

L'eccesso di pretorietà nella "plenaria" del Consiglio di Stato sul rapporto fra i criteri di aggiudicazione – sia del prezzo più basso, sia dell'offerta economicamente più vantaggiosa – e la competenza alla verifica dell'anomalia delle offerte

di **Lino Bellagamba**

1. Il punto di partenza dell'analisi è dato dal d.lgs. 163/2006, art. 88, comma 1-bis:

"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".

Viene prevista la possibilità – rimessa a una valutazione di opportunità della stazione appaltante – di istituire una "commissione". Però, siccome questa "commissione" deve poter essere istituita "secondo i criteri stabiliti dal regolamento" attuativo del codice, la previsione è divenuta applicabile proprio con l'entrata in vigore del d.P.R. 207/2010. Tuttavia, si pone un problema interpretativo su chi sia formalmente il soggetto competente a valutare l'anomalia, nella fattispecie. Infatti, ai sensi del codice dei contratti, questa viene istituita "per esaminare le giustificazioni prodotte" (d.lgs. 163/2006, art. 88, comma 1-bis, primo periodo) e, inoltre, "esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite" (d.lgs. 163/2006, art. 88, comma 3).

Ci si chiede, allora, se questa "commissione" abbia una funzione meramente consultiva nei riguardi del competente soggetto della stazione appaltante, ovvero se essa medesima diventi organo straordinario di quest'ultima. Ora, poiché il problema inerente a questa commissione acquista rilevanza con il regolamento attuativo, e poiché d'altra parte è solo quest'ultimo che individua sia il soggetto competente a valutare l'anomalia sia l'organo competente a dichiararla, è proprio nel d.P.R. 207/2010 che occorre trovare la risposta.

2. Nel caso del prezzo più basso, effettuato il calcolo del "taglio delle ali", "il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 2, periodo 1°). Si ribadisce – rispetto all'abrogato d.P.R. 554/1999 – che soggetto competente per la verifica dell'anomalia è il "responsabile del procedimento" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 2, periodo 1°).

Quest'ultimo si avvale (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 2, primo periodo):

- 1) "degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante";
- 2) "ovvero della commissione di gara, ove costituita"

(tale seconda possibilità dà implicitamente atto che, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, non necessariamente l'organo di gara deve essere collegiale).

Sia nell'uno, sia nell'altro caso, il responsabile del procedimento si avvale di una consulenza tecnico-giuridica, ma responsabile finale dell'istruttoria sarebbe proprio e soltanto lui medesimo. Ma diversa è la tesi della "plenaria" del Consiglio di Stato (che si analizzerà più oltre). È prevista la seduta pubblica per la comunicazione della provvisoria aggiudicazione, a seguito della verifica dell'anomalia: "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" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 3).

Per il rapporto fra la valutazione del responsabile del procedimento (eventuale, in relazione alla tesi della "plenaria") e quella dell'organo di gara, si applica il principio di cui alla l. 241/1990, art. 6, comma 1, lett. e), secondo periodo, per analogia, e ciò in quanto qui siamo ancora in fase di "aggiudicazione provvisoria" e non ancora di "provvedimento finale": "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".

Emerge in tutta chiarezza che *soggetto* competente a valutare l'anomalia è il responsabile del procedimento (ma diversa, come già detto, è la tesi della "plenaria" del Consiglio di Stato), mentre *organo* competente a dichiararne l'esito è "il soggetto che presiede la gara", e quindi:

- il dirigente responsabile del servizio, nel caso in cui l'organizzazione regolamentata dell'ente preveda l'organo monocratico;
- ovvero sempre lui medesimo, ma come presidente di organo collegiale necessariamente costituitosi, nel caso in cui - sempre nell'organizzazione dell'ente - sia prevista la commissione anche con il prezzo più basso.

E veniamo alla risposta alla domanda iniziale.

"Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma

1-bis, del codice" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 4). Emerge che la "specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del codice" dovrebbe avere la stessa funzione ausiliatrice, rispetto al responsabile del procedimento, "degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita". Essa, pertanto, non dovrebbe diventare organo straordinario della stazione appaltante e neppure organismo responsabile - ovvero, corresponsabile - dell'istruttoria finale dell'anomalia.

Ma diversa, come già detto, è la tesi della "plenaria" del Consiglio di Stato.

3. Nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, effettuato il calcolo di cui al d.lgs. 163/2006, art. 86, comma 2, "il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 10, primo periodo). Si afferma - rispetto all'abrogato d.P.R. 554/1999 (che in proposito non recava una specifica disciplina) e comunque rispetto alla precedente giurisprudenza in materia, consolidata sul principio che per servizi e forniture doveva essere la commissione giudicatrice di cui all'art. 84 del codice l'organo naturalmente competente a valutare l'anomalia e anche a dichiararla - che soggetto competente per la verifica dell'anomalia stessa è invece il "responsabile del procedimento" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 10, periodo 1°).

Quest'ultimo si avvale (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 10, periodo 1°, ultima parte, laddove il principio di ausiliarità traspare proprio dall'uso del verbo: "avvalendosi"):

- 1) "degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante";
- 2) "ovvero della commissione di gara, ove costituita".

Nel caso sub 2), la formulazione regolamentare che parla di "commissione di gara ove costituita" esprime un concetto logicamente improprio. Sul piano oggettivo, occorre piuttosto parlare di "commissione di gara in quanto costituita". Questa "commissione di gara" è quella che ha appena aperto le buste sui criteri di valutazione di natura quantitativa ed ha subito dopo proceduto - quale organo naturalmente insediato - ad effettuare il calcolo di cui al comma 2 dell'art. 86 del codice. Ad essa stessa compete - di seguito - di valutare

se ricorrono le condizioni di cui al comma 3 dell'art. 86 del codice, laddove non si individuino offerte sospette di anomalia *ex lege*.

In questo contesto – come nel caso del prezzo più basso, rispetto a cui il comma 10 del medesimo art. 121 è sostanzialmente simmetrico – il responsabile del procedimento si avvale di una consulenza tecnico-giuridica, ma responsabile finale dell'istruttoria sarebbe proprio e soltanto lui medesimo, anche nel caso in cui si avvalga "della commissione di gara". Ma diversa, anche qui, è la tesi della "plenaria" del Consiglio di Stato (che si analizzerà più oltre).

È prevista la seduta pubblica per la comunicazione della provvisoria aggiudicazione, a seguito della verifica dell'anomalia: "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" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 3, richiamato dal comma 10, periodo 2°: "Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6").

Anche qui, come per il prezzo più basso, per il rapporto fra la valutazione del responsabile del procedimento (eventuale, in relazione alla tesi della "plenaria") e quella dell'organo di gara, si applica il principio di cui alla l. 241/1990, art. 6, comma 1, lett. e), secondo periodo, per analogia, e ciò in quanto qui siamo ancora in fase di "aggiudicazione provvisoria" e non ancora di "provvedimento finale".

Anche qui, come per il prezzo più basso, soggetto competente a valutare l'anomalia dovrebbe essere soltanto il responsabile del procedimento (ma diversa, come già detto, è la tesi della "plenaria" del Consiglio di Stato), mentre organo competente a dichiararne l'esito è "il soggetto che presiede la gara".

C'è da chiedersi chi sia qui "il soggetto che presiede la gara".

Poiché la commissione giudicatrice di cui all'art. 84 del codice avrebbe comunque esaurito la sua funzione (addirittura senza neppure rendere consulenza al responsabile del procedimento, se quest'ultimo è stato auto-referenziale ovvero si è limitato ad avvalersi "degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante"), l'organo di gara torna ad essere quello ordinario, e cioè lo stesso che ha curato la sub-fase consistente nella verifica dei requisiti soggettivi di ammissione.

Solo per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria è prevista la *lex specialis* di cui al d.P.R. 207/2010, art. 266, comma 7, primo periodo, che – peraltro senza che ne sia evincibile una specifica *ratio* – assegna alla "commissione giudicatrice" la funzione di presiedere anche alla sub-fase dell'ammissione dei concorrenti. Peraltro, seguendosi il principio del minimo mezzo giuridico, non è affatto naturale – anche se non è illegittimo – che la commissione giudicatrice di cui all'art. 84 del codice svolga anche le funzioni di organo che verifica il possesso dei requisiti di ammissione: sia perché il commissario a latere del presidente, commissario che deve essere esperto nella specifica disciplina tecnica, non ha necessariamente la competenza giuridica in materia di procedure d'affidamento di contratti pubblici; sia perché, in ipotesi di ricorso a commissario esterno alla stazione appaltante, quest'ultima andrebbe a sopportare un costo inutile (e con risultato giuridico di dubbia conseguibilità) per lo svolgimento di una funzione ben eseguibile con i competenti funzionari interni.

La competenza dell'organo ordinario rimane ferma anche nel caso in cui – seguendosi la tesi della "plenaria" (di cui *infra*) – il RUP abbia delegato alla "commissione giudicatrice" la funzione della verifica dell'anomalia.

Quindi, "il soggetto che presiede la gara" è:

- a) il dirigente responsabile del servizio, nel caso in cui l'organizzazione regolamentata dell'ente preveda l'organo monocratico;
- b) ovvero, sempre lui medesimo, ma come presidente di organo collegiale necessariamente costituitosi, nel caso in cui (sempre nell'organizzazione dell'ente) sia prevista una commissione anche per l'analisi della c.d. "documentazione amministrativa".

Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470, *ex multis*, per la conferma del principio suddetto. Conforme, TAR Lombardia, Brescia, II, 8 gennaio 2011, n. 21. E veniamo, anche per l'offerta economicamente più vantaggiosa, alla risposta alla domanda iniziale.

"Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del codice" (d.P.R. 207/2010, art. 121, comma 4, richiamato dal comma 10, periodo 2°: "Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6").

Emerge, come nel caso del prezzo più basso, che la

“specifica commissione prevista dall’articolo 88, comma 1-bis, del codice” dovrebbe avere la stessa funzione ausiliaria, rispetto al responsabile del procedimento, “degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita”. Essa, pertanto, pur con l’offerta economicamente più vantaggiosa, non dovrebbe diventare organo straordinario della stazione appaltante e neppure organismo responsabile – ovvero, corresponsabile – dell’istruttoria finale dell’anomalia. Ma diversa, come già detto, è la tesi della “plenaria” del Consiglio di Stato, che ora si andrà ad esaminare in dettaglio.

4. Sulla materia occorre ora analizzare Cons. Stato, ad. plen, 29 novembre 2012, n. 36, distinguendosi fra prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa:

5. Vediamo la disciplina ipotizzata dalla “plenaria” per l’ipotesi del prezzo più basso.

“Dal tenore letterale della norma regolamentare” – d.P.R. 207/2010, art. 121, commi 2 e 4 – risulta evidente che il legislatore ha inteso attribuire al RUP facoltà di scelta in ordine allo svolgimento della verifica di anomalia, potendo egli (...) per le gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso, provvedere personalmente, avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante, ovvero delegare la commissione di gara, ove costituita, o ancora istituire la speciale commissione di cui al comma 1-bis dell’art. 88”.

La pronuncia ipotizza che il RUP, in ipotesi di adozione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, possa “delegare la commissione di gara, ove costituita”. Secondo il Consiglio di Stato ciò implicitamente significa che, dove l’organo di gara sia legittimamente costituito in forma monocratica e non collegiale (trattandosi di criterio ad aggiudicazione automatica), tale possibilità di delega non sussiste. Non avrebbe alcun senso, infatti, che il RUP possa spogliarsi della funzione per attribuirlo al dirigente-organo, in veste monocratica.

Rimane la criticità della tesi del collegio. Poiché il RUP potrebbe proprio “delegare la commissione di gara”, che qui è *aggiudicatrice* in relazione al criterio del prezzo più basso, a svolgere la funzione di verificare l’anomalia delle offerte, egli si spoglierebbe della sua funzione di soggetto competente in materia. In tal caso, trattandosi di “commissione di gara”, questa sarebbe presieduta dal dirigente-organo e non dal RUP.

La tesi contrasta con il disposto di cui ai commi 2 e 4 dell’art. 121 del regolamento. La norma, infatti, prevede soltanto che il RUP possa *avvalersi* della “commissione di gara” e non *delegare* la funzione *in toto* alla medesima. In definitiva, secondo il regolamento, la “commissione di gara” potrebbe soltanto svolgere funzione di supporto al RUP.

Secondo la “plenaria”, invece, il RUP può proprio “delegare la commissione di gara” a svolgere la verifica di anomalia.

Rimane aperta la questione se “istituire la speciale commissione di cui al comma 1-bis dell’art. 88” del codice comporti l’attribuzione di una mera funzione di supporto al RUP, così come dovrebbe desumersi dal principio regolamentare, ovvero di una vera e propria delega, così come invece si desumerebbe dai commi 1-bis e 3 dell’art. 88 del codice.

In effetti, i due summenzionati commi dell’art. 88 del codice, ed il comma 3 in particolare, sembrano attribuire direttamente la funzione di verifica dell’anomalia proprio a tale “specifica commissione”, ovviamente “ove costituita”.

Un ragionevole punto di soluzione del problema lo si poteva rinvenire nel fatto che il RUP, oltre a “richiedere la nomina della specifica commissione” ai sensi del comma 4 dell’art. 121 del regolamento, fosse anche chiamato a presiederla nella determinazione di nomina da parte del dirigente-organo.

La tesi desumibile per analogia con quanto affermato per la “commissione di gara” – anche se non esplicitamente sostenuto dalla pronuncia – è che la “specifica commissione” sia proprio competente a valutare l’anomalia, al posto del RUP.

6. Vediamo ora la disciplina ipotizzata dalla “plenaria” per l’ipotesi dell’offerta economicamente più vantaggiosa. “Dal tenore letterale della norma regolamentare” – d.P.R. 207/2010, art. 121, commi 2 e 4 – risulta evidente che il legislatore ha inteso attribuire al RUP facoltà di scelta in ordine allo svolgimento della verifica di anomalia, potendo egli (...) per le gare da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, provvedere personalmente ovvero delegare la commissione aggiudicatrice (sempre esistente in questo tipo di procedure ai sensi dell’art. 84 del Codice)”.

Viene ritenuto “che la facoltà di scelta tra le due opzioni (procedere direttamente alla verifica di anomalia

o delegare la commissione) spettasse *ab initio* al RUP per tutte le tipologie di gare, e che l'art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010 abbia inteso soltanto specificare le diverse modalità con cui tale scelta può esplicarsi nelle due diverse categorie di procedure. (...) Al di là degli argomenti testuali e sistematici fin qui esaminati, la soluzione interpretativa che qui si ritiene di preferire appare, da un lato, maggiormente coerente col ruolo del R.U.P. quale vero e proprio "motore" della procedura selettiva, e, per altro verso, non necessariamente in contraddizione con il tradizionale insegnamento che, con riferimento alle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individua in capo alla commissione una sorta di "monopolio" delle valutazioni tecniche".

Si osserva che "nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non v'è dubbio che spetti al RUP in ogni caso il ruolo di "filtro" tra le valutazioni tecniche della commissione di cui all'art. 84 del Codice e le scelte della stazione appaltante". "Ciò che più rileva in questa sede, allorché si apre la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, è che la commissione aggiudicatrice ha ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte; una possibile riconvocazione della commissione, di regola, è ipotizzabile solo laddove in sede di controllo sulle attività compiute emergano errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni (oltre che nell'ipotesi di regressione della procedura a seguito di annullamento giurisdizionale, come previsto dal comma 12 dell'art. 84). Pertanto, è del tutto fisiologico che sia il RUP, che in tale fase interviene ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, del titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia.

(...) Ai rilievi che precedono può aggiungersi anche che (...) ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte. Infatti, mentre alla stregua dell'art. 84 del Codice la commissione è chiamata - come già evidenziato - soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto

sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull'offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta come previsto dall'art. 83 del Codice, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati *ex se* considerati. (...) Naturalmente, è ben possibile che la verifica delle offerte a rischio di anomalia chiami in causa anche l'apprezzamento di elementi dell'offerta tecnica, e quindi richieda anch'essa il possesso di determinate cognizioni e competenze: ciò si ricava dalla disciplina dell'art. 87, d.lgs. n. 163 del 2006, laddove è previsto che le giustificazioni fornite dal concorrente possano riguardare anche "le soluzioni tecniche adottate" (comma 2, lettera b)).

"Per questo, il legislatore ha rimesso al RUP ogni valutazione innanzitutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere, nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase *de qua*". Intanto è da notare un errore concettuale. La commissione di cui all'art. 84 del codice è "giudicatrice" e non "aggiudicatrice".

Per la "plenaria", l'eventuale ricorso da parte del RUP alla commissione giudicatrice non ha carattere strumentale, come pure andrebbe desunto dal comma 10, primo periodo, dell'art. 121 del regolamento, che fa riferimento al mero "avvalersi" "della commissione di gara, ove costituita".

Per la "plenaria", la "commissione giudicatrice" diventa proprio organo competente a valutare l'anomalia al posto del RUP e per scelta di quest'ultimo.

La "plenaria" legge il comma 10 dell'art. 121 del regolamento solo nel primo periodo (il "responsabile del procedimento (...) procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita").

Di conseguenza, la plenaria afferma che, con l'offerta economicamente più vantaggiosa, non è possibile far ricorso alla specifica commissione di cui al comma 1-bis dell'art. 88 del codice:

"5.1. Innanzitutto, non può non convenirsi con il rilievo dell'Amministrazione appellata secondo cui nella formulazione testuale della disposizione di cui al comma 1-bis non è dato rinvenire traccia espressa di un'ipotetica circoscrizione della previsione alle sole gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso, o comunque di una loro differenziazione di regime per quanto qui interessa rispetto alle gare da aggiudicare col prezzo economicamente più vantaggioso.

5.1.1. È solo nella norma regolamentare, per vero, che viene introdotta una disciplina diversificata per le due tipologie di procedure, essendo limitato il possibile ricorso alla speciale commissione di cui al comma 1-bis, in alternativa alle altre opzioni rimesse al RUP, alle sole gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso; mentre per quelle da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il legislatore, evidentemente per ragioni di economicità dell'azione amministrativa, ha ritenuto che, laddove il RUP non ritenga di procedere direttamente alla verifica, debba sempre essere incaricata la commissione di cui all'art. 84".

La "plenaria" omette totalmente di considerare che il secondo periodo del comma 10 dell'art. 121 del regolamento così recita: "Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6".

I commi da 4 a 6 riguardano proprio la piena possibilità di richiedere la nomina della "specifica commissione" di cui al comma 1-bis dell'art. 88 del codice.

Questa, comunque, è la massima di cui a Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36:

"Nelle gara d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. Infatti, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, è attribuita al responsabile del procedimento facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice".

7. Ultimo aspetto riguarda la disciplina ipotizzata dalla "plenaria" in ordine all'oggetto della valutazione dell'anomalia, sempre per l'ipotesi dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il principio – elaborato nella giurisprudenza anteriore alla pronuncia della "plenaria" che si analizza – è stato dedotto nel codice dei contratti, all'art. 87, comma 1, primo periodo (così come modificato dal d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito nella l. 3 agosto 2009, n. 102, art. 4-*quater*, comma 1, lett. c), n. 1)): "le giustificazioni" debbono essere "relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta".

Alla luce di quanto appena premesso, appare non condivisibile l'impostazione della "plenaria", secondo cui, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "il giudizio di anomalia si concentra (...) sull'offerta economica":

"ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla commissione aggiudicatrice in sede di esame delle offerte. Infatti, mentre alla stregua dell'art. 84 del Codice la commissione è chiamata (...) soprattutto a esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando pertanto la propria attenzione soprattutto sugli elementi tecnici di essa, il giudizio di anomalia si concentra invece sull'offerta economica, e segnatamente su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili; inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta come previsto dall'art. 83 del Codice, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati *ex se* considerati. 5.4.1. Naturalmente, è ben possibile che la verifica delle offerte a rischio di anomalia chiami in causa anche l'apprezzamento di elementi dell'offerta tecnica, e quindi richieda anch'essa il possesso di determinate cognizioni e competenze: ciò si ricava dalla disciplina dell'art. 87, d.lgs. n. 163 del 2006, laddove è previsto che le giustificazioni fornite dal concorrente possano riguardare anche "le soluzioni tecniche adot-

tate" (comma 2, lettera *b*). Per questo, il legislatore ha rimesso al RUP ogni valutazione innanzitutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase *de qua*. 5.5. In definitiva, l'opzione interpretativa qui accolta risulta maggiormente

in linea con la logica complessiva del sistema normativo in *subiecta materia*: è il giudizio sulla complessiva attendibilità dell'offerta economica meno agganciato a valutazioni di natura tecnico-scientifica e più direttamente connesso con scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente che dell'amministrazione è destinato a divenire l'interlocutore contrattuale".