



DELIBERA N. 583

28 luglio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Modimar Srl – Fattibilità tecnica ed economica, progettazione definitiva, comprensiva degli studi di base dell'intervento "Opere di protezione a mare del porto turistico di Maria SS. della Libera-Marina di Rodi Garganico" – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 148.142,73 – S.A.: CUC Isole Tremiti e Rodi Garganico per il Comune di Rodi Garganico.

PREC 148/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 77, comma 4 e 97, commi 3 e 6, del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta economicamente più vantaggiosa – Ruolo e funzione del RUP – RUP commissario di gara – Valutazione eventuale incompatibilità – Verifica congruità delle offerte – Obblighi e limiti.

Massima

Offerta economicamente più vantaggiosa – Ruolo e funzione del RUP – RUP commissario di gara – Valutazione eventuale incompatibilità – Errori e omissioni nella verbalizzazione delle sedute di gara – Sanabilità se non incidono sugli esiti della gara.

Nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di Commissario di gara e di Presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi in grado di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

Verifica di congruità delle offerte – Obblighi e limiti – Modalità di calcolo della soglia legale.

Il calcolo della soglia minima dei 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara, che impone la necessità di operare la verifica di congruità delle offerte ai sensi dell'art. 97, comma 3 del



Codice, deve essere effettuato, disgiuntamente, con riferimento al punteggio conseguito sia per l'offerta tecnica sia per quella economica e non in relazione al punteggio finale risultante dalla loro somma; cosicché tale verifica non dovrà essere effettuata né nel caso in cui solo uno dei due punteggi risulti superiore a suddetta soglia, né nell'ipotesi in cui pur risultando il punteggio finale complessivo superiore alla soglia dei 4/5, quest'ultima non sia raggiunta da entrambi i punteggi attribuiti tanto per l'offerta economica quanto per quella tecnica.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 luglio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0047295 del 14.6.2021, con la quale la società Modimar Srl chiede parere all'Autorità circa l'asserita *«illegittimità della procedura di gara e della disposta aggiudicazione in favore del RTP [omissis], affinché la stessa Stazione appaltante si determini senza indugio ad annullare l'aggiudicazione della gara, revocando altresì le determinazioni assunte in relazione alla valutazione delle offerte e rieditando, pertanto, le fasi di gara revocate e/o annullate in autotutela»;*

CONSIDERATO che la società istante chiede all'Autorità di formulare un parere in ordine alla correttezza o meno dell'operato della Stazione appaltante in relazione alle rilevate criticità in ragione dei seguenti motivi:

- 1) il RUP della procedura di gara in oggetto ha svolto contemporaneamente la funzione di membro della Commissione giudicatrice violando il principio di incompatibilità stabilito dall'articolo 77, comma 4, del d.lgs. 50/2016;
- 2) nel verbale di gara relativo alla seduta riservata del 15 ottobre 2020, la Commissione ha espressamente dato atto di voler esaminare l'offerta del RTP [omissis] benché tale offerta fosse stata già esclusa in quanto espressamente giudicata incompleta dal punto di vista dell'indicazione di esperienze professionali analoghe a quella di gara;
- 3) dal verbale di detta seduta, come anche per la seconda seduta, non è possibile individuare i valori (da 0 a 1) dei coefficienti discrezionali attribuiti da ciascun componente della Commissione di Gara essendo riportate solo tabelle riepilogative delle medie risultanti; inoltre per il sub-criterio A1 è correttamente riportato il punteggio massimo conseguibile (ossia 20 punti) solo per il RTP risultato aggiudicatario, mentre per gli altri RTP concorrenti è erroneamente riportato il valore "16" come punteggio massimo;
- 4) dall'assegnazione dei singoli sub-punteggi a Modimar Srl, si evince che per il sub-criterio A2 non è stato assegnato alcun punteggio nonostante la parte motiva del verbale precisi solamente che *"la Commissione ritiene che la stessa non abbia dimostrato per tutti i criteri richiesti lo svolgimento delle relative prestazioni"*. Nulla di più specifico, dunque, sarebbe detto con riferimento alla supposta evidente carenza in merito al sub-criterio A2, che avrebbe giustificato l'assegnazione di un punteggio pari a 0;
- 5) la Commissione non ha effettuato la verifica di congruità delle offerte nonostante che tanto il RTP aggiudicatario quanto la società odierna istante abbiano conseguito il massimo punteggio previsto per le offerte economiche (i.e. 25 punti) e nonostante l'art. 97, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016 imponga tale verifica quando il criterio di aggiudicazione, come nel caso di specie, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e allorché le offerte presentino *«sia i punti relativi al prezzo, sia la*



somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara»;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante respinge tutte le contestazioni con ampie motivazioni esposte nella propria memoria controdeduttiva;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 23.6.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO, in merito alla questione circa l'incompatibilità della funzione di RUP con quella di commissario di gara, che il citato art. 77, comma 4 del Codice dispone che *«I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura»* e che tale norma, già nella sua versione ante correttivo (introdotta dall'art. 46, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 56/2017, il quale ha inserito, appunto, l'importante precisazione: "La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"), era stata interpretata dalla giurisprudenza prevalente e condivisibile *«in continuità con l'indirizzo formatosi sul codice antecedente, giungendo così a concludere che, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192)»* (Consiglio di Stato, Sezione III, 26 ottobre 2018, n. 6082, richiamata anche da Consiglio di Stato, Sezione V, 27/02/2019, n. 1387), ritenendo quale decisivo elemento esegetico in tal senso l'*«indicazione successivamente fornita dal legislatore, il quale, integrando il disposto dell'art. 77 comma 4, ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara»* (Consiglio di Stato, Sezione III, 26 ottobre 2018, n. 6082, cit.);

RITENUTO, dunque, in ordine alla prima contestazione, che non appaiono sussistere i presupposti per riconoscere a carico dell'ing. [omissis] l'asserita incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di commissario di gara, atteso che, per un verso, l'istante non ha fornito prova di concreti ed effettivi condizionamenti, sul piano pratico, in ordine alla conduzione e agli esiti della gara *de qua* (prova che non può desumersi ex se dalla mera commistione di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, come in tesi di parte ricorrente, che porterebbe ad una interpretazione sostanzialmente abrogante della seconda parte dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm.) e che, per l'altro, la motivazione del cumulo di funzioni discende, come chiarito dalla Stessa S.A., dal fatto che *«nell'area tecnica del Comune di Rodi Garganico, oltre all'ing. [omissis], non vi è altro personale in servizio anche di diverso profilo professionale»*, che possa svolgere le funzioni in discussione;

RITENUTO che tutte le altre doglianze relative ad errori commessi dalla Commissione di gara nella conduzione della procedura di gara o nella redazione dei verbali delle relative sedute, di cui ai punti 2, 3 e 4 suindicati, non appaiono sussistenti o, in ogni caso, non sono stati tali da inficiare le operazioni di gara stesse e, quindi, i suoi esiti, anche considerato che *«la Commissione di gara, all'esito dell'istanza fatta pervenire anche allo scrivente RUP del Comune di Rodi Garganico dalla società MODIMAR Sri, si è prontamente riunita ed ha in effetti accertato con il verbale del 25.06.2021 la presenza di errori commessi durante la verbalizzazione delle operazioni di gara. La Commissione, pertanto, si è dichiarata pronta a rettificare in autotutela gli errori materiali, peraltro già anticipati ai rappresentanti della società istante durante l'accesso agli atti»*;



RITENUTO, infine, relativamente alla questione del mancato espletamento del sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 97, comma 3 del Codice, che nel caso di specie la norma in questione non è stata violata, atteso che, sebbene sia il RTP aggiudicatario che la società istante abbiano formulato una offerta economica ottenendo un punteggio superiore ai 4/5 del punteggio massimo previsto dal Bando di gara (ovvero 25 punti su 25 previsti), né l'uno né l'altra hanno raggiunto tale soglia con riferimento al punteggio conseguito per l'offerta tecnica (dalla lettera della norma, infatti, emerge con evidenza tanto il fatto che la verifica del raggiungimento/superamento della soglia dei 4/5 deve essere effettuata, disgiuntamente, con riferimento al punteggio conseguito sia per l'offerta tecnica sia per quella economica e non in relazione al punteggio finale risultante dalla loro somma; quanto il fatto che tale interpretazione è perfettamente congruente con la *ratio* della disposizione in esame che è quella di obbligare la Stazione appaltante ad effettuare una verifica più approfondita per quelle offerte che si presentino estremamente competitive contemporaneamente sotto il profilo tecnico ed economico e che in quanto tali potrebbero far sorgere dei dubbi in merito alla loro sostenibilità e reale fattibilità);

RITENUTO che, in ogni caso, proprio in ragione della contemporanea presenza di un ribasso percentuale molto elevato sull'importo posto a base di gara (43,333%) e di un punteggio elevato attribuito per l'offerta tecnica della società risultata prima classificata, sussistessero i presupposti per considerare opportuno effettuare la verifica di congruità ai sensi del combinato disposto dei commi 3 e 6 (ultimo periodo) dell'art. 97,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono e nei limiti sopra precisati, che:

- l'operato della Stazione appaltante sia conforme alle disposizioni normative in materia di ruolo e funzioni del RUP, di costituzione della commissione giudicatrice e di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- resti ferma la possibilità da parte della Stazione appaltante di effettuare, ove ritenuto opportuno, una verifica di congruità ai sensi del combinato disposto dei commi 3 e 6 (ultimo periodo) dell'art. 97 d.lgs. 50/2016

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente