

Consulenza Legale Appalti

# Responsabile unico del procedimento e verifica della congruità dell'offerta

Anche nell'offerta più vantaggiosa è legittima la verifica dell'anomalia eseguita dal RUP

**Claudio Guccione**

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione &

Associati

**Valentina Serino**

Avvocato, P&I - Studio Legale Guccione & Associati

**L'**Adunanza Plenaria (29 novembre 2012, n. 36) del Consiglio di Stato è stata investita della questione relativa all'individuazione dell'organo competente a procedere alla verifica della congruità dell'offerta. Il quesito posto all'Adunanza Plenaria dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 5270 del 12 ottobre 2012 riguardava la questione se ad essere incaricato della verifica di anomalia "debba essere [...] *inderogabilmente l'organo collegiale costituito o dalla commissione di gara o da una commissione tecnica istituita ad hoc, oppure se la stazione appaltante possa [...] incaricarvi il responsabile del procedimento recependone interamente le conclusioni e motivazioni*". Nello specifico, si trattava di stabilire se, in una fattispecie estranea *ratione temporis* all'applicazione del DPR n. 207/2010 (di seguito, "Regolamento"), con riferimento a una gara di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni della congruità dell'offerta avrebbero dovuto essere effettuate dal Responsabile Unico del Procedimento (RUP) ovvero dalla commissione giudicatrice.



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

## Il caso esaminato dall'Adunanza Plenaria

La fattispecie sottoposta all'esame del Consiglio di Stato riguardava il caso dell'esclusione di un consorzio stabile da una gara d'appalto a seguito della verifica di anomalia dell'offerta svolta dal RUP. Il consorzio escluso proponeva ricorso dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto-Adige (TRGA) avverso il provvedimento di esclusione lamentando sia l'incompetenza del RUP allo svolgimento della verifica di anomalia dell'offerta, sia l'erroneità nel merito delle determinazioni del RUP circa l'incongruità della offerta. Il TRGA rigettava il ricorso ritenendo infondati entrambi i motivi di doglianza. Avverso la sentenza del TRGA, il consorzio proponeva appello dinanzi alla Sesta Sezione del Consiglio di Stato che, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla individuazione del soggetto competente alla verifica di congruità delle offerte sospette di anomalia, rimetteva la questione alla decisione dell'Adunanza Plenaria.

## I passaggi decisionali dell'Adunanza Plenaria

### Gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti

In primo luogo l'Adunanza Plenaria, secondo quanto indicato nell'ordinanza di remissione, ha segnalato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento, sarebbe illegittima l'attribuzione della verifica della congruità delle offerte al RUP e non già alla commissione giudicatrice. Secondo altro ed opposto orientamento, invece, è ben possibile affidare il compito di verifica delle anomalie delle offerte al RUP. Ciò che trova conferma sia nelle modifiche apportate all'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006 (di seguito, "Codice dei Contratti"), sia nell'art. 121 del DPR n. 207/2010.

### L'evoluzione normativa e il quadro normativo vigente in tema di verifica dell'anomalia

Prima di procedere all'illustrazione dell'orientamento condiviso e, quindi, alla soluzione della fattispecie sottoposta al suo esame, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto opportuno fornire il quadro normativo di riferimento. In particolare, il Collegio ha richiamato il contenuto dell'art. 88 del Codice dei Contratti (riguardante il "Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse") sia nella versione originaria, sia nella versione successiva alle modifiche apportate con il DL n. 78/2009 (convertito in legge n. 102/2009). Segnatamente, con la riforma del 2009, è stato inserito all'art. 88 citato il comma 1 bis in forza del quale "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*". Da ultimo, in materia di analisi delle offerte anomale, è intervenuto anche l'art. 121 del DPR n. 207/2010 che attribuisce espressamente al RUP la facoltà di scelta in ordine al soggetto competente allo svolgimento della verifica di anomalia. Secondo la disciplina regolamentare, infatti:

- per le gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, il RUP può scegliere se provvedere personalmente, avvalendosi degli uffici, degli organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita, oppure istituire la speciale commissione di cui all'art. 88, comma 1 bis del Codice dei Contratti (art. 121, commi 2 e 4, del Regolamento);
- per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il RUP può provvedere personalmente, come per le gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, oppure delegare la commissione aggiudicatrice costituita ai sensi dell'art. 84 del Codice dei Contratti (art. 121, comma 10, del Regolamento).

### La tesi propugnata dal ricorrente

Occorre premettere che il caso esaminato dal Collegio riguardava una gara bandita in epoca anteriore all'entrata in vigore del Regolamento - che, quindi, era inapplicabile *ratione temporis* - e successiva all'introduzione del comma 1 bis all'art. 88 del Codice dei Contratti. Secondo la tesi difensiva del ricorrente, la previsione di cui all'art. 88, comma 1 bis, del Codice dei Contratti (costi-

tuzione di una commissione *ad hoc* per la verifica della congruità delle offerte) sarebbe applicabile unicamente alle gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso. Per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica dell'anomalia sarebbe di competenza della commissione aggiudicatrice nominata ex art. 84 del Codice dei Contratti.

### La tesi dell'Adunanza Plenaria

L'Adunanza Plenaria non ha condiviso la tesi del ricorrente, rilevando, in primo luogo, che il dato testuale dell'art. 88, comma 1 *bis*, del Codice non consente di operare distinzioni tra le gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso e le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In secondo luogo, il Collegio ha evidenziato che se da un lato è vero che la norma del Regolamento ha richiamato espressamente sia le gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso sia le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dall'altro lato è altrettanto vero che quanto previsto dall'art. 121 del Regolamento non ha, *in parte qua*, carattere innovativo. Secondo l'Adunanza, infatti, non sarebbe ragionevole ritenere che la norma primaria costituita dall'art. 88 del Codice, prima dell'entrata in vigore del Regolamento (norma secondaria), contemplasse un minor margine di discrezionalità in capo al RUP impedendogli di procedere alla verifica di anomalia delle offerte nel caso di gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In altri termini, l'Adunanza risolve la questione, non solo da un punto di vista interpretativo, ma anche facendo applicazione dei criteri che regolano i rapporti tra le fonti del diritto. Pertanto, prosegue il Collegio, a fronte della mancanza di alcuna lacuna normativa e a fronte della conseguente inconfigurabilità del carattere innovativo e ampliativo della norma secondaria rispetto alla norma primaria, è ben più ragionevole ritenere che già in epoca antecedente all'entrata in vigore del Regolamento fosse possibile per il RUP procedere direttamente alla verifica di anomalia delle offerte oppure delegare la verifica *de qua* ad una apposita commissione. E ciò, senza alcuna distinzione tra le gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso e le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

### Le ulteriori argomentazioni della Plenaria

La tesi abbracciata dall'Adunanza Plenaria risulta coerente sia con il ruolo del RUP, sia con la natura della commissione aggiudicatrice di cui all'art. 84 del Codice dei Contratti. In particolare, il RUP viene definito il "motore della procedura selettiva" per cui anche nel caso di gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa svolge "il ruolo di filtro tra le valutazioni



*tecniche della commissione di cui all'art. 84 del Codice e le scelte della stazione appaltante*". Per contro, la commissione di cui all'art. 84 del Codice dei Contratti è "un organo straordinario" le cui peculiari competenze hanno modo di esplicitarsi prevalentemente nella valutazione delle offerte tecniche, laddove, invece, l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche "avviene sulla base di meccanismi matematici di tipo sostanzialmente automatico" con "ovvio ridimensionamento dell'apporto ritraibile" dall'operato della commissione medesima. Sicché, una volta concluse le operazioni di valutazione e attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche ed economiche, fatta eccezione per le ipotesi di errori o lacune che ne richiedano la riconvocazione, in linea teorica la commissione aggiudicatrice ha esaurito la propria funzione. Il Collegio, quindi, ritiene "del tutto fisiologico" che sia il RUP a intervenire nella fase successiva all'attribuzione dei punteggi da parte della commissione al fine di verificare e supervisionare l'operato della stessa ed al fine di valutare le offerte sospette di anomalia.

Peraltro, il Collegio evidenzia l'intrinseca diversità tra le operazioni di attribuzione dei punteggi e quelle del subprocedimento di valutazione della congruità delle offerte in sede di verifica dell'anomalia. La valutazione delle offerte implica un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrandosi prevalentemente sul profilo tecnico, laddove la verifica di anomalia involge le componenti dell'offerta economica non in linea con i valori di mercato e quindi

non in grado di garantire la sostenibilità dell'offerta stessa. In linea di principio, quindi, la verifica dell'anomalia delle offerte non comporta *ex se* l'intervento della commissione aggiudicatrice in caso di gare da aggiudicare con l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, non è da escludere che anche la verifica di anomalia involga l'apprezzamento di elementi dell'offerta tecnica. Proprio per questo motivo, il legislatore ha lasciato al RUP un margine di manovra in ordine alla scelta del soggetto cui affidare la verifica in questione. Di conseguenza, la circostanza che il RUP proceda direttamente alla verifica di anomalia in una procedura di gara da aggiudicare con l'offerta economicamente più vantaggiosa non costituisce *ex se* un vizio di legittimità della procedura.

### Altre statuizioni della Adunanza Plenaria

Infine, sembra utile richiamare brevemente anche le riflessioni della Plenaria in relazione alle contestazioni di merito sollevate dal ricorrente in relazione al fatto che il RUP aveva limitato le proprie richieste di giustificazione soltanto ad alcune voci dell'offerta economica, non considerate congrue. La Plenaria cassa la doglianza statuendo che il concorrente cui siano richieste le giustificazioni per sospetta anomalia "è ammesso a fornire spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e, quindi, anche su voci non direttamente additate dalla stazione appaltante come incongrue" a conferma del carattere globale e sintetico del giudizio di anomalia.

### Riflessioni conclusive

L'Adunanza Plenaria, quindi, applicando i criteri ermeneutici dell'interpretazione letterale e sistematica, nonché facendo ricorso alle regole che disciplinano i rapporti tra le fonti del diritto, ha enunciato il principio di diritto per il quale nella gara di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittima la verifica di anomalia effettuata direttamente dal RUP e non dalla commissione aggiudicatrice. ■

## OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Circolare 30 ottobre 2012, 4536, recante "Primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al DPR 5 ottobre 2010, n. 207 in particolare alla luce delle recenti modifiche e integrazioni intervenute in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", pubblicato in GU n. 264 del 13 novembre 2012.