

## **La verifica dell'anomalia dell'offerta: facoltà di scelta del RUP e potere di sindacato del g.a. nell'ottica di un "sistema giustizia" sostanzialista.**

*di Cristina Lenoci*

*Data di pubblicazione: 29-5-2017*

1. Con l'art. 121 del Regolamento ex D.P.R. n. 207/2010, il Legislatore ha inteso attribuire al R.U.P. la facoltà di scelta in ordine allo svolgimento della verifica di anomalia.
2. Deve ritenersi 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.
3. Il Giudice Amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla P.A. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della P.A., in esercizio di discrezionalità tecnica.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9000 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Maca S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Renato Lioi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, 32;

***contro***

Rai Radio Televisione Italiana S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Aristide Police ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

***nei confronti di***

Consorzio Servizi Globali Centro Nord Est S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Natale e Eugenio Dalli Cardillo ed elettivamente domiciliata presso lo studio Studio Legale Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

Soc Miorelli Service S.p.a. non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- della nota A/LSF/3365/p del 14/06/2016 con cui si è comunicata l'aggiudicazione definitiva del Lotto 1 (e dei Lotti abbinati 2-3), relativamente alla gara d'appalto indetta dalla RAI— Radio Televisione Italiana SP.A. ed avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di pulizia presso gli insediamenti RAI di Roma, Milano, Napoli e Torino — n. gara 5447190 —di cui al bando spedito per la pubblicazione in data 7/02/2014;

- del provvedimento di aggiudicazione definitivo SCA/LC/72 (3217), di contenuto ignoto, adottato dal Consiglio di Amministrazione RAI del 9/06/2016 nonché del provvedimento di aggiudicazione provvisoria; degli atti di nomina dei tre componenti della Commissione giudicatrice e del Responsabile del procedimento; di tutti gli atti e provvedimenti adottati dalla stazione appaltante con riferimento al sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla ATI aggiudicataria Consorzio Servizi Globali Centro Nord Est S.c.a.r.l., ivi compresi il verbale del 10/12/2015 con cui tale offerta è stata ritenuta congrua dal Responsabile del Procedimento, nonché il verbale di audizione del 3/12/2015 e gli stessi giustificativi resi dalla predetta ATI;

- della graduatoria provvisoria di cui al verbale del 18/12/2015;

- della graduatoria tecnica finale relativa al Lotto 1 approvata con verbale del 3/12/2014;

- del verbale del 13/03/2015 di apertura delle offerte economiche e con cui è stata stilata una prima graduatoria provvisoria; delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione di gara alle offerte tecniche presentate dalla ricorrente e dalle due ATI controinteressate, per ciò che riguarda il Lotto 1, e dei relativi verbali del 20/11/2014, 16/09/2014 e 3/12/2014;

- degli atti, dei verbali e delle determinazioni tutte adottate dal Responsabile del Procedimento

nonché dei verbali della Commissione di Gara con cui sono state valutate le offerte tecniche ed economiche presentate e si sono approvate le graduatorie nell'ambito della procedura concorsuale *de qua*;

- dei verbali di gara e delle determinazioni tutte adottate dalla Commissione e dal RP con cui sono state ritenute ammissibili le offerte presentate dalle contro interessate per ciò che riguarda il Lotto 1; degli atti di gara tutti, ivi compreso il Bando di gara, il Capitolato Speciale d'Oneri e relativi allegati, il Capitolato Tecnico ed allegati, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante, ove lesivi *in parte qua*;

-di ogni altro atto comunque connesso, consequenziale, anteriore e/o successivo";

*e per la condanna*

della Rai al risarcimento dei danni;

*e sui motivi aggiunti depositati il 6.9.2016*

*per l'annullamento della*

determinazione del Consiglio di Amministrazione dell'8 giugno 2016 (protocollo della delibera consiliare "SCA/LC/3217") la RAI ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto sensi dell'art. 79 del Codice.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Rai Radio Televisione Italiana S.p.a. e del Consorzio Servizi Globali Centro Nord Est S.c.a.r.l.-;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2017 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti l'Avv. A. Police per la RAI S.p.a. e l'Avv. E. Dalli Cardillo per il Consorzio Servizi Globali Centro Nord Est S.c.a.r.l.-;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 12 febbraio 2014 la RAI ha

indetto una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di pulizia presso gli insediamenti RAI di Roma, Milano, Napoli e Torino ("Bando").

Le prestazioni richieste sono riconducibili alle seguenti categorie: servizi di pulizia programmati ("Prestazioni a canone") e servizi c.d. "a richiesta" ("Prestazioni a richiesta").

Le prestazioni a canone prevedono la pulizia programmata e la gestione (fornitura, installazione, manutenzione) degli apparecchi dispensatori di materiali di consumo e accessori igienico sanitari e il periodico rifornimento dei c.d. materiali consumabili (saponi, asciugamani, carta igienica, ecc.) per i servizi igienici.

Le prestazioni a richiesta riguardano i servizi descritti nel capitolato tecnico allegato al Bando, qualificati come interventi "correlati ad ulteriori temporanee necessità di prestazioni non previste dai servizi di pulizia programmati («a canone»)" e, quindi, da intendersi "strettamente connessi e correlati ai servizi di pulizia programmati fra canone») in quanto connesse a fattori per i quali non è possibile prevederne frequenza e quantità".

L'appalto, della durata di 48 mesi, è stato in suddiviso in 7 lotti distinti tra cui quelli che rilevano in questa sede: Lotto n. 1 — Roma 1; Lotto n. 2 — Roma 2 e Lotto n. 3 — Roma 3.

Il Lotto n. 1 ha un importo a base d'asta pari a € 8.186.000,00 così ripartiti: a) Prestazioni a canone e 7.665.600,00; b) Prestazioni a richiesta 518.000, di cui € 50.000,00 suscettibili di ribasso € 468.000,00 considerati quale importo massimo predeterminato; c) oneri per la sicurezza per rischi da interferenza pari ad € 2.400,00.

Il Lotto n. 2 prevede (in abbinamento obbligatorio con il Lotto n. 3) prevede un ammontare complessivo pari a € 12.459.200,00, ripartito tra: a) Prestazioni a canone € 10.848.000,00; b) Prestazioni a richiesta 1.608.000,00 di cui e 164.000,00 suscettibili di ribasso e € 1.444.000,00 considerati quale importo massimo predeterminato; c) oneri per la sicurezza per rischi da interferenza pari ad € 3.200,00.

Il Lotto n. 3, infine, prevede un corrispettivo totale di € 1.441.600,00, articolati in: a) Prestazioni a richiesta 1.440.000,00 di cui € 1.000.000,00 suscettibili di ribasso e € 440.000,00 considerati quale importo massimo predeterminato; b) oneri per la sicurezza per rischi da interferenza pari a € 1.600,00.

Il capitolato di gara prevede un punteggio economico, pari a 60 punti, e i restanti 40 per la componente tecnica dell'offerta.

La parte tecnica è stata suddivisa in voci, tra cui: a) progetto migliorativo per l'estensione dei servizi, con assegnazione fino a p. 24, a loro volta ripartiti in tre sottocategorie; b) controllo qualità e continuità dei servizi, per un massimo di 12 punti, articolati in due sottocategorie; c) materiali e dotazioni, per i quali sono conseguibili sino ad un massimo di 4 punti, scomposti in due sottocategorie.

Alla scadenza del termine per la presentazione sono pervenute offerte da parte di 75 operatori

economici, per un totale di 189 offerte (di cui 35 per il Lotto n. 1 e 30 per i Lotti abbinati n. 2 e n. 3).

In data 26 giugno 2014 sono stati aperti in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche e, dopo la trasmissione delle copie delle offerte tecniche alla Commissione è iniziata la valutazione degli elaborati pervenuti.

All'esito di tali operazioni, nel Lotto n. 1 l'ATI CNE ha ottenuto il punteggio massimo di 40, a seguito della riparametrazione prevista dal Capitolato, mentre Ma.Ca. si è collocata quinta con 34,974 punti.

Analogamente, nei Lotti abbinati n. 2 e n. 3, l'ATI CNE è risultata prima, con p. 40, mentre INA è giunta quarta con 36,014 punti.

In data 13 marzo 2015, la Commissione di gara, in seduta pubblica, dopo aver dato lettura dei punteggi tecnici assegnati, ha aperto le buste contenenti le offerte economiche.

Con riferimento al Lotto n. 1, l'ATI CNE ha formulato uno sconto complessivo sull'importo posto a base di gara (comprensivo di Prestazioni a canone e Prestazioni a richiesta) pari al 38,92% offrendo € 4.712.600,00, così collocandosi al primo posto. Ma.Ca., a sua volta, ha proposto uno sconto complessivo pari al 36,04% (con un'offerta di € 5.317.999,97), collocandosi al quarto posto.

Attribuiti i punteggi per l'offerta economica, la Commissione di gara ha stilato la classifica provvisoria per il Lotto n. 1 ed i Lotti n. 2 — n. 3: nel Lotto n. 1 l'ATI CNE è risultata prima (con punti 100), mentre Ma.Ca. è giunta terza (con punti 71,229).

Con comunicazione del 30 marzo 2015, prot. n. A/1595, la RAI ha dato avvio al procedimento di verifica dell'offerta anormalmente bassa presentata dall'ATI CNE nei lotti in cui l'Operatore è risultato aggiudicatario provvisorio.

All'esito della verifica il R.U.P. ha ritenuto congrue le offerte presentate nella seduta riservata del 10 dicembre 2015 e con nota prot. n. A/LSI/3365/P del 14 giugno 2016 è stata comunicata l'aggiudicazione del Lotto n. 1 e dei Lotti n. 2 e n. 3 all'ATI CNE.

Avverso gli atti in epigrafe, inerenti il lotto n. 1, ha quindi proposto ricorso l'interessata deducendo i seguenti motivi:

1) Sulle valutazioni di congruità dell'offerta operate dal responsabile del procedimento. Incompetenza. Violazione falsa applicazione degli articoli 86 e susseguenti del decreto legislativo 163/2006. Violazione del capitolato d'oneri. Eccesso di potere per radicale difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà e illogicità manifesta, sviamento. Palese anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria e della seconda graduata. Sulle valutazioni di congruità dell'offerta operate dal responsabile del procedimento. Incompetenza. Violazione falsa applicazione degli articoli 86 e susseguenti del decreto legislativo 163/2006. Violazione del capitolato d'oneri. Eccesso di potere per radicale difetto di istruttoria e di motivazione.

Contraddittorietà e illogicità manifesta, sviamento. Palese anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario e della seconda graduata.

Il R.U.P. non avrebbe competenza a valutare l'anomalia delle offerte presentate, in quanto essa, stante la complessità dell'appalto avrebbe dovuto "...essere svolta da una specifica Commissione all'uopo nominata...". Né i dipendenti RAI presenti all'audizione del 3 dicembre 2015 avrebbero potuto partecipare a quella seduta e a quella riservata del 10 dicembre 2015, perché non avevano assunto alcun ruolo nell'ambito della gara.

La stazione appaltante avrebbe dovuto nominare una Commissione ad hoc per la verifica di congruità, o in alternativa, avvalersi della già nominata commissione di gara.

L'offerta dell'ATI CNE non sarebbe attendibile in quanto confrontando le unità di personale indicate (38) con il numero di immobili l'ATI CNE e il monte di 248.000 ore su base quadriennale indicato dal Consorzio C.N.E., l'ATI non potrebbe eseguire gli interventi richiesti da Capitolato tecnico.

L'ATI CNE avrebbe dichiarato un costo orario per ciascun lavoratore inferiore a quello risultante dalle tabelle ministeriali.

L'aggiudicatario avrebbe indicato un costo per la sicurezza inferiore al valore minimo previsto dagli atti di gara, nonostante tale costo non fosse soggetto a ribasso.

I benefici derivanti dal calcolo dell'IRAP, dagli sgravi per i contributi INPS e INAIL e dalla composizione del personale dipendente dell'ATI CNE (che sarebbe stato assunto con il contratto di apprendistato) sarebbero irrilevanti in ragione dell'obbligo per l'aggiudicatario di "...assumere il personale dipendente attualmente impiegato sull'appalto".

In relazione all'ATI formata dalla Miorelli Service S.p.A. — Pulitori & Affini S.p.A. Fidente S.p.A. ("ATI Miorelli"), la stazione appaltante non avrebbe effettuato alcuna verifica di anomalia su tale offerta;

2) Sulle valutazioni tecniche operate dalla stazione appaltante e sul possesso dei requisiti previsti ai fini della partecipazione alla gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta, sviamento.

In relazione al criterio A1 ai primi due classificati (ATI CNE e ATI Miorelli) sarebbe stato attribuito un punteggio incomprensibilmente elevato in riferimento al personale adibito al servizio (per l'ATI CNE) e al monte ore di lavoro complessivo (per l'ATI Miorelli).

Il Consorzio CNE avrebbe proposto un numero di dipendenti (38) esiguo e inferiore rispetto al numero di immobili dove sono previsti i servizi.

Quanto al criterio A2, si precisa che l'espressione "non risultano integrazioni degli apparecchi/prodotti offerti" relativa alla proposta dell'ATI CNE, si riferisce all'assenza di profili migliorativi della proposta rispetto alle previsioni minime del Capitolato tecnico, mentre la

ricorrente avrebbe proposto di sostituire progressivamente tutti gli apparecchi.

Il monte ore offerto dalla seconda classificata Miorelli Service sarebbe inferiore rispetto a quello indicato dalla ricorrente con una differenza di 34.800 signore sul quadriennio.

Le mandatarie dei raggruppamenti controinteressati sarebbero prive dei requisiti richiesti dagli atti di gara;

3) Profili di illegittimità dell'intera procedura di gara. Incompetenza. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 84 del decreto legislativo 163/2006; violazione delle norme e dei principi in materia di concentrazione, imparzialità e segretezza delle operazioni di gara. Difetto di competenza. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria.

I commissari avrebbero effettuato le loro valutazioni su materiale difforme da quello presentato in sede di gara, limitandosi ad utilizzare dei DVD, per i quali dai verbali di gara non sarebbe possibile ricavare "alcun riferimento alle modalità di conservazione delle offerte (contenute sui DVD)".

La procedura di gara si sarebbe svolta in tempi assai lunghi considerato che il termine per la presentazione era stato fissato al 9 aprile 2014

Analoghi rilievi riguardano la durata del procedimento di verifica dell'anomalia, tenuto conto del fatto che la Stazione appaltante ha valutato le giustificazioni, le successive precisazioni e svolto anche l'audizione dell'ATI CNE.

I componenti della Commissione non sarebbero stati in possesso dei necessari requisiti di competenza e professionalità indicati dall'art. 84, comma 2, del Codice degli appalti.

A seguito della comunicazione da parte del R.U.P., ai sensi dell'art. 48 del Codice, con determinazione del Consiglio di Amministrazione dell'8 giugno 2016 (protocollo della delibera consiliare "SCA/LC/3217") la RAI ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto sensi dell'art. 79 del Codice.

Tale atto è stato impugnato con motivi aggiunti depositati il 6.9.2016 in cui si deduce:

1) l'ATI CNE non avrebbe presentato correttamente la cauzione provvisoria; la fideiussione presentata dal Consorzio aggiudicatario sarebbe stata sottoscritta con firma digitale, tuttavia il relativo documento, non conterrebbe alcuna indicazione per la verifica dell'autenticità della stessa firma digitale;

2) L'offerta della seconda classificata Miorelli Service in RTi con Pulitori Affini S.p.A. e Fidente S.p.A. non sarebbe stata presentata in un plico unico, come prescritto dalla legge di gara, ma in plichi separati, con la sola indicazione della Società Pulitori e Affini S.p.a. e senza alcuna menzione del raggruppamento costituito.

La Rai S.p.A. si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Si è costituito altresì il raggruppamento controinteressato Consorzio Servizi Globali Centro Nord Est S.c.a.r.l. con memoria in cui eccepisce la infondatezza del ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 6447 del 19 ottobre 2016 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati.

All'udienza del 3 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo la ricorrente contesta la verifica dell'anomalia dell'offerta dell'ATI CNE sotto diversi profili, che però devono essere disattesi.

1.1. Per quanto attiene alla competenza del RUP il disciplinare di gara, nel regolare lo svolgimento della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, stabilisce, tra l'altro, che *“il Responsabile del Procedimento per la fase di affidamento procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti avvalendosi all'occorrenza del personale della Rai esperto tecnicamente in materia”*.

Il disciplinare di gara, quindi, consente al R.U.P. di svolgere la verifica di anomalia avvalendosi del personale esperto della RAI, in linea con quanto previsto dall'art. 121, comma 4, del regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici (approvato con d.P.R. 5/10/2010, n. 207) secondo cui *“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”*.

1.2. Ad ogni modo la tesi della ricorrente contrasta con i più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa, anche di questa Sezione, atteso che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 29 novembre 2012, n. 36, ha riconosciuto che mediante l'art. 121 del Regolamento *“il Legislatore ha inteso attribuire al R.U.P. la facoltà di scelta in ordine allo svolgimento della verifica di anomalia”* (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 3 novembre 2014, n. 11012).

Per tale ragione legittimità deve ritenersi 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”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3 giugno 2015, n. 2727).

1.2. Alla luce della norma e dei richiamati principi è lo stesso Responsabile del Procedimento a decidere se procedere direttamente alla verifica di anomalia, avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante, ovvero delegare la commissione.

Nel caso di specie, il Responsabile del Procedimento ha ritenuto di procedere egli stesso alla verifica della anomalia, avvalendosi di personale dipendente della stazione appaltante il quale, come è possibile evincere dalla documentazione depositata in giudizio, era in possesso di

competenze adeguate per svolgere le verifiche richieste.

1.3. Per quanto concerne le censure che si dirigono avverso la valutazione di anomalia svolta dalla stazione appaltante è opportuno, in via preliminare, richiamare il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale *“fermo restando il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della par condicio tra i concorrenti - e considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso (e nel suo importo originario) affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.9.2013, n. 4676; *idem*, 7.2.2012, n. 636; *idem*, sentenza 27 novembre 2014, n. 5890).

Inoltre, sotto il profilo della sindacabilità del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, è stato osservato che *“il Giudice Amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla P.A. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della P.A., in esercizio di discrezionalità tecnica”* (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. III, 26.1.2012, n. 343; *idem*, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4196; *idem*, sez. V, 25 gennaio 2003, n. 354).

1.4. Riconducendo i predetti orientamenti al caso in esame, si osserva che dall'esame del giudizio finale di congruità formulato dall'amministrazione aggiudicatrice emerge come la RAI abbia effettuato una valutazione concreta e globale dell'offerta delle controinteressate, sulla base dei parametri indicati nella legge di gara.

La Ma.Ca. S.r.l., invece, ha estratto alcuni profili dell'offerta dell'ATI CNE per dimostrarne la insostenibilità: un primo aspetto riguarda il numero dei dipendenti che sarebbe insufficiente rispetto all'elevato numero di immobili che non consentirebbe all'ATI CNE di eseguire gli interventi richiesti da Capitolato tecnico.

1.5. La tesi della ricorrente si fonda su un confronto tra le unità messe a disposizione dall'ATI CNE (38) e da Ma.Ca. (65), senza evidenziare, però, che la maggior parte dei propri dipendenti sono impiegati *part time*, mentre quelli indicati dall'ATI CNE sono disponibili a tempo pieno, per cui la differenza di addetti alle pulizie tra le due offerte non possa essere considerata persuasiva nel ritenere inattendibile quella della controinteressata.

Peraltro oltre ai 38 addetti indicati nell'offerta economica dall'ATI aggiudicataria, sono previsti 9 operatori addetti alle sostituzioni; per cui occorre tener conto di un numero complessivo di 47 operatori.

Premesso ciò, attesa la differenza numerica di operatori indicati nelle offerte, appare corretta la verifica della produttività (intesa quale rapporto tra risorse messe a disposizione, resa oraria e monte ore complessivo) svolta dalla Stazione appaltante in contraddittorio con l'ATI CNE, al fine di accertare la resa oraria anche sulla base dei valori indicati dalla Federazione Associazioni di Filiera Settore Pulizia Professionale e Igiene Ambientale — AFED del 2007.

1.6. Né sono stati introdotti dalla ricorrente specifici elementi in grado di consentire a questo Giudice di ritenere come manifestamente irragionevole la valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, ovvero basata su fatti erronei o travisati (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 162; *idem*, Sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935).

Attesa la diversità delle proposte in termini di rapporto di lavoro e numero degli addetti, la verifica avrebbe dovuto essere condotta confrontando la produttività media dei dipendenti, da cui - come eccepito dalla RAI - risulta che la resa per addetto dichiarata dall'ATI CNE (in base alle soluzioni progettuali proposte) era superiore (5.726) a quella di Ma.Ca. (4.327).

1.7. A tale riguardo non convincono le censure della ricorrente che propone una inammissibile valutazione sostitutiva rispetto alle valutazioni operate dal R.U.P., preclusa dalla natura tecnico-discrezionale delle valutazioni operate dalla Stazione appaltante.

2. Per le stesse ragioni deve essere disatteso anche il secondo profilo di censura che ha ad oggetto il costo del personale, per il quale la ricorrente denuncia che l'ATI CNE ha dichiarato un costo inferiore a quello risultante dalle tabelle ministeriali.

Secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa *“i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un minimo inderogabile ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta”* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633).

2.1. La stazione appaltante ha ritenuto attendibile la variazione dal costo medio complessivo dichiarato, dall'ATI CNE in relazione al personale assunto con contratto di apprendistato (9 addetti alle sostituzioni a copertura delle assenze programmabili effettuate dai 38 dipendenti adibiti al Lotto n. 1) e all'art. 12 CCNL Multiservizi - Pulizia, di modo che il costo medio complessivo indicato dall'ATI CNE inferiore è stato considerato sostenibile.

La soluzione organizzativa proposta dall'ATI CNE che, ai fini del raggiungimento della massima produttività, sfrutta le componenti del lavoro medio annuo, del ricorso al lavoro straordinario ex art. 33 del CCNL Multiservizi — Pulizia per la copertura delle assenze non programmabili e dell'impiego di apprendisti per la copertura delle assenze programmabili non presenta profili da cui si possa evincere (in termini immediati) la inattendibilità dedotta dalla Ma.Ca. S.r.l.-.

3. In relazione agli oneri per la sicurezza indicati dall'aggiudicatario, che secondo la ricorrente sarebbero inferiori al valore minimo previsto dagli atti di gara, occorre distinguere fra i costi della sicurezza previsti dal DUVRI, che l'ATI aggiudicataria non ha ridotto, e i costi della sicurezza aziendale, per i quali l'ATI CNE ha fornito spiegazioni sia in una relazione, sia in sede di audizione da parte della stazione appaltante.

In relazione a tale ultima voce il costo inferiore della sicurezza, pari a € 137 per lavoratore (ex d.lgs. n. 81/2008), appare condivisibile quanto eccepito dalla stazione appaltante in ordine alla attendibilità delle giustificazioni fornite, in cui è stato osservato che la formazione dei dipendenti non era stata indicata all'interno della voce relativa ai lavoratori, ma aveva fatto

parte integrante della voce indicata nella tabella ministeriale di riferimento, in cui erano previste 8 ore di formazione dei dipendenti.

4. In relazione al tasso di assenteismo che secondo la ricorrente non sarebbe stato considerato in sede di esame della anomalia, si osserva – a prescindere dalla genericità della censura – che tale profilo riguarda un aspetto assai limitato della offerta della controinteressata, comunque non sufficiente a minare nel complesso la sostenibilità dell'offerta della medesima ATI aggiudicataria.

5. Quanto alla pretesa insufficienza dei benefici derivanti dal calcolo dell'IRAP e dalla composizione del personale dipendente dell'ATI CNE rispetto all'obbligo per l'aggiudicataria di assumere il personale dipendente impiegato sull'appalto, va osservato che l'art. 4 del CCNL Pulizia — Multiservizi distingue la "cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali" (lett. a) e la "cessazione di appalto con modificazione di termini, modalità e prestazioni contrattuali" (lett. b).

Nella prima ipotesi sussiste l'obbligo di assunzione "senza periodo di prova", mentre nel secondo caso "l'impresa subentrante" è tenuta ad attivarsi per "un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato".

Ciò premesso, poiché la gara prevede l'affidamento di servizi con modalità di esecuzione comunque diversa da quella dei precedenti affidamenti, è ragionevole ritenere che nella vicenda in esame si applichi l'art. 4, lett. b) del CCNL Pulizia — Multiservizi, per cui non sussisterebbe un obbligo dell'ATI CNE di assumere il personale dipendente dell'operatore uscente alle medesime condizioni, sicché appare logica la valutazione di attendibilità dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario sarebbe insostenibile svolta dalla RAI.

6. In relazione alla c.d. "clausola sociale" il Consiglio di Stato, peraltro, ha osservato che *“la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto”*, per cui *“tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, sentenza 30 marzo 2016, n. 1255).

Da ciò consegue, in relazione all'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, che l'obbligo dell'aggiudicatario “deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante”.

7. Quanto alla controinteressata ATI tra Miorelli Service S.p.A., Pulitori & Affini S.p.a. e Fidente S.p.a. (anche ATI Miorelli), per la quale la RAI non risulta aver svolto la verifica di anomalia

della offerta, questo Giudice non può svolgere alcuna valutazione, in quanto la richiesta della ricorrente contrasta con l'art. 34, co. 2, c.p.a., secondo cui *“in nessun caso il Giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

8. Con il secondo motivo Ma.Ca. censura l'attribuzione ai primi due classificati di un punteggio elevato sul criterio A1 in relazione, per l'ATI CNE al personale adibito al servizio e, per quanto riguarda l'ATI Miorelli, al monte ore di lavoro complessivo.

Tali aspetti sono stati indicati dai concorrenti all'interno dell'offerta economica, per cui non essendo conosciuti al momento della valutazione delle offerte tecniche, non hanno potuto orientare la valutazione della Commissione.

In relazione al criterio A2, non risulta dimostrato che la stazione appaltante abbia tenuto conto di profili migliorativi rispetto alla misura minima prevista nel Capitolato tecnico.

Mentre la stazione appaltante ha tenuto conto della sostituzione di tutti gli attuali apparecchi a inizio appalto, come previsto da capitolato tecnico da parte dell'ATI CNE, che invece – come eccepito dalla RAI – era stata indicata solo come progressiva dalla ricorrente.

8.1. Ad ogni modo le censure esaminate devono essere considerate inammissibili per carenza d'interesse, in quanto l'ATI CNE si è classificata al primo posto con 100 punti, mentre alla ricorrente sono stati attribuiti 84,509 punti, con una differenza di 15,491 punti.

Ne consegue che, anche a voler attribuire a Ma.Ca. il massimo punteggio per la voce A1 (p. 24), esso sarebbe comunque insufficiente a colmare la differenza.

Allo stesso modo per il punteggio alla voce B) in caso di assegnazione a Ma.Ca. del punteggio massimo disponibile (p. 12), questa otterrebbe un punteggio non utile a sopravanzare la controinteressata.

9. I verbali di gara danno conto, inoltre, dell'esito positivo delle verifiche sul possesso dei requisiti.

In relazione al riparto delle prestazioni all'interno delle ATI controinteressate, dalla domanda di partecipazione in cui sono stati indicati gli insediamenti di pertinenza di ciascun componente del R.T.I. e dalle dichiarazioni sulla forma di partecipazione presentate con firma congiunta da ciascun R.T.I. si ricava che la mandataria esegue le prestazioni in misura maggioritaria, in conformità all'art. 275 del Regolamento.

10. Con il terzo motivo Ma.Ca. censura la violazione dell'art. 84 del codice degli appalti sull'assunto che i componenti della commissione avrebbero svolto le loro valutazioni su materiale difforme da quello presentato in sede di gara, limitandosi ad utilizzare dei DVD contenenti le offerte tecniche.

10.1. In primo luogo si osserva che il disciplinare di gara ha previsto che, al termine della seduta pubblica destinata all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, il Responsabile

del Procedimento avrebbe trasmesso “copia delle offerte tecniche alla Commissione giudicatrice”.

La legge di gara, quindi, non indica quale dovesse essere il supporto scelto per la copia (cartaceo o informatico), ma soltanto che il RUP consegnasse alla Commissione di gara una “copia” delle offerte tecniche, pertanto l'attività posta in essere dal predetto organo collegale deve ritenersi corretta.

10.2. Quanto alla omessa indicazione (nei verbali della Commissione di gara ) delle modalità di conservazione delle offerte è utile richiamare, preliminarmente, quanto precisato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 19 dicembre 2014, n. 8, che in tema di “adempimenti della commissione preposta all'esame delle offerte... che investono le modalità di conservazione e di custodia dei plichi a prevenzione di manomissioni da cui possa derivare l'alterazione di atti del procedimento quali inizialmente introdotti dai partecipanti alla gara” ha osservato come “*Sia il codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 163 del 2006, che il regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, non recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento di dette operazioni*”.

10.3. Il Consiglio di Stato, ha quindi osservato che “in assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale — salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni aggiudicatrici, cui la commissione esaminatrice deve rigorosamente attenersi — non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento (nel profilo della violazione di legge) l'omessa indicazione in verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva.

L'attenzione si sposta, quindi, sugli adempimenti complessivamente osservati dalla commissione a salvaguardia della segretezza delle offerte, dell'integrità degli atti di gara e del pericolo di manomissione”.

A tal riguardo la citata Adunanza Plenaria osserva che “*L'art. 78 del codice degli appalti elenca, al comma 1, elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi per "ogni contratto". Essi non prendono, tuttavia, in considerazione le modalità di custodia dei plichi nella fase che intercorre fra una seduta e l'altra. Ancora una volta non si rinviene un puntuale dato normativo cui raccordare il giudizio di sufficienza della verbalizzazione, cui l'ordinanza di remissione raccorda l'effetto invalidante del concorso.*

*Deve quindi pervenirsi alla conclusione che - fermi di massima sul piano funzionale i principi di sufficienza ed esaustività del verbale - la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui*

*puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale.*

*Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può quindi trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.*

*Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (arti. 2699 e 2700 cod. civ.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni”.*

10.4. Sulla base di tali coordinate è possibile esaminare, quindi, la vicenda in esame: dal verbale di gara del 10 luglio 2014, si evince che sono state indicate con adeguata precisione le modalità di custodia delle offerte tecniche, non essendo richiesta da alcuna norma la analitica indicazione, in ciascun verbale di gara, delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi.

Ciò è sufficiente ad escludere, quindi, che nei verbali di gara non siano state indicate le modalità di conservazione delle offerte, come invece assume la ricorrente. Alla luce dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 8/2014, tale attestazione deve ritenersi sufficiente ed esaustiva, non essendo richiesta da alcuna norma codificata la pedissequa indicazione, in ciascun verbale di gara, delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi.

10.5. Né la MA.CA ha fornito alcun principio di prova in relazione ad una effettiva alterazione delle offerte tecniche riversate sui DVD, essendosi limitata a delle mere supposizioni prive di concreti riscontri.

11. Non convince nemmeno l'ulteriore profilo di censura del terzo motivo con il quale la ricorrente denuncia i “tempi lunghissimi” con sui si sarebbe svolta la procedura di gara.

La società ricorrente, invero, elenca il numero delle sedute di gara, omettendo di considerare il numero delle offerte pervenute alla stazione appaltante per la gara in esame (75), che si articolava in 7 lotti (di considerevole dimensione).

11.1. La lunghezza - in termini di tempo – della gara trova giustificazione, pertanto, nella

necessità di valutare le giustificazioni relative alle offerte economiche relative a più lotti e nello svolgimento dello stesso procedimento di verifica di anomalia il quale si articola nello scambio di chiarimenti scritti e, ove necessario, in un contraddittorio orale.

11.2. Peraltro la censura appare priva di interesse in quanto non illustra le ragioni per cui la lunghezza della procedura di verifica dell'anomalia abbia inciso sulla legittimità degli atti impugnati.

12. Quanto alla dedotta carenza dei requisiti di competenza e professionalità dei componenti della commissione di gara per la valutazione delle offerte tecniche, la censura è inammissibile per genericità, in quanto la ricorrente non ha indicato le ragioni per cui i componenti della commissione non possedessero in concreto la professionalità necessaria.

Ad ogni modo – come già osservato in precedenza – deve ritenersi che i componenti della Commissione fossero in possesso dei necessari requisiti di competenza e professionalità indicati dall'art. 84, co. 2 del Codice, in base alla documentazione allegata dalla stazione appaltante.

12.1. Tale considerazione è avvalorata, peraltro, da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (cfr. sentenza Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556), proprio in una procedura di gara per l'affidamento di servizi di pulizia, in cui è stato affermato che “secondo principi ancora di recente ribaditi dalla Sezione con la decisione 15/09/2015, n. 4316, «nelle gare pubbliche, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Commissione aggiudicatrice deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis di gara ai fini valutativi”. Precisa il giudice di appello, inoltre, che la nozione di “specifica esperienza” deve essere intesa *“con elasticità e che la presenza di membri esperti del settore non debba essere esclusiva ma prevalente”*.

Così è stato anche osservato che *“la qualifica di esperto non richiede... necessariamente il possesso del diploma di laurea”* in quanto la competenza tecnica può essere desunta “dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 2 febbraio 2015, n. 473).

13. Con ulteriore profilo di censura, la ricorrente contesta la legittimità della procedura di gara in quanto la graduatoria provvisoria sarebbe stata approvata dal Responsabile del Procedimento quale soggetto non competente.

La tesi non convince.

13.1. Dal verbale del 18.12.2015 si ricava che il responsabile del procedimento non ha approvato la graduatoria provvisoria, ma ha preso atto delle graduatorie provvisorie redatte al termine della verifica dell'anomalia dell'offerta e che la loro approvazione e i provvedimenti di aggiudicazione definitiva erano comunque rimessi all'organo competente della stazione

appaltante.

In ogni caso, le graduatorie provvisorie sono state poi approvate dal Consiglio di Amministrazione della R.A.I. S.p.a. in data 8 giugno 2016.

Peraltro, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 3956/2015 e n. 5192/2015), ha natura di atto endoprocedimentale, per cui anche a voler ritenere che il RUP abbia approvato la graduatoria provvisoria, si potrebbe ipotizzare una mera irregolarità, sanata dalla successiva aggiudicazione definitiva disposta dal C.d.A. della RAI.

14. Con motivi aggiunti depositati il 6.9.2016, Ma.Ca. deduce la mancata esclusione dell'ATI CNE a seguito della presentazione di una cauzione provvisoria di cui non sarebbe stato possibile verificare l'autenticità della sottoscrizione, in base al D.lgs. n. 82/2005.

Il motivo non coglie nel segno.

14.1. In primo luogo, la legge di gara non prevede l'esclusione quale conseguenza immediata e diretta della impossibilità di verificare la firma digitale tramite le procedure previste dal D.lgs. n. 82/2005, limitandolo alla documentazione amministrativa da inserire nella busta relativa e non alle modalità successive di verifica che presuppongono che la sussistenza della cauzione.

Invero, la Commissione ha verificato che l'ATI CNE aveva allegato alla offerta la garanzia provvisoria richiesta dal Capitolato, avendo tuttavia riscontrato delle difficoltà nel "verificare la suddetta firma digitale, in quanto né la cauzione, né il sito internet riportano le necessarie istruzioni" (cfr. pag. 4 del verbale in data 23 aprile 2014).

A seguito di apposita istruttoria la *Lombard Merchant Bank* quale garante ha fornito alla RAI i dati necessari per verificare la validità delle polizze e a comprovare l'autenticità della firma digitale apposta sulle cauzioni prodotte dall'ATI interessata.

14.2. A tal riguardo occorre distinguere l'assenza delle istruzioni per verificare l'autenticità della firma digitale (non necessarie a pena di esclusione) dalla omessa presentazione della garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 75 del Codice che, invece, era stata depositata.

Premesso ciò deve ritenersi che nel caso di specie si sia verificata una mera irregolarità sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio svolto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163/2006, applicabile alla vicenda in esame.

In tal senso del resto si è già espressa questa Sezione (cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 22 aprile 2016, n. 4725), che ha osservato che "la carenza e le irregolarità della cauzione provvisoria non giustificano l'esclusione della partecipante dalla gara, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione codificato dall'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. 163/2006".

15. Deve essere disatteso anche il secondo motivo aggiunto.

L'invio da parte dell'ATI Miorelli di cinque distinti plichi (relativi a ciascun lotto) in un'unica busta deve essere invero considerata quale mera irregolarità, non sufficiente ad inficiare la regolarità dell'offerta, in quanto, anche utilizzando più buste, non risulta (né, peraltro, è stato specificamente contestato dalla ricorrente) che sia stato violato il principio di segretezza dell'offerta.

15.1. In tal senso occorre osservare che il capitolato di gara non prescriveva le modalità di presentazione a pena di nullità, per cui un invio delle offerte in senso difforme rispetto a quanto previsto avrebbe dovuto essere considerato come irregolare.

Non sussistendo dubbi in ordine alla circostanza che i plichi presentati non abbiano garantito la segretezza dell'offerta e che siano, comunque, riconducibili all'ATI Miorelli, non v'è ragione per escludere tale operatore economico.

Ne consegue, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, che la censura deve ritenersi priva di base.

16. In conclusione, per le esposte considerazioni, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere respinti.

Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza nella misura indicata nel dispositivo.

(omissis)

## **Guida alla lettura**

**1.** - Le offerte anomale sono da sempre state foriere di accese discussioni, poiché, molto spesso, dietro offerte apparentemente assai convenienti sul piano economico si celano proposte non effettivamente sostenibili, che possono mettere a repentaglio non solo la qualità dell'esecuzione dell'appalto, ma addirittura l'esecuzione stessa di quest'ultimo.

Per questa ragione sia sul piano normativo che giurisprudenziale si è prestata particolare attenzione al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Originariamente, il giudizio di anomalia era affidato alla valutazione discrezionale della Stazione appaltante, la quale, quindi, era legittimata ad escludere, all'esito comunque di previo contraddittorio, le offerte risultate anomale (cfr. art. 5, L. n. 14/1973).

In un secondo momento, e più precisamente, con l'entrata in vigore della L. n. 109/1994 e del Regolamento n. 554/1999, il Legislatore ha optato per un sistema di verifica dell'anomalia basato su calcoli matematici per tentare di contenere la discrezionalità della Stazione appaltante.

Infine, col D. Lgs. n. 163/2006 ed il D.P.R. n. 207/2010, che costituiscono, *ratione temporis*, le fonti normative di riferimento per la fattispecie decisa dalla sentenza del TAR Lazio n. 5999/2017, il Legislatore ha cercato di codificare le varie fasi del procedimento di valutazione della congruità o meno dell'offerta (cfr. artt. 86, 87, 88, D. Lgs. n. 163/2006; ed ancora art. 121, D.P.R. n. 207/2010).

**2.** - Nell'ambito del procedimento istruttorio disciplinato dalle suindicate norme, centrali ed estremamente delicati sono il ruolo e le funzioni del Responsabile Unico del Procedimento (d'ora in poi solo RUP).

Al RUP, infatti, spetta il compito di vigilare sull'operato della Commissione e di filtrare le valutazioni tecniche di cui all'art. 84 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e le scelte della Stazione appaltante.

Funzioni, queste, non dismettibili e, tanto meno, delegabili a favore di altri organi, al contrario invece di quelle involgenti la valutazione dell'anomalia dell'offerta, che difatti, a mente del disposto dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006 con l'art. 121, d.P.R. n. 207 del 2010, possono essere delegate alla Commissione.

In tal senso già in passato si era espressa la sez. III del TAR Lazio con la sentenza n. 11012 del 3 novembre 2014, dai cui capisaldi non si è discostata la pronuncia n. 5999 del 19 maggio 2017 resa dalla medesima sezione.

Più precisamente, nella fattispecie oggetto della decisione in commento, parte ricorrente ha, tra le altre questioni, lamentato che il RUP non aveva la competenza per valutare l'anomalia delle offerte presentate, in quanto, stante la complessità dell'appalto, tale anomalia avrebbe dovuto essere appurata da una specifica Commissione all'uopo nominata.

**2.1.** - Ebbene, come chiarito dal TAR, la tesi propugnata dalla ricorrente non regge.

In disparte la circostanza per cui la stessa legge di gara prevedeva espressamente che il RUP poteva verificare, attraverso il personale della RAI tecnicamente esperto, l'anomalia o meno delle offerte, resta comunque fermo il fatto che, come pure giustamente ricordato dal TAR Lazio, in forza dell'art. 121, comma 4, del D.P.R. n. 207/2010 <<*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*>>.

In buona sostanza, a mente del D.P.R. n. 207/2010, il RUP può provvedere personalmente alla verifica dell'anomalia ovvero delegare tale compito alla Commissione aggiudicatrice.

Prima della entrata in vigore del Regolamento di cui al suindicato D.P.R. n. 207/2010, la giurisprudenza ha tentennato non poco su chi fosse il soggetto competente alla valutazione della congruità delle offerte.

E ciò perché le disposizioni del D.Lgs. n. 163 del 2006 appositamente dedicate alla verifica delle offerte anomale ed al relativo procedimento (cfr. artt. 86, 87, 88) individuavano sempre e soltanto nella Stazione appaltante il soggetto a tal fine competente e non menzionavano affatto la figura del RUP. Il che ha diviso la giurisprudenza amministrativa in due filoni: quello orientato nel senso di ritenere che, *ante* D.P.R. n. 207/2010, la valutazione dell'anomalia spettasse alla commissione (cfr., tra le tante, TAR Campania, Napoli, sez. II 8 gennaio 2014, n. 41) e quello, invece, indirizzato nel senso per cui già prima dell'entrata in vigore dell'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010 fosse attribuita al RUP 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 (cfr. C.d.S., Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36).

Con la sentenza n. 5999/2017 il TAR Lazio ha ripreso i principi espressi dalla decisione della Plenaria n. 36/2012 corroborandoli.

**2.2.** - A modesto parere di chi scrive, malgrado i pregevoli sforzi esegetici compiuti dal G.A., la questione delle competenze del RUP e della Commissione nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte è ancora oggi intricata perché ad essere ingarbugliate sono *in primis* le norme di riferimento.

Se in passato a creare confusione è stato il non semplice ed immediato raccordo degli artt. 86, 87 ed 88 del D. Lgs. n. 163/2006 con l'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010, oggi a suscitare dubbi è il difficile amalgama tra le norme dedicate al RUP dal nuovo Codice dei contratti pubblici e le Linee Guida Anac n. 3/2016, su "*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*"<sup>[1]</sup> reso ulteriormente difficoltoso dalle modifiche apportate al D. Lgs. n. 50/2016 dal D. Lgs. n. 56/2017 (recante il primo correttivo), per effetto delle quali sarà necessaria una ricalibratura anche delle suddette Linee Guida.

A seguito, infatti, del D. Lgs. n. 56/2017, il primo comma dell'art. 31 del D. Lgs. n. 50/2016 è stato così modificato <<per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano>> (anziché <<nominano>>) <<nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'art. 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo singolo intervento, un responsabile unico del procedimento>>.

La sostituzione del verbo "nominare" con il verbo "individuare" non è di poco conto in quanto, oltre a chiarire che l'incarico di RUP non determina alcun avanzamento di *status* dell'"incaricato", lascia intendere che il ruolo di RUP debba essere affidato al soggetto in organico maggiormente "appropriato", ossia già in possesso per contratto dei requisiti necessari.

Il che pone da subito un problema di coordinamento del nuovo testo dell'art. 31 del D. Lgs. n.

50/2016 con Linee Guida Anac n. 3/2016, essendo queste ultime, com'è noto, rubricate "*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*".

In disparte poi i dubbi, sul piano applicativo, della conciliabilità o meno dell'attuale art. 31 con la previsione, nelle Linee Guida Anac, della possibilità di affidare l'incarico di RUP anche a dipendenti di categoria C.

A far fortemente discutere sono anche le modifiche apportate dal D. Lgs. n. 56/2017 all'art. 77 del D. Lgs. n. 50/2016, disciplinante la "*Commissione aggiudicatrice*".

Nel testo *ante* primo Correttivo, l'art. 77, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 stabiliva che <<*i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*>>.

Per come originariamente concepito il suindicato art. 77, comma 4, rappresentava l'evoluzione del preesistente art. 84, comma 4, del D.lgs. n. 163/2006<sup>[2]</sup>, in quanto estendeva al Presidente della commissione la causa di incompatibilità dello svolgimento di altro incarico o di altra funzione in relazione al contratto oggetto della gara, che il vecchio Codice prevedeva nei soli confronti dei commissari diversi dal Presidente.

Il RUP, alla luce delle Linee Guida Anac n. 3/2016, ricadrebbe nell'ipotesi di incompatibilità prevista dal comma 4 dell'art. 77 del D. Lgs. n. 50/2016.

Senonché, con il parere del 2 agosto 2016, n. 1767, il Consiglio di Stato ha manifestato un forte "disappunto" per la posizione presa da Anac con le suindicate Linee Guida, ricordando che la giurisprudenza dello stesso Consiglio aveva da tempo tenuto un approccio interpretativo di minor rigore in ordine alla possibilità del RUP di essere commissario, e perciò ritenendo non condivisibile che le Linee Guida possano costituire lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali.

Quantunque il parere del Consiglio di Stato si riferisse solamente agli appalti sotto soglia comunitari, con il D. Lgs. n. 56/2017, il Legislatore ha inteso fare "tesoro" dell'insegnamento del Supremo Organo di Giustizia Amministrativa, inserendo all'interno del comma 4 dell'art. 77 un ulteriore periodo in base al quale <<*la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*>>, e così facendo venire meno l'automatismo tratteggiato dall'ANAC.

Certo è che, al di là dell'apprezzabilità o meno della riforma in questione, la *querelle* interpretativa sui compiti e le funzioni del RUP, specie in fasi delicate qual è quella inerente la valutazione dell'anomalia dell'offerta, non è destinata a sopirsi.

Quella che, infatti, va profilandosi in materia di contratti pubblici è una nuova (e non meno complessa) fase nel corso della quale occorrerà *in primo luogo* completare il frastagliato mosaico degli atti di regolazione subprimaria previsti dal nuovo "Codice"; *in secondo luogo* assicurare un adeguato livello di collaborazione fra i diversi attori istituzionali, al fine di

conferire al settore un adeguato livello di chiarezza e univocità, e – *da ultimo* – governare nel modo più accorto e lungimirante possibile l'adozione degli ulteriori (quanto inevitabili) interventi normativi che in futuro interesseranno nuovamente la materia[3].

**3.** – Quanto, infine, al potere di sindacato del G.A. in materia di anomalia delle offerte, la sentenza del TAR Lazio n. 5999/2017 non si discosta dall'orientamento tradizionale, di recente ribadito anche dal Consiglio di Stato, secondo cui *<<il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una pubblica gara di appalto, è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza. Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica Amministrazione, sotto i profili suindicati, ma non può procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, il che costituirebbe un'indebita invasione della sfera propria dell'Amministrazione. Il giudice amministrativo può, pertanto, esprimersi sulle valutazioni effettuate della P.A., limitatamente alle questioni di evidente irragionevolezza, ma non può procedere ad un'arbitraria verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, in quanto ciò rappresenta un'invasione di campo rispetto alle competenze proprie dell'Amministrazione>>* (cfr. C.d.S., sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514).

Il che -si badi- non vuol dire che al G.A. è preclusa la possibilità di valutare, mediante l'esercizio dei poteri istruttori conferitigli dal D. Lgs. n. 104/2010, la ragionevolezza o meno del giudizio di congruità espresso nei confronti di una data offerta.

Propendendo, infatti, per un sindacato volto più alla sostanza che alla forma, e non per questo invadendo il campo delle competenze proprie della P.A., il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3056/2016, riprendendo i principi espressi in Adunanza Plenaria con la decisione n. 8/2014, ha riconosciuto al G.A. la possibilità di valorizzare gli elementi di incongruenza segnalati dal ricorrente al fine di stigmatizzare la valutazione complessiva operata dalla Stazione appaltante. Anche in relazione ai poteri di sindacato del G.A., il tema dell'anomalia dell'offerta offre ancora oggi vivaci spunti di riflessione e di dibattito.

[1] Alla luce delle [Linee Guida Anac n. 3](#), nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, co. 9, del D. Lgs. 50/2016 o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex art. 77 del D. Lgs. 50/2016.

Dal tenore delle Linee Guida si ha la sensazione che la stessa Anac non sia del tutto convinta di chi debba essere il *dominus* nello svolgimento delle attività strettamente connesse all'aggiudicazione, sicché resta tuttora non chiaro se ed in quale caso la valutazione dell'anomalia è svolta dal RUP col supporto della commissione di aggiudicazione o viceversa.

[2] Cfr. art. 84, comma 4, D. Lgs. n. 163/2006: <<*i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*>>.

[3] Cfr. c.contessa, in “*Il primo (e unico) correttivo al ‘Codice dei contratti’ Un passo avanti verso la semplificazione del sistema?*”, pubblicato su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), estratto dal volume: C. Contessa, D. Crocco, *Codice dei contratti pubblici commentato articolo per articolo*, Roma, 2017, di imminente pubblicazione.