



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 620

DEL 7 giugno 2017

OGGETTO: Istanza singola – Affidamento del servizio di progettazione esecutiva e dell’attività di direttore operativo per gli impianti e coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori relativi alla realizzazione degli interventi di restauro e valorizzazione del Parco Archeologico di Satùro a Leporano – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 231.918,56; S.A.: Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa (INVITALIA).

PREC 45/17/S

Verifica dell’anomalia dell’offerta – Gratuità della prestazione professionale – Legittimità

La giurisprudenza civile è concorde nel ritenere che le disposizioni degli art. 2229 ss. c.c. relative al contratto di prestazione d’opera non escludono la possibilità di accordi di prestazione gratuita, né determinano una presunzione, anche *iuris tantum*, di onerosità dell’opera intellettuale. Quindi, in tema di prestazione d’opera intellettuale, l’onerosità del relativo contratto, che ne costituisce elemento normale, come risulta dall’art. 2233 c.c., non ne integra, tuttavia, un elemento essenziale, né può essere considerato un limite di ordine pubblico all’autonomia contrattuale delle parti, le quali, pertanto, ben possono prevedere espressamente la gratuità dello stesso. Poiché la decisione circa la congruità di una offerta è frutto di una valutazione complessiva circa la tenuta economica della proposta presentata in fase di partecipazione alla selezione e non il risultato di un conteggio puntuale e spicciolo di ogni singola voce economica della stessa e posto che, in ogni caso, tale controllo non può spingersi fino a negare una certa flessibilità all’operatore economico nell’organizzare e gestire come meglio crede i propri fattori produttivi, nel rispetto delle prescrizioni della *lex specialis* e comunque sempre al fine di garantire l’esatta esecuzione della prestazione richiesta, la gratuità di una prestazione professionale non implica necessariamente che l’offerta del concorrente sia *ex se* manifestamente anomala e incongrua.

Art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, art. 2229 e ss. del Codice Civile



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 190966 del 27.12.2016, l'Arch. Fernando Russo, in nome e per conto del costituendo RTP partecipante alla gara in oggetto, chiede all'Autorità di pronunciarsi in merito alla legittimità del giudizio di congruità espresso dalla Commissione di gara basato su un giustificativo dell'anomalia dell'offerta che adduca il carattere gratuito di una prestazione costituente parte rilevante dell'oggetto dell'affidamento, a prescindere dalla percentuale di incidenza dei costi di tale prestazione gratuita sul calcolo dei costi complessivi dell'offerta.

Segnatamente, l'istante ritiene che il carattere gratuito della prestazione specialistica garantita da una professoressa universitaria, che esercita la propria attività lavorativa presso la facoltà di architettura dell'Università Federico II di Napoli, non solo sia poco verosimile, ma soprattutto – ove così fosse – implicherebbe necessariamente che l'offerta dell'aggiudicataria sia *ex se* manifestamente anomala e incongrua.

In secondo luogo, l'istante contesta l'indicazione della medesima professoressa a comprova dei requisiti di carattere professionale richiesti per la partecipazione alla gara quale professionista titolare del Diploma di specializzazione in Beni architettonici e del paesaggio da parte dell'impresa aggiudicataria, in quanto la presunta gratuità del rapporto di consulenza non consente di trovare riscontro in alcuna delle tipologie di rapporto espressamente previste dalla *lex specialis* (ovvero: lavoro subordinato, RTI, rapporto di lavoro parasubordinato) per l'esecuzione delle prestazioni che non possono essere subappaltate (qual è appunto quella della progettazione). A seguito di tale istanza di parere, l'Autorità, con nota prot. n. 21848 del 9.2.2017, ha comunicato l'avvio del procedimento. Con la propria memoria controdeduttiva la Stazione appaltante, relativamente alla gratuità della prestazione, ha chiarito che, in conformità ad una recente deliberazione della Corte dei Conti sezione Regionale di Controllo per la Calabria (n. 6/2016), sebbene il contratto d'opera si presuma oneroso, il corrispettivo costituisce un elemento ritenuto non essenziale, ma naturale nel senso che la puntuale determinazione del prezzo può anche mancare, non essendo prevista a pena di nullità. Relativamente alla seconda contestazione contenuta nell'istanza, la Stazione appaltante ha specificato che – in conformità alla normativa vigente – restano in capo all'operatore economico aggiudicatario, quale unico centro decisionale, tutti i requisiti di partecipazione nonché i professionisti impiegati a titolo oneroso dal medesimo. In particolare, viene rappresentato che nel DGUE della società aggiudicataria il requisito relativo alla persona qualificata con Diploma di specializzazione in Beni architettonici e del paesaggio è



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

posseduto dalla stessa nella persona di un suo socio attivo, per il quale è stato fornito in sede di verifica la comprova dei requisiti professionali.

Le memorie della cooperativa aggiudicataria, nel solco delle spiegazioni offerte dalla Stazione appaltante, motivano ulteriormente la natura dei rapporti tra la cooperativa medesima e la professoressa incaricata della consulenza gratuita, nonché il pieno rispetto della disciplina di settore che vieta la consulenza di ausilio alla progettazione. Meramente riprodotte del contenuto dell'istanza sono invece le memorie presentate dall'Arch. Fernando Russo.

Ritenuto in diritto

La verifica di anomalia dell'offerta costituisce un sub-procedimento formalmente distinto (ancorché collegato) rispetto al procedimento di evidenza pubblica di individuazione della proposta migliore e si sostanzia in una indagine di contenuto tecnico-economico; indagine il cui fine ultimo è quello di accertare la serietà e la sostenibilità economica dell'offerta e dunque quello di escludere le proposte basate su prezzi tali da non garantire la qualità del lavoro, della fornitura o del servizio oggetto di affidamento.

La verifica sull'anomalia mira quindi a tutelare l'interesse della stazione appaltante ad individuare un contraente che abbia formulato l'offerta sulla base di elementi oggettivi e ben ponderati che ne assicurino la compatibilità con un'esecuzione della prestazione a regola d'arte, ma anche a proteggere l'interesse imprenditoriale dell'operatore economico di sfruttare tutte le particolari situazioni favorevoli per risultare aggiudicatario dell'appalto (v., *ex multis*, Parere n. 215/2013).

La giurisprudenza prevalente ha ripetutamente osservato che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituendo espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione esso è di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto.

Per quanto concerne il procedimento di verifica delle offerte è acclarato che esso sia avulso da ogni formalismo e improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente; il contraddittorio deve essere effettivo, non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte e, mentre l'offerta è immodificabile, le giustificazioni sono modificabili, sono ammesse quelle sopravvenute e sono



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ammesse le compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, a garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr., *ex multis*, Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

L'applicazione di tali principi generali, di fonte normativa e/o giurisprudenziale, in tema di verifica dell'anomalia, al caso di specie, conduce al sostanziale rigetto delle doglianze dell'istante.

Quest'ultimo asserisce che la verifica della congruità dell'offerta presentata da Gnosis da parte della Commissione di gara sia illegittima perché tale società non avrebbe adeguatamente motivato la posizione contrattuale, giuridica ed economica, della professoressa universitaria indicata nel DGUE come consulente in materia di beni architettonici e del paesaggio. Più precisamente, l'istante ritiene che il sol fatto che la menzionata consulente offrirebbe la propria prestazione professionale a titolo completamente gratuito, integrerebbe di per sé gli estremi di una offerta anomala e incongrua, in quanto tale meritevole di esclusione.

Assodato, sulla base dei principi giurisprudenziali ormai consolidati e più sopra brevemente richiamati, che la decisione circa la congruità di una offerta è frutto di una valutazione complessiva circa la tenuta economica della proposta presentata in fase di partecipazione alla selezione e non il risultato di un conteggio puntuale e spicciolo di ogni singola voce economica della stessa e posto che, in ogni caso, tale controllo non può spingersi fino a negare una certa flessibilità all'operatore economico nell'organizzare e gestire come meglio crede i propri fattori produttivi, nel rispetto delle prescrizioni della *lex specialis* e comunque sempre al fine di garantire l'esatta esecuzione della prestazione richiesta, la decisione della Stazione appaltante di ritenere giustificata l'offerta di Gnosis non appare censurabile.

Per quanto riguarda la contestazione circa la gratuità della consulenza, bisogna sottolineare che la giurisprudenza civile è concorde nel ritenere che le disposizioni degli art. 2229 ss. c.c. relative al contratto di prestazione d'opera non escludono la possibilità di accordi di prestazione gratuita, né determinano una presunzione, anche *iuris tantum*, di onerosità dell'opera intellettuale. Quindi, in tema di prestazione d'opera intellettuale, l'onerosità del relativo contratto, che ne costituisce elemento normale, come risulta dall'art. 2233 c.c., non ne integra, tuttavia, un elemento essenziale, né può essere considerato un limite di ordine pubblico all'autonomia contrattuale delle parti, le quali, pertanto, ben possono prevedere espressamente la gratuità dello stesso.

Acclarato che la gratuità della consulenza in parola non può essere considerata a priori "poco verosimile" e, quindi, ancor meno che possa discendere dalla stessa l'ineluttabile incongruità dell'intera offerta dell'aggiudicatario come invece sostenuto dall'istante, la valutazione compiuta dalla Stazione appaltante circa la congruità dell'offerta, a fronte delle giustificazioni rese dal



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

concorrente, non pare poter essere smentita solo sulla base di presunzioni di cui non è stata offerta alcuna prova concreta.

Ancor meno fondato appare il rilievo, considerato dallo stesso istante comunque subordinato al primo, relativo all'asserita violazione della legge di gara e della normativa di settore nella misura in cui la prestazione della professoressa universitaria si configurerebbe, nell'ambito dell'offerta dell'aggiudicatario, quale consulenza di ausilio alla progettazione, che – come noto – continua a non essere contemplata anche nel nuovo quadro normativo disegnato dal Codice.

Dal DGUE presentato da Gnosis e in particolare dalla tabella riepilogativa di pag. 18 (inserita nell'ambito dei "Requisiti di capacità professionale relativi ai servizi" richiesti ai fini della partecipazione e contenente i dati "*relativi ai soggetti incaricati dell'esecuzione dei servizi oggetto della presente procedura, nonché il nominativo della persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche*"), emerge che tutti i professionisti richiesti per la partecipazione alla gara sono interni alla cooperativa, compreso, per quanto riguarda la posizione di interesse nel caso di specie, l' "Architetto con diploma di specializzazione in beni architettonici e del paesaggio". La circostanza contestata dall'istante, ovvero il fatto che nell'elencazione contenuta nella pagina precedente del DGUE sia indicato (anche) il nome della professoressa universitaria quale "persona qualificata con diploma di specializzazione in beni architettonici e del paesaggio" oltre all'architetto facente parte in qualità di socio della cooperativa aggiudicataria, non costituisce alcuna prova che la responsabilità della progettazione non sia riconducibile ad un unico centro decisionale, ossia al progettista, stante la chiara indicazione dello stesso nella persona del legale rappresentante/direttore tecnico e socio attivo di Gnosis, che riveste anche il ruolo di coordinatore della sicurezza in fase di progettazione e di soggetto incaricato dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche.

Considerato che, alla luce di quanto precede, le valutazioni della Stazione appaltante appaiono in linea con le previsioni normative e che, in ogni caso, né il giudice amministrativo né l'Autorità possono spingersi a sindacare la verifica di congruità effettuata dalla Commissione di gara ed espressione di un potere tecnico-discrezionale, se non quando essa appaia manifestamente arbitraria, illogica o immotivata, le doglianze del RTP capitanato dall'Arch. Ferdinando Russo non appaiono meritevoli di accoglimento.

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la verifica di congruità effettuata in merito all'offerta presentata dalla società cooperativa di progettazione Gnosis Architettura non presenti i profili censurabilità contestati dall'istante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2017

Il Segretario Maria Esposito