

# La problematica della corretta individuazione dell'organo competente a valutare l'anomalia dell'offerta

## Chiosa breve alla recente ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI del 12 ottobre 2012, n. 5270

**di Stefano Usai**

La recente ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI del 12 ottobre 2012 n. 5270 <sup>(1)</sup> riprende l'annosa questione relativa al soggetto competente a procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta.

È noto che con l'ordinanza in commento il Consiglio di Stato ha rimesso l'esame della problematica all'Adunanza Plenaria affermando l'esistenza in ambito di un duplice orientamento giurisprudenziale contrastante. In particolare, secondo quanto esposto nell'ordinanza la giurisprudenza oscillerebbe tra le due diverse tesi del non ritenere il Rup competente ad effettuare detta valutazione competendo questa alla commissione di gara nominata (ai sensi dell'articolo 84 del codice) per "giudicare" <sup>(2)</sup> le offerte. In relazione a tale orientamento, il Consesso puntualizza che "secondo un primo orientamento giurisprudenziale, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica in ordine dell'anomalia dell'offerta presentata dall'impresa partecipante alla gara d'appalto non rientra nella competenza del responsabile del procedimento, ma della commissione di gara, la quale non

può limitarsi a prendere atto della relazione tecnica redatta dal detto responsabile, ma deve procedere ad una autonoma valutazione dell'offerta e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, in forza di quanto previsto dall'art. 84, d.lgs. n. 163 del 2006, in siffatto tipo di gara tutte le operazioni a carattere valutativo (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta) devono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice. Secondo tale orientamento, è illegittima la valutazione dell'anomalia delle offerte in una gara di appalto compiuta dal responsabile unico del procedimento invece che dalla commissione di gara, unica competente in tal senso, nel caso in cui non risulti, comunque, che la commissione abbia operato alcun proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal responsabile del procedimento e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, sebbene l'ufficio ed il responsabile del procedimento possono dare pareri tecnici, ragguagli o altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara, agli stessi non è invece rimesso il giudizio definitivo sulla congruità dell'offerta in presenza di un'apposita commissione di gara, non essendo sufficiente del resto

(1) Anche su [www.appalticontratti.it](http://www.appalticontratti.it).

(2) E non per "aggiudicare" considerato che detta prerogativa è propria della stazione appaltante.

neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del responsabile del procedimento (v. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4772; sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584, quest'ultima con specifico richiamo all'art. 88, comma 1-bis, e dunque tenendo conto della novella del 2009). Mentre, risulterebbe in contrasto con l'orientamento sintetizzato, la più recente riflessione giurisprudenziale fondata sul dato normativo che emerge dall'articolo 121 del regolamento attuativo del codice degli appalti (d.P.R. 207/2010) per cui "alla luce di una combinata lettura degli artt. 86, 88, d.lgs. n. 163 del 2006 e 121 d.P.R. n. 107 del 2010, (n.d.a. il Rup) costituisce il "motore" del subprocedimento di valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, sicché deve escludersi un vizio di incompetenza con riferimento all'attività da questi compiuta nella fase di valutazione della congruità dell'offerta (v. Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467, di reiezione del motivo d'appello, con cui è stata dedotta l'incompetenza del responsabile del procedimento ad esprimere un giudizio definitivo sul carattere anomalo o meno delle offerte, sotto il profilo - assunto dall'appellante - che si trattava di attività di competenza della commissione giudicatrice)".

#### **Prima questione: esiste davvero un contrasto giurisprudenziale?**

Sia pur autorevolissimo, a sommosso avviso, il "supposto" contrasto giurisprudenziale è del tutto apparente e/o invero determinato dal singolare "trasferimento" di competenze in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta che si è realizzato nel completamento dell'ordinamento giuridico degli appalti con l'avvento del regolamento attuativo.

Sotto l'egida del solo codice degli appalti, costantemente, la stessa giurisprudenza ha precisato che risultando non individuato il soggetto/organo competente alla valutazione della anomalia questi - ovviamente

nel procedimento in cui sono presenti più soggetti/organi e si pensi pertanto all'appalto da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa - **doveva essere individuato o nella stessa commissione di gara nominata per valutare le offerte oppure per il tramite di una commissione costituita ad hoc**. La prerogativa *de qua* era dovuta alla condizionata "deroga" contenuta nel comma 3 del previgente articolo 87 del codice secondo cui "la stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi". Disposizione, come noto, riscritta e riprodotta nel comma 1-bis (dello stesso articolo) per effetto della legge 102/2009 per cui "la stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti". Si è parlato sopra di "deroga" da intendersi come possibilità condizionata alla valutazione della stazione appaltante e poi alla circostanza della specificazione dei criteri da parte del regolamento<sup>(3)</sup>. Al regolamento attuativo si deve l'indicazione di dettaglio relativa alla individuazione del soggetto competente<sup>(4)</sup> non ad effettuare la valutazione ma **ad assumere il presidio del relativo procedimento con predisposizione di una proposta di decisione da trasmettere al soggetto che presiede la gara che deve procedere in seduta pubblica**. Ora, nei *momenti* dell'ordinanza sopra riportati non sembra affatto rinvenibile un contrasto giurisprudenziale. Nell'affermare che la valutazione - da intendersi come decisione finale e non come presidio/conduzione del procedimento amministrativo - compete alla commissione di gara giudicatrice (e non quella nominata *ad hoc* che agirebbe a supporto del Rup) che deve far

(3) Anche se non sono mancati casi in cui la giurisprudenza ha ammesso la nomina di detta commissione anche nelle more dell'approvazione del regolamento attuativo.

(4) Non appaia superfluo evidenziare che in certa legislazione regionale di recepimento delle direttive comunitarie, il soggetto competente è stato individuato direttamente nella commissione di gara (in questo senso, a titolo esemplificativo, nella legge regionale della Sardegna n. 5/2007).

proprie le risultanze dell'analisi effettuate dal responsabile unico del procedimento ed affermare che questi – come avviene nel prospettato secondo orientamento – è “semplicemente” il motore del sub-procedimento **significa affermare la stessa identica cosa**. Significa esprimere la stessa riflessione.

### Seconda questione: l'azione del Rup

Come più volte annotato, il responsabile unico del procedimento (che non coincida con il dirigente/responsabile del servizio) non ha alcun potere decisionale/gestionale. Ovvero non è in grado per nessuna circostanza di impegnare all'esterno la stazione appaltante. La stessa attribuzione dell'incarico/ruolo di responsabile unico del procedimento non comporta alcuna attribuzione specifica né tanto meno attribuzioni di mansioni superiori. L'attribuzione o la nomina di Rup è squisitamente e semplicemente un atto espressione delle prerogative dovute ai poteri gestionali – e pertanto, di esclusiva competenza del dirigente/responsabile del servizio – che si sostanzia in una disposizione di gestione del personale assegnato o, meglio, se si preferisce nell'attribuzione ad altri di peculiari procedimenti amministrativi (5). Per effetto di quanto, le prerogative del responsabile unico del procedimento **sono esclusivamente di tipo propositivo e mai decisionale**. E questo avviene anche nella gestione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta: svolti tutti gli adempimenti istruttori, il Rup esprime una sintesi ed una propria proposta di “azione” e la trasmette al soggetto che presiede la gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa) o al soggetto che presiede il procedimento (nel caso di appalto da aggiudicarsi al

prezzo più basso rispetto alla base d'asta). In relazione alla prima ipotesi, inoltre, si può sostenere – a parere dello scrivente – che anche qualora il Rup disponesse, coincidendo con il dirigente/responsabile del servizio, di poteri gestionali è tenuto comunque a condividere le risultanze del proprio procedimento alla commissione di gara giudicatrice perché faccia propria o comunque esprima le proprie valutazioni.

### Terza questione: il ruolo della commissione e del Rup

Dal testo dell'ordinanza sembra quasi emergere – per fondare una questione di competenza del Rup – che la commissione di gara giudicatrice delle offerte abbia quasi un ruolo passivo e non possa che accettare le risultanze del procedimento di valutazione dell'anomalia condotta dal responsabile unico del procedimento. Una lettura di questo tipo potrebbe essere, probabilmente, anche desunta dal succinto comma 3 dell'articolo 121 del regolamento (applicabile alle varie fattispecie in cui si proceda con il procedimento *de quo*) a tenore del quale “il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua”. È chiaro che innanzi ad un periodo così stringato e perentorio appare forse legittimo dubitare sulla latitudine delle competenze. Ma la norma non può che essere interpretata alla luce dei principi fondamentali del diritto amministrativo e, segnatamente, con riferimento alle norme fondamentali del procedimento (ai sensi quindi della legge 241/1990). Sarebbe ben singolare ritenere che il dirigente/responsabile del servizio e/o la stessa commissione di gara

“**Affermare che la valutazione compete alla commissione di gara giudicatrice che deve far proprie le risultanze dell'analisi effettuate dal responsabile unico del procedimento ed affermare che questi è “semplicemente” il motore del subprocedimento significa affermare la stessa identica cosa**”

(5) Né più né meno di quanto espressamente previsto nell'articolo 5 della legge 241/1990.

abbiano la funzione di meri intermediari o addirittura meri recettori obbligati di valutazione espresse da altri. Sembra evidente che i soggetti da cui deve promanare la decisione abbiano il dovere di verificare la "regolarità" del procedimento svolto (prescindendo da riflessioni nel merito) e quindi la verifica sulla tempistica seguita, sullo svolgimento della audizioni e via discorrendo. Come più volte affermato dalla giurisprudenza, non appare sufficiente che il dirigente o la commissione si limitino ad una sterile ed incomprensibile presa d'atto del lavoro svolto da altri. È necessario acquisirne la paternità aderendo o rinviando motivatamente la proposta formulata. I principi che operano in materia, a sommo avviso, sono gli stessi previsti nell'articolo 6 della legge 241/1990, primo comma lett. e), come modificato dalla legge 15/2005, secondo cui il responsabile del procedimento "adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale".

**Conclusione (con modestissima proposta): valutare l'opportunità di modificare le norme sul Rup (ed anche sul sistema di incompatibilità)**

Le norme sul Rup del codice e quelle contenute nel regolamento attuativo (segnatamente, restando nel tema, l'articolo 121 applicabile anche – per espresso richiamo contenuto nell'articolo 284 – alle forniture ed ai servizi) costruiscono la figura del *dominus* del procedimento d'appalto come una figura *mitica* del procedimento. Come qualcosa di diverso dal tradizionale responsabile del procedimento. Inducendo spesso, nella pratica operativa, la convinzione che si tratti di soggetto non

solo con prerogative di presidio e di conduzione di un procedimento complesso ma piuttosto come figura che acquisterebbe, per effetto della nomina da parte del dirigente/responsabile del servizio, anche poteri gestionali e sia in grado di "impegnare" la stazione appaltante senza la necessaria intermediazione del diretto riferimento da cui ottiene la prerogativa di agire. L'equivoco più rilevante, a parere dello scrivente, si genera nell'articolo 10 del codice degli appalti in tema degli affidamenti in economia.

Il secondo comma dell'articolo citato dispone che "il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal pre-

sente codice, **ivi compresi gli affidamenti in economia**, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti". Ora, nella pratica operativa l'affidamento dell'appalto (per quanto in forma semplificata come il caso delle acquisizioni in economia) **non può essere disgiunto dall'impegno di spesa**. E questo è atto assolutamente precluso al responsabile unico del procedimento che risulti sprovvisto – perché non dirigente né responsabile del servizio ai sensi dell'articolo 109 del t.u. 267/2000 – di poteri gestionali/dirigenziali.

Anche nel caso di specie, il Rup altro non è che *motore* del procedimento, autentico *dominus*


che prepara una proposta di affidamento come prima ancora ha predisposto una proposta di procedimento d'appalto sintetizzato – ricorrendone i presupposti – in una delle forme di acquisizione in economia. Proposte, l'una e l'altra, che devono essere assolutamente intermedie dal dirigente/responsabile del servizio. Si pensi alla sola circostanza, per tacer d'altro, della assunzione del *preimpegno* di spesa per poter avviare la procedura e quindi, in sintesi, alla determinazione a contrattare (considerata dall'Avcp autentico atto propedeutico a pena di illegittimità del procedimento) che viene proposta/redatta dal Rup ma su cui la decisione ultima

“ L'equivoco che emerge dalle norme potrebbe essere corretto in primo luogo con un chiarimento sull'affidamento delle acquisizioni in economia, in secondo luogo meglio definendo le responsabilità/prerogative di ciascuno, ovvero una "semplice" capacità propositiva del Rup ed una decisionale della commissione giudicatrice e del dirigente/responsabile del servizio ”

– e quindi i vari controlli ed assunzione di paternità – compete al dirigente/responsabile del servizio che deciderà di firmare l'atto.

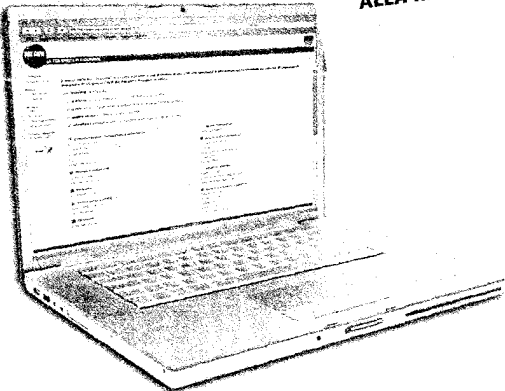
L'equivoco pratico/operativo che sembra emergere dalle norme citate potrebbe essere corretto (secondo una modestissima proposta) con una revisione delle norme – in primo luogo un chiarimento sull'affidamento delle acquisizioni in economia –, in secondo luogo con una riscrittura delle norme contenute nell'articolo 121 meglio specificando i passaggi e chiaramente definendo le responsabilità/prerogative di ciascuno. Ovvero una "semplice" capacità propositiva del Rup ed una decisionale della commissione

giudicatrice e del dirigente/responsabile del servizio (nel caso di appalto da aggiudicarsi al ribasso sul prezzo a base d'asta). Riscrittura da realizzarsi con un passaggio obbligato per una revisione/specificazione delle cause di incompatibilità disegnate nell'articolo 84 del codice e che portano tanta giurisprudenza a ritenere il responsabile unico del procedimento come incompatibile – se non responsabile del servizio – a far parte della commissione di gara **per la sola circostanza di aver redatto il capitolato e le regole della gara**. Autentica norma "blocca e complica", procedimenti, soprattutto nelle stazioni appaltanti di minori dimensioni.



le riviste in anteprima

**GRATIS  
PER GLI ABBONATI  
ALLA RIVISTA**



**CHI PRIMA ARRIVA...  
LEGGE PREVIEW!**

Il servizio Preview consente di leggere, creare e scaricare in PDF la rivista a cui si è abbonati, con 15 giorni di anticipo rispetto alla normale distribuzione postale.  
IN PIU': tanti speciali di approfondimento on-line e un archivio storico che parte dal 2004, consultabili in tempo reale e direttamente dalla propria scrivania.

Per ulteriori informazioni, visiti il sito  
[www.preview.periodicimaggioli.it](http://www.preview.periodicimaggioli.it)

