primo esame degli atti, ha ritenuto di dover chiedere la convocazione dei concorrenti per una verifica in contraddittorio (verbale n. 6). Nella seduta del 30.4.2016 la commissione ha proceduto "singolarmente con le imprese presenti" all'esame degli atti e all'esito ha ritenuto necessario inviare una richiesta di integrazione delle giustificazioni (verbale n. 7). Con note prot. 1719/20/21/22/23 del 12.5.2016 il RUP ha comunicato alle cinque imprese la predetta richiesta. Nella seduta del 10.6.2016 la commissione di gara ha esaminato la documentazione fornita dalla GR Costruzioni prot. n. 1792 del 17.5.2016 ed ha rilevato gli elementi che rendevano ancora anomala la predetta offerta (verbale n. 9). Tali rilievi sono stati comunicati all'istante con nota prot. 2442 del 1.7.2016 a firma del RUP, il quale



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

contestualmente ha dato comunicazione anche dell'audizione fissata per il giorno 6.7.2016. Con nota del 5.7.2016 la GR Costruzioni srl ha replicato alle osservazioni della commissione di gara e nella seduta del 6.7.2016 i rappresentanti dell'impresa hanno consegnato a mano una nota di chiarimenti relativi alle giustificazioni già prodotte e alla domanda del presidente della commissione, che chiedeva loro se il tempo concesso per i chiarimenti fosse stato sufficiente, hanno risposto di ritenere “sufficiente la nota presentata ai sensi dell’art. 88, comma 1 bis d.lgs. 163/2006” (verbale n. 13). In tale occasione, quindi, l'impresa, pur potendo muovere eventuali contestazioni al *modus procedendi* della commissione di gara, non lo ha fatto.

Successivamente nella seduta del 19.7.2016 la commissione ha esaminato i giustificativi prodotti dalla GR Costruzioni ed ha ritenuto – tra l'altro – le precisazioni adottate ancora non soddisfacenti e non eliminati i difetti dell'offerta rilevati nel verbale n. 9 del 1.6.2016 già comunicati alla GR Costruzioni” e, quindi, ha rinviato gli atti al RUP per il prosieguo della procedura ex art. 88 d.lgs. 163/2016 (verbale n. 16). Dal verbale n. 19 risulta che con nota prot. 2733 del 19.7.2016 la predetta società è stata invitata all'audizione finale ex art. 88 comma 4, previa comunicazione dello stralcio del verbale n. 16, in modo che la stessa impresa avesse contezza dei rilievi mossi dalla commissione. Infine nel corso della seduta del 22.7.2016 i rappresentanti della GR Costruzioni sono stati nuovamente sentiti. Questi ultimi si sono riportati alle note già prodotte alle quali hanno aggiunto punto per punto quanto indicato nel verbale n. 19, pag. 5 e 6, a cui si rinvia, senza peraltro contestare il mancato contraddittorio o la rilevazione di “nuovi elementi anomali”. La disamina di tutti i predetti verbali mostra che la commissione di gara ha instaurato un contraddittorio scritto ed orale con la GR Costruzioni s.r.l. e che la società non ha formulato alcun rilievo circa le modalità di conduzione dello stesso;

CONSIDERATO altresì che la verifica delle offerte anomale non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ai fini della corretta esecuzione del contratto (Cons. St., Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431; 5 marzo 2015, n. 1122; 23 marzo 2015, n. 1565; 29 aprile 2015, n. 2175; Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890);

CONSIDERATO che nella seduta del 27.7.2016 la commissione ha esaminato tutta la documentazione della GR Costruzioni ed ha espresso, diversamente da quanto sostenuto dall'istante, un giudizio di inattendibilità dell'offerta globalmente considerata, a cui si rinvia (verbale n. 22 pag. 12 e 13);

CONSIDERATO che per consolidato indirizzo giurisprudenziale le valutazioni della commissione di gara in ordine alla congruità delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione appaltante e, quindi, assoggettabili ad un sindacato limitato alla presenza di macroscopiche illogicità ed omissioni ovvero ad evidenti errori di fatto (ex plurimis Cons. St., Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2953; 4 novembre 2014, n. 5446; 11 novembre 2014, n. 5518; Sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770; 18 novembre 2014, n. 5652), e il giudice amministrativo non può sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e procedere ad una autonoma verifica di congruità dell'offerta e delle singole voci in quanto ciò



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera della pubblica amministrazione (Cons. St., Sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; sez. V, 29 aprile 2015, n. 2175; Sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935);

CONSIDERATO che i medesimi limiti di sindacato sopra esposti sussistono anche per l'Autorità, la quale non può sostituire il proprio giudizio a quello della commissione di gara e che alla luce delle risultanze dei verbali di gara le valutazioni espresse dalla commissione di gara non appaiono palesemente illogiche;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'istanza della GR Costruzioni s.r.l. non possa essere accolta.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 maggio 2017

Il segretario Maria Esposito