

## **RUOLO DEL R.U.P. NELLA VERIFICA DI CONGRUITÀ DELL'OFFERTA ANOMALA.**

**Nota a sentenza Consiglio di Stato, n. 36, del 29 novembre 2012.**

**Dott.ssa Anna Casillo**

*Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".*

**“Nelle gara d'appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita, anziché dalla commissione giudicatrice, 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, nr. 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 giudicatrice”.<sup>1</sup>**

\*\*\*\*

### **1. Fatto**

L'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano, con bando di gara del 25.08.2009, aveva indetto una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di lavori di ristrutturazione ed ampliamento dell'Ospedale di Bressanone con un importo a base d'asta di Euro 2.256.385,60.

A seguito dell'individuazione della soglia di anomalia, calcolata nella percentuale dell'11,48%, la commissione di gara rilevava il superamento della predetta soglia da parte del CSF (Consorzio Stabile Finedil Soc. Cons. a r.l), che aveva offerto un ribasso del 16,90%. Si dava, così, impulso al sub procedimento di verifica della congruità dell'anomalia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. sent. Cons. Stato, ad. plen., del 29/11/2012 n. 36.

<sup>2</sup> Nelle gare d'appalto espletate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'individuazione delle offerte presuntivamente anomale si utilizza un metodo legato al punteggio ottenuto dal concorrente in relazione alle diverse componenti oggetto di ponderazione. L' art. 86 del Codice al comma 2, stabilisce che: *"Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punteggi relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara."*

A tal fine, il Direttore del Comprensorio Sanitario di Bressanone conferiva mandato al Responsabile del procedimento che, di conseguenza, richiedeva al Consorzio delle giustificazioni in merito al ribasso offerto in relazione a diverse categorie di lavori.

Il Consorzio Stabile Finedil Soc. Cons. s.r.l. depositava i giustificativi dei prezzi dei lavori richiesti e il Responsabile del procedimento, valutato il contenuto dei prezzi indicati, e non ritenendo le motivazioni rassegnate sufficientemente esaurienti, convocava il Consorzio allo scopo di ottenere ulteriori elementi idonei per l'accertamento di congruità dell'anomalia.

All'esito delle predette verifiche, il Direttore del Comprensorio, assumendo le valutazioni compiute dal Responsabile del procedimento, con la determina n. 40 del 12.02.2010, escludeva la ditta CSF Consorzio Stabile Finedil di Trento per anomalia dell'offerta.

Avverso il suddetto provvedimento, proponeva ricorso la ditta CSF Consorzio Stabile Finedil di Trento lamentando, tra l'altro, la violazione ed erronea applicazione dell'art. 52 L.P. 6/1998 in relazione all'art. 88 D.Lgs. 163/2006 data l'incompetenza del R.U.P. all'effettuazione della verifica di anomalia dell'offerta, attività ritenuta spettante alla commissione di gara.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa- sez. autonoma di Bolzano, con la sent. n.193 del 2010, non ritenendo convincenti le censure mosse della ditta ricorrente alla luce delle modifiche introdotte con il D.L. 1 luglio 2009 n. 78 all'art. 88 del D.Lgs. n. 163 del 200, rigettava il ricorso.

Il Consorzio Stabile Finedil s.r.l. proponeva, dunque, ricorso in appello per erroneità ed ingiustizia della suddetta sentenza in quanto il giudice di prime cure, nel riconoscere in capo al Responsabile unico del procedimento la competenza relativa alla verifica dell'anomalia, non aveva distinto tra gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e quella da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

Nello specifico, si sosteneva, che il comma 1-bis dell'art. 88 fosse applicabile unicamente alle gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, e non anche a quelle da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiose. Per queste ultime, infatti, ogni attività valutativa spetterebbe sempre e in ogni caso alla commissione giudicatrice.

La sezione sesta del Cons. di Stato adito, rilevando l'esistenza di un possibile contrasto giurisprudenziale sul punto, con ordinanza rimetteva all'adunanza plenaria la questione relativa all'individuazione del soggetto competente a eseguire la verifica di anomalia.

## 2. Linee Giurisprudenziali

Secondo un primo orientamento, recepito dal C.S.F. appellante, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, la competenza esclusiva a ogni attività avente

---

Dalla norma appena citata, si evince un obbligo per la P.A. di procedere alla verifica di congruità delle offerte anomale solo quando l'offerta riporti un punteggio superiore ai 4/5 di quello massimo previsto dal bando sia con riguardo all'offerta prezzo che con riguardo alla somma complessiva delle ponderazioni attribuite agli altri criteri di valutazione. In effetti, un'offerta che abbia riportato un punteggio pari o superiore ai quattro quinti dei punti massimi previsti dal bando solo per la voce prezzo, e non anche per la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, non può definirsi anomala in quanto la convenienza in termini di prezzo è legata a delle carenze rispetto agli altri criteri di valutazione.

Inoltre, il legislatore, al comma 3 dell'art. 86 del Codice, ha riconosciuto alla stazione appaltante la facoltà di procedere alla verifica delle offerte che, in base ad elementi specifici, appaiano anormalmente basse.

Va rilevato che, a differenza del criterio del prezzo più basso, il legislatore ha attribuito rilevanza al punteggio ottenuto dal singolo concorrente, prescindendo, quindi, da qualsiasi forma di confronto con le altre offerte presentate. (Cfr. C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2009, pag 665).

carattere valutativo sarebbe da individuare in capo alla commissione giudicatrice costituita ai sensi dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Infatti, con riferimento alla verifica di congruità, l'attività, seppur priva del carattere comparativo, sarebbe comunque "valutativa" essendo preordinata all'indagine sugli specifici contenuti dell'offerta, alla sua affidabilità e sulla piena rispondenza delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste e, in quanto tale, rientrerebbe nella competenza della commissione giudicatrice.<sup>3</sup>

Di conseguenza, sarebbero illegittime tutte quelle verifiche che non coinvolgano in modo concreto e sostanziale la medesima commissione. Al RUP è riconosciuta la competenza in merito al rilascio di pareri tecnici, ragguagli o altri elementi utili alla valutazioni delle offerte presentate in sede di gara, ma, in presenza di un'apposita commissione di gara, si nega che lo stesso abbia la competenza relativa al giudizio definitivo sulla congruità dell'offerta, non essendo sufficiente neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del RUP. Una diversa soluzione avrebbe come conseguenza l'inutilità della stessa nomina della commissione giudicatrice dell'appalto essendo, infatti, irragionevole ed irrazionale che l'attività valutativa della stessa debba arrestarsi al momento dell'aggiudicazione provvisoria, senza poter valutare le successive giustificazioni e i pareri tecnici a tal fine forniti dal RUP o dall'ufficio dell'amministrazione appaltante incaricata di supportare l'attività della commissione stessa.<sup>4</sup>

Pertanto, secondo questo primo orientamento, in presenza di una gara d'appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può ritenersi compito del RUP pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta in quanto è la Commissione che deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, eventualmente anche sulla base di una relazione tecnica redatta dallo stesso RUP.

L'opposto indirizzo giurisprudenziale si rinviene in pronunce più recenti<sup>5</sup> relative a vicende successive alle modifiche apportate all'art. 88 del D.Lgs. n. 163 del 2006 dal D.L. n. 78, del 1 luglio 2009, convertito con modificazioni nella legge n. 102 del 3 agosto 2009.

Con tale D.L., infatti, è stato aggiunto il comma 1 bis all'art. 88 citato, il quale, in presenza di offerte anomale, riconosce in capo alla stazione appaltante la facoltà di istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal Regolamento per esaminare la giustificazioni prodotte.

Tale disposizione va combinata con il comma 3 dello stesso articolo, in forza del quale l'esame degli elementi costitutivi dell'offerta, alla luce delle precisazioni presentate, può essere compiuto dalla stazione appaltante, ovvero dalla commissione di cui al comma 1bis, ove istituita.

Dalla lettura delle norma sopra citata, emerge che il legislatore ha, quindi, inteso riconoscere alla stazione appaltante la facoltà, e non già l'obbligo, di istituire una commissione per la valutazione dell'anomalia delle offerte.

Inoltre, ove istituita, tale commissione non è da considerare necessariamente identica alla commissione giudicatrice prevista dall'art. 84 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose. Ed infatti, mentre la composizione di questa è regolamentata dallo stesso articolo, quella dell'art. 88, comma 1bis, è da istituire secondo i criteri stabiliti nel Regolamento<sup>6</sup>. Le stesse, inoltre, si differenziano anche per le competenze in

<sup>3</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, nr. 4584.

<sup>4</sup> cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, nr. 4772; Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, nr. 4332.

<sup>5</sup> cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, nr. 1467.

<sup>6</sup> Nello specifico, per quanto riguarda la commissione giudicatrice, il primo cpv del comma 8 dell' art. 84 del Codice stabilisce che "i commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante". In particolare, possono essere nominati, quali commissari, i funzionari dell' amministrazione dotati di

quanto compito della commissione giudicatrice è di valutare gli aspetti "tecnici" dell'offerta, invece, la Commissione di cui all'art. 88, se istituita, ha il compito di analizzare l'offerta economica in relazione ai prezzi offerti e ritenuti anormalmente bassi.

L'adunanza plenaria del Cons. di Stato, con la sentenza in esame, ha condiviso questo secondo orientamento ammettendo l'applicazione del comma 1 bis dell'art. 88 anche alle gare espletate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Non trova, quindi, fondamento l'opposto assunto della limitazione dell'applicazione di tale articolo solo alle gare d'appalto espletate con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Nella formulazione testuale della disposizione di cui al comma 1-bis, infatti, non è prevista alcuna espressa circoscrizione della previsione alle sole gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso.

### 3. Conclusioni.

A prescindere dal caso concreto analizzato, tale soluzione interpretativa sembra essere quella più coerente con il ruolo che il legislatore ha inteso riconoscere al R.U.P. quale vero e proprio *dominus* della procedura selettiva, né siffatto ruolo si pone in contrasto con quello della commissione giudicatrice che, nell'ambito delle gare d'appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, detiene una sorta di "monopolio" delle valutazioni "tecniche".

Infatti, in tali tipi di gare d'appalto, in ragione del peso preponderante che si è attribuito alle offerte tecniche, con l'art. 84 del D.lgs. n. 163 del 2006, si è inteso devolvere alla commissione giudicatrice la competenza in merito alle valutazioni sulle offerte. La stessa, essendo costituita da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto, costituisce strumento di garanzia per l'imparzialità dell'azione amministrativa e la *par condicio* tra i concorrenti.

Tuttavia, la discrezionalità valutativa della commissione raggiunge la massima estensione solo nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, mentre, nella fase di valutazione delle

---

adeguata professionalità. Recependo il principio di elaborazione giurisprudenziale (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1408 del 18/03/2004), ribadito anche dalla Corte Costituzionale, la composizione della commissione di gara deve essere eminentemente tecnica, ossia deve essere composta da soggetti dotati di specifica competenza tecnica ed esperienza, accumulata in una posizione di responsabilità presso l'amministrazione, o muniti di qualificazioni professionali che tale competenza lascino presumere (Cfr. SANDULLI - DE NICTOLIS-GAROFALI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, pag. 2150; vedi anche il Corte Costituzionale, n. 453 del 15 novembre 1990, in *Arch. Civ.*, 1115; *Cons. Stato*, 1990, sez. II, 1416; *ivi* 1990, II, 1551, con nota di C. GESSA; *Corr. Giur.*, 1990, 1232, con nota di M. BASSANI; *Giur. Cost.*, 1990, 2706, con note di G. AZZARITI e C. PINELLI; *Inform. Prev.*, 1990, 1681; *Nuovo dir.* 1990, 980; *Riv. Amm.*, 1990, 1577, con note di P. HAMEL e D. CUCCIA; *Riv. cont.*, 1990, 5, 211; *Toscana lavoro giur.*, 1990, 1143; *Ammin. it.*, 1991, 120; *Foro it.*, 1991, I, 395, con nota di A. CARIOLA; *Giur. Cost.*, 1991, 1516, con nota di M. CARDUCCI; *Regioni*, 1991, 1504, con nota di G. PASTORI; *Riv. Amm.* 1991, 69 con nota di E. SESSA.).

Per quanto, invece, concerne la commissione speciale di cui all'art. 88 comma 1-bis del D.lgs. n. 163 del 2006, l'art. 121 del D.P.R. n. 207 del 2010, al comma 5, stabilisce che è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, sempre che non sussistano motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

offerte economiche l'operato della commissione giudicatrice si riduce, di regola, all'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche sulla base di meccanismi matematici.

Inoltre, conclusasi la fase della valutazione delle offerte economiche può dirsi esaurito il compito della commissione giudicatrice e una possibile riconvocazione della stessa è ipotizzabile solo se, a seguito del controllo sulle attività compiute, emergano errori o lacune tali da imporre una rinnovazione delle valutazioni, ovvero nell'ipotesi di regressione della procedura a seguito di annullamento giurisdizionale.

Pertanto, conformemente alla disciplina analizzata, successivamente a tali fasi (analisi offerta tecnica e analisi offerta economica) si inserisce l'intervento del R.U.P. volto ad esercitare la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione e, se del caso, volto alle valutazioni in ordine alle offerte sospette di anomalia.

In particolare, in presenza di offerte anomale, ossia quando il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'art. 86, comma 2 del D.lgs. n. 163 del 2006, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al RUP, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti.<sup>7</sup>

Tale tipo di verifica è volta a garantire un equilibrio tra la convenienza della P.A. ad affidare l'appalto al prezzo più basso e la piena affidabilità della proposta contrattuale. Essa generalmente si concentra sull'offerta economica, ossia su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili, inoltre, l'art.87 del D. Lgs. n.163 del 2006 prevede che possa riguardare anche "le soluzioni tecniche adottate".

La disciplina è stata modificata con l'art.121 del D.P.R. n. 207 del 2010<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> L'art. 86 del Codice, da leggersi in combinato disposto con gli artt. 87 e 88, disciplina lo schema procedimentale volto all'individuazione, verifica ed eventuale esclusione delle offerte anormalmente basse. Nello specifico, il procedimento di individuazione e valutazione delle offerte anomale è costituito da quattro fasi o momenti:

1. della individuazione delle offerte anomale;
2. della richiesta delle giustificazioni dell'offerta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
3. delle presentazioni dei chiarimenti, precisazioni e degli eventuali elementi giustificativi dell'offerta da parte del concorrente la cui offerta è stata sospettata di anomalia;
4. della verifica e valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (Cfr. R.GAROFOLI - R.FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, 3<sup>o</sup>Ed., Roma, 2009, pag. 777).

All'esito del procedimento di verifica, la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

<sup>8</sup> Il Regolamento D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 disciplina in dettaglio il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte disponendo all'articolo 121 (applicabile anche ai servizi e forniture in base all'articolo 284, con i necessari adattamenti). In particolare, il comma 10 dello stesso articolo stabilisce che "Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'articolo 86, comma 2, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che 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. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6" ossia "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.

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.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza analizzata, ha ritenuto che con tale articolo, seppur non applicabile al caso di specie *ratione temporis*, è stata introdotta una disciplina diversificata a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto. Ed in particolare, il RUP, in presenza di gare espletate con il criterio del prezzo più basso, potrà provvedere personalmente alla verifica di congruità, 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.

Per quanto, invece, concerne le gare espletate con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Consiglio di Stato, evidentemente per ragioni di economicità dell'azione amministrativa, ha ritenuto che, laddove il R.U.P. non ritenga di procedere direttamente alla verifica, debba sempre essere incaricata la commissione di cui all'art. 84.

Tuttavia, analizzando nel dettaglio, l'art. 121 citato, ed in particolare il comma 10, può rilevarsi che l'ultimo periodo estende alle gare d'appalto espletate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'applicazione dei commi da 3 a 6.

Il comma 4 dello stesso articolo, recita testualmente: *"Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici ed organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può chiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'art. 88, comma 1 bis, del codice"*.

Sulla base del quadro normativo di riferimento, quindi, non può rilevarsi alcuna limitazione al potere del RUP circa le modalità di verifica di congruità delle offerte anomale, il quale, in presenza di una gara espletata con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la verifica di congruità potrà avvalersi, tra le diverse opzioni, anche della commissione speciale di cui all'art. 88 comma 1 bis.

---

*La specifica commissione di cui al comma 4 è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestate dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.  
Nei casi di cui al comma 5 si procede secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del codice."*