

È legittima la verifica dell'anomalia dell'offerta effettuata direttamente dal RUP.

di Daniele Lutrino

Data di pubblicazione: 3-12-2012

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 29 novembre 2012, n. 36
Presidente Coraggio; Estensore Greco

1. 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.

2. Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte va circoscritto alle sole ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni e come tali riservate alla stazione appaltante.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 37 di A.P. del 2012, proposto dal CONSORZIO STABILE FINEDIL Soc. cons. a r.l., in proprio e quale capogruppo di costituenda associazione temporanea di imprese, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Vannicelli e Antonio Tita, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Varrone, 9,

contro

la AZIENDA SANITARIA DELLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO - COMPENSORIO SANITARIO DI BRESSANONE, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Christoph Baur e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via F. Confalonieri, 5,

nei confronti di

SEESTE BAU S.p.a. e F.LLI BARALDI S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite,

per l'annullamento e/o la riforma, previa sospensiva,

della sentenza nr. 193/2010, depositata in data 6 luglio 2010, notificata in data 14 luglio 2010, con la quale il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, ha respinto il ricorso nr. 87/2010 proposto dall'odierna appellante.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano - Comprensorio Sanitario di Bressanone;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 22 ottobre 2010, 22 giugno, 30 giugno e 2 novembre 2012) e dall'Amministrazione (in date 21 e 28 giugno e 8 novembre 2012) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza della sezione sesta nr. 5270 del 12 ottobre 2012, con la quale la causa è stata rimessa all'adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2012, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Vannicelli per l'appellante e l'avv. Luca Mazzeo, su delega dell'avv. Manzi, per l'Amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Stabile Finedil Soc. cons. a r.l. ha partecipato, quale capogruppo di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Uez Michele S.r.l., alla procedura aperta, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dall'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano – Comprensorio sanitario di Bressanone con bando del 25 agosto 2009 per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e ampliamento dell'ospedale di Bressanone (blocco A, lotto 3°).

Dopo l'esaurimento delle attività della commissione di gara, all'esito delle quali l'offerta del Consorzio Stabile Finedil è risultata prima in graduatoria con il punteggio complessivo di 91,00 punti, la stazione appaltante ha constatato il superamento della soglia di anomalia stabilita nella misura dell'11,48 % (in effetti, l'offerta economica del primo graduato conteneva un ribasso del 16,90 %), e pertanto ha disposto procedersi a verifica di anomalia, all'uopo incaricando il Responsabile unico del procedimento.

All'esito dell'esame delle giustificazioni pervenute e dell'audizione del concorrente, il R.U.P. ha però confermato il giudizio di anomalia dell'offerta, con rilievi recepiti dal direttore del Comprensorio, il quale con determinazione nr. 40 del 12 febbraio 2010 ha disposto l'esclusione del Consorzio dalla gara e l'affidamento dell'appalto in favore del secondo classificato r.t.i. Seeste Bau S.p.a. e F.lli Baraldi S.p.a.

2. Avverso tali ultime determinazioni il Consorzio Stabile Finedil ha proposto ricorso giurisdizionale alla sezione di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino Alto Adige, lamentando da un lato l'incompetenza del R.U.P. all'effettuazione della verifica di anomalia dell'offerta (attività ritenuta spettante alla commissione di gara), e sotto altro profilo l'erroneità e insufficienza nel merito delle determinazioni che hanno indotto a giudicare non congrua l'offerta risultata prima classificata.

Con la sentenza in epigrafe, l'adito Trga ha respinto il ricorso, ritenendo infondati entrambi i motivi di impugnazione.

L'appello proposto dal Consorzio originario istante avverso detta sentenza risulta affidato ai seguenti motivi:

I) erroneità ed ingiustizia della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto che la modifica dell'art. 88, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) intervenuta per effetto del d.l. 1 luglio 2009, nr. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 2009, nr. 102, ha riconosciuto al Responsabile unico del procedimento la competenza relativa al procedimento di verifica dell'anomalia (non avendo il primo giudice considerato la differenza tra gare da aggiudicare col criterio del prezzo più basso e gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nelle quali ogni attività valutativa spetterebbe sempre e in ogni caso alla commissione aggiudicatrice);

II) erroneità ed ingiustizia della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto corretta la valutazione parziale, immotivata, contraddittoria e travisata nei fatti compiuta dalla stazione appaltante; violazione ed erronea applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, nr. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e dell'art. 7 della legge provinciale 22 ottobre 1993, nr. 17 (Disciplina del procedimento amministrativo e del diritto di accesso ai documenti amministrativi); violazione dell'art. 52 della legge provinciale 17 giugno 1998, nr. 6 (Norme per l'appalto e l'esecuzione di lavori pubblici), e dell'art. 88 del d.lgs. nr. 163 del 2006 (in relazione alla reiezione delle doglianze relative alle modalità con cui nella specie è stata condotta la verifica dell'anomalia ed all'insufficienza del conclusivo giudizio di non congruità dell'offerta).

3. Si è costituita l'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano, opponendosi con diffuse argomentazioni all'accoglimento dell'appello e concludendo per la conferma della sentenza impugnata.

4. Alla camera di consiglio del 26 ottobre 2010, fissata dinanzi alla sezione sesta di questo Consiglio di Stato per l'esame della domanda incidentale di sospensiva formulata in una all'appello, questo è stato differito sull'accordo delle parti, per essere abbinato alla trattazione del merito.

5. All'esito dell'udienza di merito del 10 luglio 2012, la sezione sesta ha emesso ordinanza (nr. 5270 del 2012) con la quale, dopo aver respinto le eccezioni preliminari di inammissibilità del gravame sollevate dall'Amministrazione, ha rimesso all'adunanza plenaria la questione dell'individuazione del soggetto competente a eseguire la verifica di anomalia.

6. Le parti hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi, anche sul punto rimesso al vaglio della plenaria.

7. All'udienza del 19 novembre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione da parte di questa adunanza plenaria.

DIRITTO

1. Come anticipato nella narrativa in fatto, la questione sottoposta all'attenzione dell'adunanza plenaria attiene all'individuazione del soggetto competente, nell'ambito di una gara di appalto, a procedere alla verifica di congruità delle offerte sospette di anomalia.

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 remissione, senza prendere espressa posizione sul punto 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, nr. 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 R.U.P. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, nr. 4772; Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, nr. 4332; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, nr. 4584).

L'opposto avviso si rinviene in pronunce (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, nr. 1467) relative a vicende più recenti, successive alle modifiche apportate all'art. 88 del citato d.lgs. nr. 163 del 2006 dal d.l. 1 luglio 2009, nr. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito con modificazioni nella legge 3 agosto 2009, nr. 102, e soprattutto all'entrata in vigore del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 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 chieder 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. nr. 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 1bis, 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. nr. 207 del 2010.

3. Dal tenore letterale della norma regolamentare risulta evidente che il legislatore ha inteso attribuire al R.U.P. 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. nr. 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 vantaggiosa.

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 R.U.P., 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 R.U.P. 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 R.U.P., 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 R.U.P. per tutte le tipologie di gare, e che l'art. 121 del d.P.R. nr. 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 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.

5.2.1. Innanzi tutto, non è fuori luogo rilevare che, a norma del comma 5 dell'art. 10 del Codice, lo stesso R.U.P. 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 R.U.P. 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 R.U.P. 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 R.U.P., 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, 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. nr. 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 R.U.P. 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 R.U.P. alla verifica di anomalia possa costituire ex se un vizio di legittimità della procedura, e quindi a respingere il primo motivo di impugnazione.

6. Una volta risolta la questione di diritto che ha determinato la rimessione alla plenaria, può passarsi all'esame del secondo motivo di appello, col quale vengono riproposte le critiche già

articolate in primo grado sui risultati della verifica eseguita sull'offerta economica del Consorzio odierno istante, e quindi sulla sua esclusione dalla procedura per supposta anomalia dell'offerta.

In estrema sintesi, si assume da parte appellante:

- che erroneamente il R.U.P. si sarebbe limitato a richiedere le giustificazioni per le sole voci di prezzo sospette di anomalia, e non anche per quelle ritenute congrue;
- che, laddove in tal senso si fosse proceduto, sarebbe stato possibile apprezzare come l'offerta nel suo complesso risultava del tutto congrua e affidabile, essendo le voci sospette pienamente compensate dalle economie e utilità che connotavano altre voci di prezzo.

6.1. Il motivo è infondato.

6.2. Al riguardo, giova innanzi tutto richiamare il consolidato indirizzo che circoscrive il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2011, nr. 5098; id., 16 marzo 2011, nr. 1636; id., 20 maggio 2008, nr. 2348; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2007, nr. 3097).

Tanto premesso, nel caso che occupa sono palesemente insussistenti quei profili di travisamento ed erroneità, ictu oculi rilevabili, che alla stregua del richiamato orientamento legittimerebbero una valutazione critica dell'organo giurisdizionale.

6.2.1. In primo luogo, pur senza disconoscere l'altrettanto pacifico indirizzo giurisprudenziale secondo cui la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, e non concentrarsi esclusivamente e in modo "parcellizzato" sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e non delle sue singole componenti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, nr. 2070; Cons. Stato, sez. VI, 2 aprile 2010, nr. 1893; Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2010, nr. 1589; id., 12 giugno 2009, nr. 3762), non può condividersi l'assunto di parte appellante secondo cui nella specie il subprocedimento di verifica sarebbe viziato nella sua legittimità per il solo fatto che il R.U.P. si limitò a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia, e non anche per le altre.

Ed invero, è pacifico che il concorrente, al fine di illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, è ammesso a fornire spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta, e quindi anche su voci non direttamente additate dalla stazione appaltante siccome incongrue: tanto si ricava, oltre che da quanto appena rilevato in ordine al carattere globale e sintetico del giudizio, dallo stesso dato testuale ex art. 87, comma 1, del Codice, laddove si precisa che le giustificazioni possono riguardare non solo le "voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara" ma anche, in caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli "altri elementi di valutazione dell'offerta".

All'evidenza, ciò non vuol dire affatto che il concorrente in sede di verifica debba intendersi rigidamente limitato dalle specifiche voci indicate dalla stazione appaltante nella richiesta di giustificazioni, e non possa sponte fornire elementi informativi anche in ordine a qualsiasi altra voce o elemento costitutivo dell'offerta.

Pertanto, se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere mai ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni.

6.3. Alla stessa stregua della subcensura a carattere “formale” appena esaminata, sono del pari infondate le ulteriori doglianze articolate nel merito del giudizio di anomalia formulato dal R.U.P., il quale si appalesa immune da evidenti vizi logici.

Al riguardo, le argomentazioni sviluppate nell'appello non aggiungono molto ai rilievi già sviluppati in prime cure, e complessivamente non riescono a inficiare le opposte conclusioni cui è pervenuto il Trga.

6.3.1. Innanzi tutto, non risulta contestato in fatto che le voci di prezzo sospette di anomalia, ed in ordine alle quali il R.U.P. ha ritenuto insufficienti le giustificazioni fornite dall'offerente, avessero un peso decisivo nell'equilibrio complessivo dell'offerta economica (ciò vale, specificamente, per le opere definite come “Principali”, in ordine alle quali si registrava il maggior ribasso): ciò che, anche a voler ipoteticamente seguire l'impostazione dell'appellante, rende ben poco verosimile che le incongruenze rilevate in dette voci potessero trovare una integrale compensazione nelle voci residue, la cui incidenza sull'offerta era del tutto marginale.

6.3.2. Del pari assente è una specifica critica alle argomentazioni spese dal primo giudice a sostegno della piena coerenza ed esaustività della modalità seguita dal R.U.P. per l'effettuazione della verifica, attraverso il confronto tra le voci di prezzo risultanti dall'offerta e quelle corrispondenti riportate sui prezziari provinciali di Trento e Bolzano.

Sul punto, l'appellante si limita a ribadire la censura di erroneità del confronto così operato, in quanto i prezzi risultanti dai predetti listini – al contrario di quelli offerti dal Consorzio istante – comprendevano anche le percentuali di ricarico per utile e spese generali, ma omette ogni osservazione su quanto rilevato dal Trga, secondo cui, anche a voler ripetere il confronto tra le voci di prezzo de quibus aumentando quelle offerte dal Consorzio del 2 % per utile e del 5 % per spese generali, la differenza tra i valori resterebbe “smisurata”, non facendo quindi affatto venir meno i profili di anomalia rilevati dalla stazione appaltante.

7. L'infondatezza delle censure attoree, per le ragioni appena esposte, comporta la reiezione dell'istanza risarcitoria riproposta in coda all'appello.

8. In conclusione, s'impone una decisione di reiezione dell'appello con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

9. Con riguardo poi alla questione sottoposta all'adunanza plenaria, viene enunciato il seguente principio di diritto:

“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, 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 aggiudicatrice”.

10. In considerazione della novità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Giorgio Giovannini, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in oggetto l'Adunanza Plenaria ha affrontato la questione circa l'individuazione del soggetto competente – fra RUP e Commissione aggiudicatrice – a verificare la congruità delle offerte sospette di anomalia nel quadro di una gara d'appalto.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso specifico si è verificata la legittimità della decisione del RUP laddove, per un contratto da affidare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbe stata competente la commissione aggiudicatrice secondo l'appellante.

Passati in rassegna i distinti ed opposti orientamenti della giurisprudenza, il Consiglio di Stato ha deciso la questione muovendo, innanzitutto, dal dato normativo recentemente modificato ed arricchito, precisando che l'art. 121 del Regolamento Unico dei contratti pubblici (d.P.R. n. 207/2010) non poteva essere applicato al caso di specie rationae temporis: difatti la norma regolamentare consente in maniera espressa al RUP di scegliere 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.

E' dunque l'art. 88 del Codice la chiave di lettura che ha consentito all'Adunanza di risolvere la fattispecie. E' stato infatti chiarito che la disposizione del Codice va interpretata non nel senso di attribuire alla commissione aggiudicatrice un potere di natura *monopolistica* relativamente alle valutazioni c.d. tecniche, bensì, all'opposto, di considerare il RUP come il vero e proprio *motore* della procedura selettiva.

Tanto è vero che il RUP (art. 10, co. 5 del Codice):

- deve possedere le adeguate competenze per quanto concerne lo specifico appalto di che trattasi;
- è il fulcro della procedura ed il filtro rispetto alle decisioni della commissione.

E dunque, secondo il Consiglio di Stato, la commissione aggiudicatrice esaurisce il proprio compito all'apertura della fase di verifica delle offerte anormalmente basse, posto che v'è già stata la valutazione delle offerte tecniche ed economiche, l'assegnazione dei relativi punteggi ed la formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte.

L'intervento del RUP nella fase immediatamente successiva assume pertanto connotati del tutto naturali e fisiologici, in quanto questi esercita la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione nella sua qualità di titolare delle scelte e delle valutazioni in ordine alle offerte sospette di anomalia.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza annotata evidenzia l'intervento regolamentare sulla questione, ritenendo tuttavia che sia privo di una connotazione innovativa.

E' precisato al riguardo che l'art. 121 d.P.R. 207/2010 non ha avuto una "carica" di tipo innovatore, in quanto la norma, sebbene inapplicabile al caso specifico perchè successiva alla decisione del RUP ed al bando, è espressione di una regola generale già desumibile dal contesto normativo previgente.

Ed infatti – ha osservato l'Adunanza – sarebbe stato irragionevole sostenere la tesi secondo

la quale l'art. 88 contemplasse un minor margine di discrezionalità in capo al RUP fino al punto di non consentirgli di procedere direttamente alla verifica di anomalia dell'offerta nelle gare di cui all'art. 83 del Codice, e che solo una norma secondaria ne abbia potuto ampliarne i poteri, conferendogli *ex novo* la facoltà di procedere a verifica diretta anche in tali casi.

L'interpretazione fornita valorizza senza alcun dubbio l'art. 10 del Codice che, descrive la figura del responsabile del procedimento e rende pregnante il comma 5 nella parte in cui prevede che *"il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato"*.

Appare inoltre convincente la parte della decisione laddove descrive la scansione procedimentale a cavallo tra valutazione dell'offerta e dell'anomalia, ed evidenzia i distinti compiti di RUP e commissione aggiudicatrice secondo un criterio "fisiologico" nel contesto delle distinte fasi dell'affidamento.