

Nel caso di aggiudicazione con offerta economicamente più vantaggiosa, è legittima la verifica di anomalia dell'offerta eseguita dal RUP

Claudio Santarelli

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36
Pres. Coraggio; Est. Greco – Consorzio Stabile Finedil Soc. cons. a r.l. (Avv.ti Vannicelli e Tita) c. Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano – Comprensorio Sanitario di Bressanone (Avv.ti Baur e Manzi) e Seeste Bau s.p.a. e F.lli Baraldi s.p.a. (nn.cc.).

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Aggiudicazione – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Verifica dell'anomalia – Soggetto competente.

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 la facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla commissione aggiudicatrice. (1)

DIRITTO

Omissis

1.1. Nel caso di specie, parte appellante assume l'illegittimità della verifica compiuta dal Responsabile unico del procedimento (il quale era stato a tanto delegato dal dirigente di settore competente a esprimere la volontà della stazione appaltante), in quanto, trattandosi di gara d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni sulla congruità dell'offerta avrebbero dovuto necessariamente essere svolte dalla commissione aggiudicatrice.

1.2. Nell'ordinanza di rimessione, senza prendere espressa posizione sul pun-

to controverso, la sezione sesta ha evidenziato la possibile esistenza su di esso di un contrasto di giurisprudenza. Infatti, la tesi dell'odierno appellante sembrerebbe trovare conforto nel noto e copioso indirizzo che, con riguardo alle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta più vantaggiosa, individua in capo alla commissione aggiudicatrice costituita ai sensi dell'art. 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), la competenza esclusiva a ogni attività avente carattere valutativo. Da tale arresto discende, nelle decisioni che hanno esaminato specificamente la questione della competenza all'effettuazione della verifica, l'affermazione dell'illegittimità di una verifica che non coinvolga la commissione in modo concreto e sostanziale, venendo essa o esclusa del tutto ovvero chiamata semplicemente a prendere atto delle conclusioni raggiunte dalla stazione appaltante o dal RUP (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4772; Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584). L'opposto avviso si rinviene in pronunce (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467) relative a vicende più recenti, successive alle modifiche apportate all'art. 88 del citato d.lgs. n. 163 del 2006 dal d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 2009, n. 102, e soprattutto all'entrata in vigore del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), il cui art. 121 - come meglio appresso si chiarirà - ha inciso in modo decisivo sulla questione *de qua*.

2. Ciò premesso, questa adunanza plenaria ritiene che la risoluzione della questione di diritto sottoposta dalla sezione sesta non possa prescindere da una preliminare ricostruzione del quadro normativo di riferimento, anche sotto il profilo della sua evoluzione degli ultimi anni.

2.1. Nella sua versione originaria, il comma 3 del già citato art. 88 del Codice così recitava: *"...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"*.

2.1.1. A seguito dell'intervento operato dal legislatore col d.l. n. 78 del 2009, è stato introdotto nella norma il nuovo comma 1-bis, secondo 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"*. Correlativamente, il comma 3 è stato così modificato: *"... La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite"*.

2.2. Più di recente, la disciplina è stata arricchita dal pure citato art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010.

3. Dal tenore letterale della norma regolamentare risulta evidente che il legislatore ha inteso attribuire al RUP facoltà di scelta in ordine allo svolgimento della verifica di anomalia, potendo egli alternativamente:

- 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;

- 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).

4. Nel caso di specie, la previsione regolamentare non è applicabile *ratione temporis*, trattandosi di gara il cui bando è stato pubblicato anteriormente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 207 del 2010; è invece applicabile l'art. 88 del Codice nella versione novellata nel 2009, essendo il medesimo bando successivo al menzionato intervento riformatore.

La tesi dell'odierno appellante è che, prima e indipendentemente dalle specificazioni introdotte in sede regolamentare, il comma 1-*bis* dell'art. 88 sia 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 vantaggiosa: per queste ultime, sarebbe prevalente il già richiamato principio che individua nella commissione aggiudicatrice l'organo competente in via esclusiva per qualsiasi attività valutativa (e, quindi, anche per quelle connesse alla verifica di congruità delle offerte).

5. L'adunanza plenaria ritiene di non condividere tale impostazione.

5.1. Innanzi tutto, 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.

5.1.2. Tuttavia, non può ritenersi che il Regolamento abbia *in parte qua* carattere innovativo, non essendo ragionevole ipotizzare - come sembrerebbe volere l'odierna appellante - che la norma primaria *ex art. 88* contemplasse un minor margine di discrezionalità in capo al RUP, non consentendogli di procedere direttamente alla verifica di anomalia dell'offerta nelle gare di cui all'art. 83 del Codice, e che solo la norma secondaria ne abbia ampliato i poteri, conferendogli *ex novo* la facoltà di procedere anche in tali casi a verifica diretta.

A fronte di tale ricostruzione, la quale ipotizza un originario trattamento differenziato fra le due tipologie di gare (che, però, la norma primaria non contempla espressamente), per poi attribuire alla sopravvenuta norma regolamentare un carattere innovativo e ampliativo rispetto alla stessa previsione legislativa, è ben più ragionevole ritenere 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.

5.2. 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 RUP 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.

5.2.1. Innanzi tutto, non è fuori luogo rilevare che, a norma del comma 5 dell'art. 10 del Codice, lo stesso RUP deve necessariamente possedere competenze adeguate in relazione ai compiti cui è deputato, fra i quali vi è indubbiamente anche il controllo dell'attività della commissione aggiudicatrice (e in determinati casi, come per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, deve essere egli stesso un tecnico).

Inoltre, alla stregua dello stesso art. 10, è al RUP che è affidata la gestione integrale della procedura di gara, svolgendo egli il fondamentale ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione committente; pertanto, 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.

5.2.2. Per converso, la commissione aggiudicatrice è come noto un organo straordinario, cui ai sensi dell'art. 84 sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto.

Non è però contestabile che la discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica, laddove di regola l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico, con ovvio ridimensionamento dell'apporto ritraibile dalle competenze di cui è in possesso la commissione.

5.3. Ciò che più rileva in questa sede, allorché si apre la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, 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, il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia.

5.4. Ai rilievi che precedono può aggiungersi anche che, come evidenziato dall'Amministrazione odierna appellata, 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, doven-

do 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 adottate" (comma 2, lettera b).

Per questo, il legislatore ha rimesso al RUP ogni valutazione innanzi tutto 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.

Quanto sopra induce l'adunanza plenaria ad escludere che, nel caso che occupa, l'aver proceduto direttamente il RUP alla verifica di anomalia possa costituire *ex se* un vizio di legittimità della procedura, e quindi a respingere il primo motivo di impugnazione.

Omissis

Commento

1. La sentenza che si annota è intervenuta a dirimere un contrasto giurisprudenziale e dottrinario venutosi a creare intorno alla competenza circa la conduzione della fase di verifica dell'anomalia delle offerte, nell'ambito delle gare di pubblico appalto da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Più nello specifico, il contrasto ineriva il ruolo del RUP nel contesto di tale procedimento di verifica: contrasto alimentato dalle modifiche legislative intervenute nel corso degli anni, con l'adozione cioè del codice dei contratti pubblici, le sue successive novelle e - da ultimo - del regolamento di attuazione ed esecuzione.

Il problema concerne, invero, la portata dei compiti che il legislatore attribuisce al RUP in sede di verifica delle anomalie: si tratta, in sostanza, di capire se tale soggetto, figura centrale della procedura di aggiudicazione, possa procedere personalmente - sia pure con l'ausilio di altri organi della p.a. - alla verifica o se debba, piuttosto, demandare una simile operazione ad una commissione di tecnici (eventualmente anche alla stessa commissione aggiudicatrice).

2. Prima di procedere all'illustrazione della fattispecie concreta giunta al vaglio del Supremo Consesso amministrativo e dei principi di diritto affermati dalla Plenaria del Consiglio di Stato, appare utile una ricognizione del dato normativo di riferimento.

Ebbene, l'art. 88 del codice stabiliva - nella sua versione originaria, come pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 12 luglio 2006 - che *"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"*, e che *"prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile"*.

L'art. 4-*quater* del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (come modificato dalla legge di conversione, 3 agosto 2009, n. 102) ha rivisto i commi 1 e 2 dell'art. 88 del codice, il quale oggi stabilisce che *"la stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni"* e che *"all'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste"*.

La vera innovazione, tuttavia, risiede nel comma 1-*bis* (aggiunto dalla menzionata novella) e nel modificato testo del comma 3 dell'art. 88. Essi prevedono rispettivamente, infatti, che *"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"* e che *"la stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-*bis*, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite"*.

Il quadro normativo sopra riportato è stato inoltre ulteriormente innovato con la previsione regolamentare di cui all'art. 121, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in base alla quale:

- *"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" (comma 10), dettate con riferimento alle gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso;

- in tali ultime procedure di gara, è stabilito che "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" (comma 4);

- "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" (comma 5) e procede "secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del codice" (comma 6).

Alla luce del quadro normativo sopra riportato, anche in un'ottica diacronica, appare evidente che soltanto il regolamento di attuazione ed esecuzione è intervenuto a dissipare i dubbi relativi alla procedura di verifica dell'anomalia nelle gare governate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ed al ruolo che in esse è destinato a rivestire il RUP), contemplando la possibilità per la stazione appaltante di seguire tre diverse ed alternative strade, nelle quali:

a) il RUP procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante;

b) il RUP procede alla suddetta verifica avvalendosi della commissione di gara, ove costituita;

c) il RUP richiede alla stazione appaltante la nomina di una commissione tecnica *ad hoc*, cui sia demandata la verifica delle giustificazioni prodotte.

3. Illustrato il quadro normativo di riferimento, deve evidenziarsi che la fattispecie concreta giunta al vaglio del Consiglio di Stato era la seguente.

Con bando di gara dell'agosto 2009, l'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano - Comprensorio sanitario di Bressanone indicava una procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai fini dell'affidamento dei lavori di "ristrutturazione ed ampliamento dell'Ospedale di Bressanone, blocco 'A', lotto 3".

Nel corso della gara, il Direttore del Comprensorio Sanitario di Bressanone conferiva mandato al RUP affinché procedesse "alla verifica dell'idoneità dell'offerta economica" proposta da un concorrente (il soggetto in seguito ricorrente innanzi al T.A.R.).

All'esito delle verifiche e assumendo le valutazioni compiute dal RUP in relazione alla valutazione dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, il Direttore del Comprensorio statuiva conseguentemente l'esclusione del concorrente.

Quest'ultimo impugnava in primo grado il provvedimento di esclusione, lamentando - tra gli altri profili - l'illegittimità del medesimo, in ragione del fatto che *"la verifica dell'offerta anomala sulla base delle giustificazioni presentate dalla ditta interessata sarebbe un compito che spetta alla commissione giudicatrice e non potrebbe nemmeno essere demandato ad un ufficio dell'amministrazione, anche se tale ufficio risulta competente nel settore al quale attiene l'oggetto della gara"*. Più in particolare, secondo il soggetto ricorrente, *"ben avrebbe potuto il Responsabile del procedimento valutare gli elementi giustificativi dell'offerta del Consorzio, ma la sua indagine avrebbe dovuto essere esaminata e discussa dalla commissione prima di essere recepita"*.

Il T.A.R. adito non accoglieva il motivo di censura sopra illustrato. Secondo il giudice amministrativo di *prime cure*, infatti, se talune incertezze in relazione alla competenza ad esaminare le giustificazioni e le precisazioni delle offerte ritenute anormalmente basse - al fatto cioè se tale incombenza fosse comunque affidata alla commissione (tecnica) giudicatrice, all'autorità di gara ovvero alla stazione appaltante stessa - potevano sussistere prima delle modifiche ed integrazioni legislative del 2009, con l'inserimento del comma 1-*bis* nell'art. 88 del codice potrebbe invece ora agevolmente desumersi che l'istituzione della commissione sarebbe comunque meramente facoltativa e, ove istituita, non sarebbe necessariamente identica alla commissione giudicatrice (tecnica) di cui all'art. 84, prevista per la valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose. In un simile contesto normativo, pertanto, la stazione appaltante decideva di avvalersi della collaborazione tecnica del RUP, condividendo e dichiarando proprio l'esito al quale giungeva l'incaricato.

4. Giunta la suddetta pronuncia al vaglio del Consiglio di Stato, la Sesta Sezione rilevava sul punto un contrasto giurisprudenziale.

Con ordinanza 12 ottobre 2012, n. 5270, infatti, il Collegio evidenziava come tale contrasto - peraltro aggravato nel caso di specie dalla circostanza per cui la norma (in larga parte chiarificatrice) dettata dal legislatore all'art. 121 del regolamento di attuazione ed esecuzione non sarebbe risultata applicabile *ratione temporis* - assumesse i connotati che di seguito si evidenzieranno.

Secondo un primo orientamento, nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica dell'anomalia non rientrerebbe nella competenza del RUP, bensì della commissione di gara, la quale peraltro non potrebbe limitarsi

a prendere atto della relazione tecnica redatta dal responsabile, ma dovrebbe procedere ad un'autonoma valutazione dell'offerta e degli specifici contenuti della stessa, in quanto, in forza di quanto previsto dall'art. 84 del codice, in questo tipo di gara tutte le operazioni a carattere valutativo (compresa l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta) dovrebbero appunto essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice. Secondo tale orientamento, sarebbe dunque illegittima la valutazione dell'anomalia delle offerte in una gara di appalto compiuta dal RUP 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 RUP e degli specifici contenuti della stessa.

Deve registrarsi, infatti, come la recente Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4772, abbia precisato che *"se è vero che l'ufficio ed il RUP ben 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 neppure una mera presa d'atto dell'operato dell'ufficio o del RUP; del resto, diversamente opinando dovrebbe concludersi per la stessa inutilità della nomina di una commissione giudicatrice dell'appalto, essendo irragionevole ed irrazionale che l'attività valutativa della commissione 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"*. Tali conclusioni, del resto, si inseriscono nel solco di Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4331, che aveva avuto modo di chiarire che, tanto dall'interpretazione letterale della norma, quanto dalla *ratio* della norma stessa (ravvisabile nel rimettere ad un organo collegiale, composto da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, le attività valutative e quindi la scelta del contraente ritenuto migliore) dovrebbe evincersi che *"tutte le operazioni di gara con carattere valutativo debbano essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice"* (cfr. in termini anche Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584 (1)).

(1) Così anche T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 4 giugno 2010, n. 532: *"se, dunque, può convenirsi che nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, l'incombenza di effettuare la verifica di congruità delle offerte non può essere affidata al responsabile unico del procedimento, ciò non impedisce, però, al medesimo di effettuare ogni indagine e verifica che egli ritenga necessaria, purché ciò non si traduca in una integrale sottrazione alla commissione delle funzioni valutative alla stessa riservate"*.

Secondo un opposto orientamento, viceversa, il quadro normativo di riferimento – sebbene letto alla luce dell'art. 121 del regolamento (norma – lo si ripete – non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie che ci occupa) – evidenzerebbe come nell'attuale sistema il RUP costituisca il “motore” del sub-procedimento di valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia (cfr. in termini Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467. Vedi anche T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 4 novembre 2011, n. 1648; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 15 febbraio 2010, n. 935).

5. Rimessa alla Plenaria la questione di diritto, il Supremo Consesso amministrativo ha preso posizione con la sentenza che si annota.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, anche relativamente alle fattispecie cui non sia *ratione temporis* applicabile la norma regolamentare di cui all'art. 121, è legittimo che nelle gara d'appalto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la verifica di anomalia dell'offerta venga eseguita, anziché dalla commissione aggiudicatrice, direttamente dal responsabile unico del procedimento avvalendosi degli uffici e organismi tecnici della stazione appaltante. A tali conclusioni la Plenaria giunge sulla scorta di un duplice ordine di considerazioni.

A. Da un lato, il Consiglio di Stato opera una valutazione dell'art. 121 del regolamento di attuazione, ritenendola norma “ricognitiva” del precedente tessuto normativo, non avente carattere “ampliativo” ed “innovativo”. Questo significa che, secondo la Plenaria, non sarebbe ragionevole ipotizzare che la norma primaria *ex art. 88* contemplasse un minor margine di discrezionalità in capo al RUP, non consentendogli di procedere direttamente alla verifica di anomalia dell'offerta nelle gare di cui all'art. 83 del codice, e che solo la norma secondaria ne abbia ampliato i poteri, conferendogli *ex novo* la facoltà di procedere anche in tali casi a verifica diretta.

B. D'altro lato, la Plenaria opera una ricostruzione dei ruoli del RUP e della commissione tecnica giudicatrice. Secondo i giudici di Palazzo Spada, la competenza del RUP nella verifica delle anomalie sarebbe, tra le altre cose, perfettamente in linea col ruolo del RUP 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. Alla stregua dello stesso art. 10 del codice, infatti, è al RUP che è affidata la gestione integrale della procedura di gara, svolgendo questi il fondamentale ruolo di fornire alla stazione appaltante ogni elemento informativo

idoneo a una corretta e consapevole formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione committente; ragione per cui, nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non vi sarebbe 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.

Per quanto concerne poi, nello specifico, il convincimento giurisprudenziale per cui tutte le operazioni di gara con carattere valutativo debbano essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice, la Plenaria ha invece operato delle distinzioni.

Nel momento in cui si apre la fase di verifica delle offerte anormalmente basse, infatti, la commissione aggiudicatrice avrebbe 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. Se 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 concentrerebbe 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.

Ne deriva - a giudizio della Plenaria - che è del tutto fisiologico che sia il RUP ad esercitare in tale fase la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione, e dunque ad essere il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia.