

Valutazione delle offerte e verifica delle anomalie^{1[1]}

di

Roberto Caponigro

Magistrato Tar

Publicato il 25 febbraio 2011 <http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario: 1. La *ratio* della normativa sui contratti pubblici – 2. I criteri di selezione delle offerte – 3. La disciplina normativa dell’offerta economicamente più vantaggiosa – 4. L’attività della commissione giudicatrice – 5. L’offerta anomala – 6. L’anomalia dell’offerta nel criterio di aggiudicazione del prezzo più basso – 7. L’anomalia dell’offerta nel criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa – 8. L’individuazione discrezionale dell’anomalia – 9. Il procedimento di verifica dell’anomalia – 10. Sintesi delle novità regolamentari.

1. La *ratio* della normativa sui contratti pubblici.

Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre, solitamente irrilevanti per i soggetti privati^{2[2]}, sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente.

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell’autonomia privata, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre^{3[3]}; la pubblica amministrazione, invece, è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura ad evidenza pubblica.

^{1[1]} Relazione al convegno sul regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici organizzato a Milano da Convevia il 21 e 22 febbraio 2011.

^{2[2]} In diritto privato, è possibile dare rilevanza a motivi altrimenti giuridicamente irrilevanti con l’apposizione di una condizione.

^{3[3]} Talvolta, anche in diritto privato, il soggetto è obbligato a contrarre o dalla stessa volontà privata o dalla legge; si pensi, nel primo caso, al contratto preliminare, o, nel secondo caso, all’obbligo a contrarre gravante sull’esercente di un’impresa in condizioni di monopolio legale.

La procedura ad evidenza pubblica è finalizzata alla individuazione del “giusto” contraente dell’amministrazione, vale a dire del contraente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione.

Tale era la *ratio*, volta al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del danaro della collettività, della normativa sulla contabilità di Stato degli anni ’20 ed è in buona parte la *ratio* ancora oggi alla base della disciplina dei contratti pubblici contenuta nel d.lgs. 163/2006.

A tale esigenza di controllo della spesa pubblica, alla quale è finalizzata la ricerca del migliore *trade off* possibile tra prezzo e qualità, si è aggiunta però, sotto la pressante spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l’esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

Di talché, l’amministrazione non utilizza più *sic et simpliciter* il mercato per scegliere il contraente migliore sotto i profili qualitativo e quantitativo, ma è chiamata a disciplinarne il corretto funzionamento al fine di tutelare il libero gioco della concorrenza, al punto che, da soggetto che utilizza il mercato per scopi propri, è divenuta garante del corretto andamento dello stesso per fini ulteriori, ispirati principalmente dall’ordinamento comunitario.

La stessa amministrazione, in tal senso, è assoggettata al mercato e le regole dell’evidenza pubblica non sono più soltanto funzionali ad ottenere le migliori condizioni ed il più affidabile contraente, ma sono anche finalizzate alla tutela della concorrenza, per cui può affermarsi che l’interesse delle imprese e del mercato è ora tutelato al pari dell’interesse pubblico che l’amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e, anzi, è divenuto anch’esso un valore collettivo da realizzare, ed in questo può cogliersi un cambio di prospettiva.

L’art. 2 del d.lgs. 163/2006, in tale ottica, oltre ad indicare che l’affidamento e l’esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il

miglior utilizzo delle finanze pubbliche), specifica che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Tale mutamento di prospettiva è nitidamente percepibile allorché la *lex specialis* della gara prevede oneri documentali a pena di esclusione e la stazione appaltante è tenuta ad escludere il concorrente che ha presentato la migliore offerta ove lo stesso non abbia adempiuto, sebbene per mera disattenzione, ad uno di tali oneri.

La violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla *lex specialis*, infatti, esprime la prevalenza del principio di formalità, collegato alla garanzia della *par condicio*, che non può essere superato dall'opposto principio del *favor participationis*^{4[4]}.

2. I criteri di selezione delle offerte.

L'offerta migliore può essere selezionata con il criterio del prezzo più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il criterio del prezzo più basso prende in considerazione esclusivamente la convenienza economica dell'offerta, per cui ha carattere automatico richiedendo per l'individuazione della migliore offerta un semplice raffronto tra cifre^{5[5]}.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, è maggiormente complesso perché l'offerta è composta non solo dall'elemento prezzo ma anche da altri elementi afferenti ai profili qualitativi della prestazione ed a ciascuno di tali elementi è attribuito un punteggio.

^{4[4]} ex multis: Cons. St., V, 23 novembre 2010, m. 8151.

^{5[5]} La Prima Sezione del Tar Lazio, con sentenza 24 novembre 2009, n. 11593, resa in forma semplificata, ha peraltro ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice per non avere escluso il concorrente che, in un appalto di servizi di mensa, aveva indicato l'importo di € 0,01 quale prezzo unitario offerto per la prima colazione, prezzo evidentemente inidoneo a consentire la prestazione del servizio completo, atteso che lettera di invito aveva richiesto l'indicazione di singoli prezzi per le varie prestazioni (prima colazione, pranzo, cena etc.), per cui la valutazione degli oneri necessari a fornire il servizio completo avrebbe dovuto riguardare ogni singola prestazione, dovendosi escludere la possibilità di formulare offerte tali da soddisfare dette esigenze attraverso la somma e, quindi, la compensazione dei vari prezzi unitari offerti.

La differenza tra i due criteri, sotto altro angolo visuale, si concreta nella circostanza che in un caso, il criterio del prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice compie un mero accertamento tecnico, nel senso che verifica la migliore offerta sulla base di scienze esatte, mentre nell'altro caso, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esercita la c.d. discrezionalità tecnica, nel senso che la valutazione della migliore offerta postula il riferimento a parametri opinabili.

Peraltro, in entrambe le ipotesi, la stazione appaltante svolge un'attività amministrativa vincolata in quanto – individuata, per mezzo dell'accertamento tecnico o dell'esercizio di discrezionalità tecnica, la migliore offerta – deve aggiudicare la gara all'operatore economico che ha presentato la stessa.

La scelta del criterio di selezione delle offerte, invece, ha carattere discrezionale e, al pari di ogni altra attività amministrativa discrezionale, deve ritenersi sindacabile per eccesso di potere, nelle sue forme sintomatiche della manifesta illogicità o irragionevolezza.

Le stazioni appaltanti scelgono tra i due criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all'individuazione della migliore offerta.

Va da sé che il criterio del prezzo più basso, in cui assume rilievo la sola componente economica, può presentarsi adeguato esclusivamente quando l'oggetto del contratto ha connotati di ordinarietà in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire il prodotto richiesto, la cui consolidata standardizzazione garantisce l'assenza di particolari esigenze riconducibili a specifiche e limitate qualificazioni, mentre nelle altre fattispecie è arduo ipotizzare che un sia pur minimo rilievo agli aspetti qualitativi della prestazione offerta sia indifferente per la scelta del contraente.

La essenziale differenza tra i criteri di selezione delle offerte, vale a dire tra mero accertamento tecnico (criterio del prezzo più basso) ed esercizio di discrezionalità tecnica (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) determina che, mentre nella prima ipotesi, la individuazione della migliore offerta solitamente prescinde dalla costituzione di

una commissione giudicatrice, nell'ipotesi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è demandata ad una commissione giudicatrice.

3. La disciplina normativa dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 83, co. 1, d.lg. 163/2006 prevede che, quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: il prezzo; la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; il costo di utilizzazione e manutenzione; la redditività; il servizio successivo alla vendita; l'assistenza tecnica; la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; l'impegno in materia di pezzi di ricambio; la sicurezza di approvvigionamento.

Il bando di gara, ai sensi del secondo comma dello stesso art. 83, elenca i criteri di valutazione e precisa la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato e, qualora le stazioni appaltanti ritengano impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indicano nella *lex specialis* di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi; ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara.

Gli artt. 120 e 283 del d.P.R. 207/2010, rispettivamente, per i lavori e per i servizi e le forniture, prevedono che, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i "pesi" o i "punteggi" da assegnare ai criteri di

valutazione, eventualmente articolati in “sub-pesi” o “sub-punteggi” ed indicati nel bando di gara, devono essere globalmente pari a 100.

L’offerta economicamente più vantaggiosa, pertanto, discende dalla valutazione comparativa di più fattori previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e resi noti nel bando di gara, il quale, peraltro, nel rispetto anche delle norme regolamentari, precisa la ponderazione relativa a ciascuno di essi.

La ponderazione relativa di ciascun criterio indica il “peso” di quell’elemento rispetto ad ogni altro e, quindi, la rilevanza (*id est*: l’incidenza percentuale) dello stesso nell’ambito della complessiva valutazione da attribuire all’offerta.

Il 46[^] considerando della direttiva CE 2004/18 - nell’affermare che l’aggiudicazione dell’appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza – indica anche che le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l’appalto all’offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo.

Peraltro, è l’amministrazione che decide, sulla base di proprie valutazioni discrezionali, quale “peso” attribuire all’elemento prezzo e quale agli elementi afferenti alla qualità della prestazione, sicché, il principio del miglior rapporto qualità/prezzo va inteso nel senso che, ad un certo prezzo, la stazione appaltante dovrebbe individuare la prestazione che presenta i migliori aspetti qualitativi, laddove è intuitivo che, al crescere del rilievo attribuito all’elemento prezzo, decresce il rilievo attribuito agli elementi qualitativi^{6[6]}.

Il principio sancito dal 46[^] considerando, peraltro, induce a ritenere che - così come la stazione appaltante, salve le eccezioni introdotte dalle previsioni regolamentari, può

^{6[6]} La precisazione è utile in quanto si potrebbe essere indotti a ritenere che l’amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad attribuire un “peso” uguale ai due elementi, mentre la scelta dei criteri e dei “pesi” è discrezionale e, ferma restando l’esigenza immanente ad ogni attività amministrativa di logicità e coerenza, può privilegiare, nella valutazione delle esigenze che con la prestazione richiesta si intendono soddisfare, un elemento rispetto all’altro attribuendogli un “peso” anche sensibilmente maggiore, per cui l’amministrazione, pur di non spendere molto, potrebbe accontentarsi di una prestazione qualitativamente non eccelsa (sia pure la migliore a quel prezzo).

attribuire di volta in volta all'elemento prezzo il "peso" che ritiene opportuno, atteso che dal disposto dell'art. 83 non è dato evincere il rilievo che esso deve avere nella valutazione complessiva dell'offerta – il prezzo è l'unico dei criteri previsti a titolo esemplificativo in via generale che deve essere necessariamente individuato dal bando di gara, altrimenti non sarebbe possibile giungere alla determinazione dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, sia pure nella accezione proposta nel testo.

Su tale rilevante questione, l'art. 120 d.P.R. 207/2010 ha limitato in modo drastico la discrezionalità della stazione appaltante nel definire il peso ponderale da attribuire all'elemento prezzo quando la gara è svolta per l'affidamento di un c.d. appalto integrato, vale a dire appalti relativi a lavori aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base di un progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice.

Infatti, in tali ipotesi, i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a sessantacinque, per cui l'incidenza ponderale da attribuire all'elemento prezzo non può superare il 35% e ciò, evidentemente, in ragione del fatto che, laddove all'esecuzione dei lavori, si accompagna la progettazione degli stessi, la "creatività" e la complessità della prestazione richiesta rende necessariamente prevalenti gli elementi qualitativi sull'elemento prezzo.

Di talché, mentre la scelta di attribuire determinati pesi ponderali ai vari elementi presi in considerazione, costituendo esercizio di attività amministrativa discrezionale, è soggetta al sindacato giurisdizionale di legittimità solo in presenza di figure sintomatiche dell'eccesso di potere come la manifesta illogicità, la novità regolamentare introduce la possibilità del vizio di violazione di legge in cui l'amministrazione aggiudicatrice può

incorrere ove, nelle fattispecie *de quibus*, attribuisca all'elemento prezzo un peso ponderale superiore al 35%.

La ponderazione relativa dei vari elementi di valutazione, come detto, può essere precisata anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato, atteso che, laddove sia tale da ridurre il "peso" attribuito dalla *lex specialis* della gara al singolo criterio, la previsione può rivelarsi illegittima per illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa^{7[7]}.

Il codice sui contratti pubblici, quindi, ha chiarito sin dalla sua originaria stesura che l'eventuale articolazione dei criteri valutativi previsti dal bando in sub criteri, cui assegnare sub pesi o sub punteggi, deve essere prevista dalla stazione appaltante ed indicata nel bando, mentre non può essere stabilita dalla commissione giudicatrice dopo la presentazione delle offerte sia pure prima della loro apertura.

Il 3^a correttivo (*id est*: il d.lg. 152/2008), inoltre, ha provveduto ad abrogare l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83, vale a dire il potere-dovere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali prima dell'apertura delle buste.

Tale modifica legislativa è stata indotta dalla lettera di costituzione in mora *ex art.* 226 del 30 gennaio 2008, con cui la Commissione Europea ha rilevato che la previsione della possibilità di fissare dei criteri motivazionali dei punti attribuiti alle offerte che non erano stabiliti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e ciò in quanto, al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, tutti i criteri che saranno utilizzati per

^{7[7]} La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nella decisione 28 settembre 2005, n. 5196, ha affrontato un'interessante questione rilevando l'illegittimità dell'azione amministrativa che, nel bando di gara, aveva previsto la possibilità di assegnare all'offerta economica un punteggio massimo fino a 40 punti su un totale di 100 (60 punti erano assegnabili per l'offerta tecnica), mentre nel capitolato speciale aveva di fatto determinato un appiattimento del punteggio spettante per l'offerta economica introducendo una formula matematica per l'assegnazione del punteggio con un *range* effettivo di soli 10 punti ed assegnando una preponderanza decisiva all'offerta tecnica ben al di là del rapporto 60/40 stabilito in sede di bando.

l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto.

Peraltro, sebbene la modifica introdotta dal terzo correttivo si sia limitata a sopprimere il potere-dovere della commissione giudicatrice di predisporre i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi senza prevedere espressamente che tali criteri debbano essere predisposti dall'amministrazione in sede di bando, appare inevitabile che la stazione appaltante nel bando di gara debba formulare dei criteri e sub criteri analitici e dettagliati in modo da assorbire e rendere sostanzialmente inutile l'elaborazione dei criteri motivazionali consentendo essi stessi la ricostruzione dell'*iter* logico seguito nell'attribuzione del giudizio numerico ovvero, in alternativa, debba predisporre e rendere noti in sede di bando di gara anche i criteri motivazionali per fornire agli operatori economici tutte le informazioni utili alla valutazione delle offerte.

In sostanza, la stazione appaltante deve operare in modo da ridurre quanto più possibile la discrezionalità da esercitare in sede di attribuzione dei punteggi ancorando gli stessi a parametri oggettivi e determinati, vale a dire che il potere discrezionale deve essere per quanto possibile esercitato "a monte", a livello di atto generale, in modo da rendere gli operatori economici interessati consapevoli di tutti gli elementi relativi al suo esercizio, mentre deve essere circoscritto "a valle" nell'effettiva attribuzione del punteggio, dove le scelte imprenditoriali di partecipare alla gara e di formulare l'offerta con quelle caratteristiche sono già state compiute^{8[8]}.

Diversamente, infatti, l'attribuzione dei punteggi potrebbe rivelarsi illegittima per difetto di motivazione, ove non sia possibile comprendere l'*iter* logico seguito, ovvero per violazione di legge e per violazione della *par condicio* tra i concorrenti, ove i criteri

^{8[8]} Cons. St., V, 1° ottobre 2010, n. 7256, nel richiamare Cons. St., IV, 12 maggio 2008, n. 2189, evidenza che l'art. 83, co. 4, del codice degli appalti porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando e, quindi, facendo obbligo a quest'ultimo, e cioè al bando, di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri, per cui il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi è precluso dalla norma di legge, la quale prevede che sia il bando ad individuare i sub criteri, i sub pesi ed i sub punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità della commissione.

motivazionali siano esternati direttamente dalla Commissione in sede di attribuzione dei punteggi, in tal modo reiterando la condotta inibita dalla legge e ciò neanche prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, ma dopo la loro conoscenza e valutazione.

4. L'attività della commissione giudicatrice.

La valutazione delle offerte, quando il criterio di scelta è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento.

La disposizione, che ha portata generale trovando applicazione anche per i contratti sottosoglia, nell'imporre che la valutazione sia effettuata dalla commissione quando il criterio è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non sembra vietare alle stazioni appaltanti di nominare la stessa anche quando il criterio di scelta della migliore offerta è costituito dal prezzo più basso^{9[9]}.

Tuttavia - ribadito che, nel caso del criterio del prezzo più basso, l'individuazione del migliore offerente postula un mero accertamento tecnico, mentre è assente qualunque profilo di discrezionalità tecnica - la nomina di una commissione giudicatrice, quando si tratta di compiere una pura operazione aritmetica, potrebbe rivelarsi antieconomica e contrastante con i principi di celerità e buon andamento dell'azione amministrativa.

In ogni caso, la nomina di una commissione giudicatrice delle offerte non potrebbe mai costituire di per sé sola vizio degli atti di gara, atteso che, trattandosi di un'operazione meccanica e totalmente vincolata, il ricorrente dovrebbe comunque provare l'errore in cui è incorsa la commissione, dovendosi altrimenti ritenere applicabile l'art. 21 *octies* l. 241/1990 in ragione del quale non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia

^{9[9]} Cfr. T.A.R. Toscana, II, 29 aprile 2008, n. 1391, secondo cui non può escludersi che le amministrazioni possano nominare una commissione nell'ambito di procedure di gara diverse da quelle prese in considerazione dalla normativa stessa, ai fini di una migliore ponderazione dell'aggiudicazione, in quanto trattasi di scelta che attiene alla potestà autorganizzatoria delle stazioni appaltanti.

palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La commissione di gara è un organo temporaneo della stazione appaltante con funzione essenzialmente consultiva e non di amministrazione attiva e la sua attività assume rilevanza esterna solo se ed in quanto recepita ed approvata dai competenti organi di amministrazione attiva della stazione appaltante^{10[10]}.

L'aggiudicazione definitiva, infatti, ai sensi dell'art. 11, co. 5, d.lgs. 163/2006, richiede una manifestazione di volontà espressa della stazione appaltante previa approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente secondo quanto previsto dal successivo art. 12, primo comma^{11[11]}.

Ne consegue che la manifestazione di giudizio della commissione non è mai impugnabile autonomamente, mentre gli eventuali vizi ad essa afferenti possono essere fatti valere in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento, costituito dall'aggiudicazione definitiva, in quanto refluiscono in via derivata sulla sua legittimità.

Essa opera quale organo collegiale perfetto, atteso che, essendo chiamata ad esercitare discrezionalità tecnica nella valutazione e nella ponderazione comparativa delle offerte, sussiste l'esigenza che tutti i componenti, selezionati proprio per la loro professionalità nella materia costituente oggetto dell'appalto, offrano il loro contributo per una corretta formazione del giudizio collegiale.

La commissione, di conseguenza, può anche non operare con la totalità dei suoi componenti laddove non sia chiamata a compiere valutazioni di tipo discrezionale, e cioè nelle attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate, come, ad esempio, la verifica

^{10[10]} Ex multis: T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 2 luglio 2010, n. 16568, secondo cui, la Commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo, di natura essenzialmente tecnica, della stazione appaltante e non una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa e la sua attività acquisisce rilievo esterno solo in quanto recepita dall'amministrazione.

^{11[11]} Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 18 gennaio 2010, n. 327.

del possesso dei requisiti di ammissione da parte dei concorrenti, fermo restando che tali attività devono poter essere verificate *ex post* dall'intero seggio di gara^{12[12]}.

L'art. 120, co. 2, del regolamento, in materia di lavori, specifica che, in una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando di gara o nella lettera d'invito, mentre, successivamente, in seduta pubblica, dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall'art. 121 in tema di offerte anomale.

Allo stesso modo, in materia di servizi e forniture, l'art. 283, co. 3, del regolamento fa presente che, in seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste concernenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'art. 284 che, in tema di offerte anomale, richiama l'art. 121.

Le disposizioni riecheggiano, nelle loro linee essenziali, quanto già previsto dall'art. 91, co. 3, d.P.R. 554/1999.

Nondimeno, occorre rilevare che, prima dell'emanazione del nuovo regolamento, è andato delineandosi un orientamento meno formalistico, secondo cui, una volta verificata l'integrità delle buste contenenti le offerte economiche e, prima di esse, del plico che a sua volta le conteneva, l'apertura delle buste costituisce un'attività puramente consequenziale e strettamente legata alla lettura e alla valutazione del loro contenuto^{13[13]}.

Infatti, nelle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ciò che rileva, al fine di salvaguardare il

^{12[12]} Cfr. Cons. St., IV, 5 agosto 2005, n. 4196, secondo cui la commissione giudicatrice di una gara d'appalto deve operare con il *plenum* dei suoi componenti, quanto meno nelle fasi in cui l'organo è chiamato ad esercitare compiti di tipo discrezionale.

^{13[13]} cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 17 novembre 2010, n. 33538; T.A.R. Lazio, Roma, II, 19 gennaio 2009, n. 334.

principio della pubblicità, è la verifica della integrità dei plichi e delle buste concernenti l'offerta economica.

In altri termini, ferma restando l'obbligatoria pubblicità della seduta in cui si procede alla verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta, tale indirizzo giurisprudenziale ha ribadito che nelle gare che necessitano di una valutazione comparativa di fattori, come nel sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta economica può avvenire in seduta non pubblica^{14[14]}, per cui l'apertura delle buste, in seguito alla verifica della integrità dei plichi e delle buste contenenti le offerte, costituirebbe un dettaglio dell'operazione che ben potrebbe svolgersi in avvio della seduta riservata dedicata alla valutazione delle offerte economiche^{15[15]}.

La disposizione regolamentare di cui all'art. 120, co. 2 (e, analogamente, quella di cui all'art. 282, co. 3), nel reiterare la precedente previsione regolamentare anziché recepire il descritto indirizzo giurisprudenziale, sembra di conseguenza evidenziare che l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e la lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse deve necessariamente avvenire in seduta pubblica, con conseguente illegittimità delle operazioni eventualmente effettuate in seduta riservata.

La necessaria pubblicità delle sedute di gara in cui sono aperte le buste contenenti le offerte economiche conferma la prevalenza del principio di formalità, collegato alla garanzia della *par condicio*, nelle gare d'appalto.

L'art. 84, co. 3 e 8, d.lgs. 163/2006 dispone che la Commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente, mentre i commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante; in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di

^{14[14]} cfr. Cons. St., V, 19 aprile 2007, n. 1790.

^{15[15]} cfr. Cons. St., V, 11 aprile 2006, n. 2014.

amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, co. 25 (vale a dire, amministrazioni dello Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti), ovvero con criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

- a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;
- b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

Il regolamento di cui al d.P.R. 207/2010 specifica che la carenza di organico di cui alla richiamata norma di legge è attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente ed indica altresì che l'atto di nomina dei membri della commissione ne determina il compenso e fissa il termine, prorogabile una sola volta per giustificati motivi, per l'espletamento dell'incarico.

Di talché, il regolamento formalizza le modalità affinché la commissione possa essere legittimamente costituita da componenti non selezionati tra i funzionari della stazione appaltante, precisando come debba essere attestata la "carenza in organico di adeguate professionalità".

In particolare - tenuto conto che l'accertamento dell'assenza di professionalità adeguate costituisce esercizio di discrezionalità tecnica postulando, secondo la differenza in precedenza delineata, il riferimento a parametri opinabili - la norma regolamentare attribuisce al responsabile del procedimento un potere, volto all'accertamento della sussistenza o meno di professionalità adeguate all'interno della stazione appaltante, da esercitare sulla base di atti istruttori forniti dalla struttura competente all'affidamento dell'appalto.

La manifestazione di giudizio del responsabile del procedimento, in quanto esercizio di discrezionalità tecnica, deve ritenersi sindacabile in sede giurisdizionale, non

autonomamente ma eventualmente quale atto endoprocedimentale viziante il provvedimento finale di aggiudicazione, per manifesta illogicità o irragionevolezza ovvero per travisamento del fatto quando gli atti istruttori forniti dal dirigente della struttura competente si rivelino inidonei ed insufficienti all'accertamento ovvero si rivelino contraddittori con quanto accertato.

Il terzo comma dell'art. 120 d.P.R. 207/2010 dispone anche, in maniera certamente appropriata, la necessità che l'atto di nomina dei membri della commissione esterni alla stazione appaltante fissi il termine per l'espletamento dell'incarico e, prevedendo la possibilità di una sola e motivata proroga, evidenzia l'esigenza che, in ossequio al principio di buona amministrazione, l'attività della commissione giudicatrice avvenga celermente e, soprattutto, in tempi predefiniti.

Nella direzione di una maggiore responsabilizzazione dei componenti "esterni" della commissione sembrano anche poste la determinazione del compenso all'atto della nomina e la necessità che l'incarico sia appositamente accettato con contestuale autodichiarazione dell'inesistenza di cause di incompatibilità o astensione previste dall'art. 84, co. 4, 5 e 7, del codice^{16[16]}.

La norma regolamentare di cui all'art. 120, co. 4, inoltre, stabilisce quali sono gli ulteriori casi in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate che rendono possibile selezionare i componenti della commissione al di fuori della stazione appaltante.

Gli ulteriori casi individuati dal regolamento sono i seguenti:

1. lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, ai sensi dell'art. 90, co. 6, del codice (redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo o svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione);
2. lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico, ai sensi dell'art. 91, co. 5, del codice (procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee);

^{16[16]} Una previsione analoga, peraltro, era già contenuta nell'art. 92 d.P.R. 554/1999.

3. lavori di speciale complessità, ai sensi dell'art. 122, co. 1, del codice (appalti integrati che riguardino lavori di speciale complessità o progetti integrati ovvero riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici);
4. particolare complessità dell'opera, ai sensi dell'art. 141, co. 1 e co. 7, lett. b) del codice (collaudo dei lavori pubblici);
5. le opere e gli impianti caratterizzati dalla presenza in modo rilevante di almeno due dei seguenti elementi: a) utilizzo di materiali e componenti innovativi; b) processi produttivi innovativi o di alta precisione dimensionale e qualitativa; c) esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali; d) complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità; e) esecuzione in ambienti aggressivi; f) necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali; g) complessità in relazione a particolari esigenze connesse a vincoli architettonici, storico-artistici o conservativi;
6. lavori di importo superiore a 25 milioni di euro nei quali le componenti architettonica, strutturale o impiantistica siano non usuali e di particolare rilevanza;
7. affidamento ai sensi dell'art. 144 del codice (concessione di lavori pubblici);
8. affidamento ai sensi dell'art. 153 del codice (finanza di progetto);
9. affidamento ai sensi dell'art. 176 del codice (affidamento a contraente generale).

Va da sé che anche in questi casi l'accertamento dei presupposti a base della possibilità di nominare componenti al di fuori della stazione appaltante costituisce esercizio di discrezionalità tecnica.

Ne consegue che il concorrente pretermesso, nell'impugnare l'aggiudicazione definitiva in favore di altro concorrente, ben può dedurre il vizio di composizione della commissione giudicatrice in ragione della nomina ingiustificata di componenti esterni alla stazione appaltante^{17[17]}.

^{17[17]} Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, 4 febbraio 2008, n. 905, secondo cui il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice di una gara può essere impugnato dal concorrente solo quando, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e l'aggiudicazione definitiva, si conclude il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato.

In materia di servizi e forniture, l'art. 282 d.lgs. 207/2010 ha introdotto norme per qualche profilo differenti da quelle dettate per i lavori dall'art. 120.

In primo luogo, l'accertamento della carenza nell'organico della stazione appaltante di adeguate professionalità può essere attestata, oltre che dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, dall'organo competente secondo l'ordinamento dell'amministrazione aggiudicatrice.

Pertanto, sembra ipotizzabile che ciascuna amministrazione aggiudicatrice, nel disciplinare la propria organizzazione, possa prevedere un'apposita competenza, in capo ad una determinata struttura, volta al predetto accertamento e, in tal caso, l'attestazione della carenza di adeguate professionalità sarà compito del responsabile della struttura competente, mentre, ove tale competenza non sia prevista in linea generale, l'attestazione rientrerà nelle competenze del responsabile del procedimento, così come avviene sempre per i contratti di lavori pubblici.

La presenza di una normativa interna che attribuisca o meno tale competenza ad una determinata struttura, allora, può riflettersi come vizio di violazione di legge del provvedimento finale di aggiudicazione definitiva, laddove l'accertamento, previsto dall'ordinamento dell'amministrazione aggiudicatrice quale competenza incardinata in una determinata struttura, sia invece effettuato dal responsabile del procedimento, ovvero quando, pur non essendo prevista tale specifica competenza per una determinata struttura, l'accertamento sia effettuato dal responsabile della stessa e non dal responsabile del procedimento.

Inoltre, così come per i lavori, l'art. 282 individua gli altri casi in cui è possibile ricorrere alla selezione dei membri della commissione tra soggetti esterni alla stazione appaltante.

Tali ipotesi sono:

1. prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti

o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;

2. servizi e forniture di importo superiore ad €1.000.000.

Il principio che il ricorso a commissari “esterni” alla stazione appaltante è consentito solo in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità o negli altri casi specificamente previsti dal regolamento determina che può essere costituita anche una commissione “mista”, con la presenza di componenti interni e, per il numero mancante, di componenti “esterni”^{18[18]}.

5. L’offerta anomala.

Anomala può definirsi l’offerta che, apparendo particolarmente favorevole per la stazione appaltante in ragione della esiguità del prezzo richiesto in rapporto alla qualità della prestazione offerta, fa sorgere dubbi sull’affidabilità dell’operatore economico che l’ha formulata e, quindi, sulla corretta esecuzione del contratto d’appalto.

L’amministrazione aggiudicatrice, infatti, ha interesse non solo a contrarre con chi formula la migliore offerta sotto un profilo sia qualitativo sia quantitativo, ma anche e soprattutto ad ottenere una prestazione che sia aderente a quella promessa in sede di offerta per quanto attiene all’effettiva esecuzione della stessa, alle caratteristiche esposte ed ai tempi di realizzazione.

La finalità della verifica dell’anomalia dell’offerta, pertanto, è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l’amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta, atteso che l’amministrazione deve aggiudicare l’appalto a soggetti che abbiano presentato offerte le quali, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all’insieme dei costi, rischi ed

^{18[18]} Cfr. la richiamata sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, III, 4 febbraio 2008, n. 905, secondo cui il ricorso a commissari esterni costituisce un criterio sussidiario e non già alternativo, sicché costituisce logico corollario la legittimità di una composizione mista della commissione.

oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile d'impresa affinché la stessa possa rimanere sul mercato^{19[19]}.

In definitiva, occorre temperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minore costo possibile senza per questo rinunciare a *standard* adeguati ed al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali.

Il primo problema che offre la complessa ed importante tematica delle offerte anomale, posto che, come detto, questa è sostanzialmente una "spia" che denota indici di potenziale inaffidabilità dell'aspirante contraente, è quello dell'individuazione di soglie al di sopra delle quali l'offerta possa essere considerata sospetta.

Il sistema previsto dal *corpus* normativo in materia, incisivamente toccato, per taluni aspetti, dal regolamento di esecuzione di cui al d.P.R. 207/2010, prevede la determinazione oggettiva di tali soglie, residuando peraltro in capo alla stazione appaltante il potere/dovere di verificare l'offerta anche in ipotesi in cui la stessa non superi i parametri fissati dal legislatore ma, per motivi specifici, possa ritenersi ugualmente anomala.

Le soglie predeterminate di anomalia dell'offerta si differenziano a seconda del criterio di aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante in quanto tengono conto del sistema "meccanicistico" o "tecnico-discrezionale" di valutazione delle offerte.

6. L'anomalia dell'offerta nel criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

L'art. 86, co. 1. d.lgs. 163/2006 stabilisce che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

^{19[19]} Determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 6 dell'8 luglio 2009.

Pertanto, per individuare la soglia di anomalia, è necessario procedere ad una complessa e plurima operazione, vale a dire che occorre determinare la media aritmetica dei ribassi percentuali dopo avere operato il c.d. taglio delle ali ed occorre individuare lo scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media aritmetica così determinata al fine di sommarla alla media aritmetica stessa (ad esempio, per 10 offerte che presentino, rispettivamente, un ribasso dell'1%, del 4%, del 6%, dell'8%, del 10%, del 12%, del 14%, del 16%, del 18% e del 21%, le offerte da escludere, c.d. taglio delle ali, sono quelle dell'1% e del 21%, per cui la media aritmetica dei ribassi è pari all'11%, cui occorre aggiungere il detto scarto medio aritmetico, pari al 4%, sicché la soglia di anomalia sarà del 15% e, conseguentemente, le offerte anomale saranno quelle che hanno proposto i ribassi del 21%, del 18% e del 16%.

L'art. 121 del regolamento precisa che, ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, co. 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico; la norma regolamentare aggiunge che, qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, co. 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

La norma regolamentare, pertanto, pone una prima specificazione che, per quanto opportuna, può ritenersi già pacificamente evincibile dalla norma di legge.

Infatti, nel caso vi siano più offerte recanti un medesimo ribasso tra quelle comprese tra le offerte di maggiore o di minore ribasso, delle stesse bisogna tenere conto separatamente ai fini sia del calcolo della media aritmetica sia dello scarto medio aritmetico dei ribassi che superano la predetta media^{20[20]}.

^{20[20]} La giurisprudenza ha chiarito che, nel calcolare la media dei ribassi, le offerte con identico ribasso devono essere considerate separatamente e non unitariamente come un'unica entità (cfr. Cons. St., V, 15 ottobre 2009, n. 6323).

Diversamente, la seconda norma regolamentare, relativa al c.d. taglio delle ali, pone problemi esegetici molto più rilevanti.

Il “taglio delle ali”, come detto, consiste nella esclusione, per la determinazione della soglia di anomalia e, conseguentemente dello scarto medio aritmetico dei ribassi^{21[21]}, delle offerte di maggiore e di minore ribasso, e cioè di quelle più estreme rispetto ai valori medi di ribasso, atteso che le stesse, in teoria, potrebbero essere presentate al solo fine di condizionare la media^{22[22]}.

Il problema che si è posto sulla base della normativa primaria e che dovrebbe ritenersi superato in ragione della previsione dettata dal regolamento di esecuzione è costituito dalla possibile presenza di più offerte recanti un medesimo ribasso a cavallo della soglia del 10% delle offerte da non considerare ai fini della determinazione del ribasso medio.

In altri termini, la questione che si pone è la seguente: se vi sono dieci offerte ammesse alla gara, il 10% delle offerte da “tagliare” per determinare il ribasso medio determina che non dovrebbero essere prese in considerazione a tal fine l’offerta di massimo ribasso e quella di minore ribasso, ma se lo stesso massimo o minimo ribasso è offerto non da un solo concorrente ma da più concorrenti, *quid iuris?*

La giurisprudenza è stata oscillante sul punto in quanto talune pronunce hanno ritenuto che, in caso di offerte con identico ribasso, le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (c.d. criterio relativo), atteso che la *ratio* dell’esclusione dal novero delle offerte prese in considerazione di quelle collocate ai margini estremi dell’ala

^{21[21]} Cfr. T.A.R. Toscana, II, 30 settembre 2009, n. 1489, che ha accolto un ricorso annullando l’aggiudicazione in quanto la stazione appaltante, una volta escluso il 10% delle offerte ammesse ai fini della determinazione della media dei ribassi, ha invece determinato lo scarto medio aritmetico dei ribassi che superano la media dei ribassi contemplando anche le offerte “tagliate” che, viceversa, dovevano essere escluse.

^{22[22]} Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, III, 9 novembre 2010, n. 2629, secondo cui il c.d. taglio delle ali è un’operazione virtuale, finalizzata solo e soltanto al calcolo della media dei ribassi offerti e non anche all’esclusione automatica delle offerte marginali, sicché anche per queste ultime la stazione appaltante è tenuta comunque a valutare l’effettiva congruità delle giustificazioni in contraddittorio con l’impresa.

risiede nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi^{23[23]}.

Per altro indirizzo, invece, quando per ribassi identici finisca per trovarsi a cavallo delle "ali" un numero di offerte superiore al limite del 10%, occorre tenere conto del numero delle offerte e non del fatto che la misura del ribasso sia comune a più imprese, per cui devono essere escluse le offerte in un numero pari al 10% delle offerte ammesse ma non anche le altre che pur prevedono un medesimo ribasso^{24[24]}.

Il testo regolamentare, nel prevedere che qualora, nell'effettuare il calcolo del 10% siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia, pur con una formulazione poco perspicua, fornisce risposta agli evidenziati dubbi esegetici in quanto sembra far presente che le plurime offerte contenenti il maggior ribasso o il minor ribasso devono essere tutte escluse per la determinazione della soglia di anomalia.

In definitiva, il regolamento recepisce l'indirizzo della giurisprudenza secondo cui, ai fini del calcolo della media aritmetica e del conseguente scarto medio aritmetico, nel caso in cui via siano più offerte portanti il medesimo ribasso devono essere conteggiati tutti i ribassi, con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore o di minore ribasso^{25[25]}.

^{23[23]} Cfr. Cons. St., V, 15 ottobre 2009, n. 6323 - che richiama, tra le altre, C.G.A. 12 agosto, 2005, n. 53 e Cons. St., V, 26 febbraio 2003, n. 1094, evidenzia che, nel caso in cui siano più di una le offerte che presentano la medesima percentuale di ribasso calcolate a cavallo della soglia del 10%, e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta altra strada che quella di attribuire alla parola "offerte" un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto, sicché la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10%, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo delle successive operazioni.

^{24[24]} Cfr. T.A.R. Liguria, II, 21 novembre 2006, n. 1554, secondo cui la norma è chiara nel riferire l'esclusione dal calcolo della soglia di anomalia al 10% delle offerte e non dei ribassi.

^{25[25]} R. De Nictolis, Le novità dell'estate in materia di offerte anomale, in www.osservatorioappalti.unitn.it, evidenzia come la giurisprudenza abbia osservato che, con il taglio delle ali, la norma persegue l'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte manifestamente distanti dai valori medi.

L'individuazione dell'anomalia secondo i parametri indicati, peraltro, non ha luogo quando il numero delle offerte sia inferiore a cinque ed in tal caso gli indici di anomalia, ove esistenti, sono rilevati discrezionalmente dalla stazione appaltante.

E' intuitivo, infatti, che, in presenza di un numero esiguo di offerte, il complesso procedimento aritmetico previsto dalla norma non può avere efficacemente luogo.

La stazione appaltante, per altro verso, può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale al ricorrere di determinate condizioni.

In particolare, l'art. 122, co. 9, d.lgs. 163/2006 stabilisce che, per lavori d'importo non superiore a 1 milione di euro, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 86, ma tale facoltà di esclusione non può essere esercitata se il numero delle offerte ammesse non è almeno pari a dieci; quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci si applica la norma di cui all'art. 86, co. 3, che attribuisce la facoltà di procedere alla verifica di congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appare anormalmente bassa.

Analoga previsione è prevista per i servizi e le forniture d'importo non superiore a 100.000 euro dall'art. 124, co. 8, del codice dei contratti pubblici.

7. L'anomalia dell'offerta nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 86, co. 2, d.lgs. 163/2006 prevede che, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

L'art. 121, co. 10, del regolamento ribadisce che nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'offerta è anomala quando il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

L'art. 284 del regolamento estende ai servizi e alle forniture l'applicazione dell'art. 121.

Nelle ipotesi *de quibus*, pertanto, trattandosi di un criterio di aggiudicazione non meccanicistico ma, almeno in parte, tecnico-discrezionale, l'anomalia è desunta dalla contestuale sussistenza di un consistente ribasso di prezzo e di una elevata qualità della prestazione.

Il sistema di individuazione dell'offerta anomala, insomma, risente correttamente del fatto che, a differenza del criterio del prezzo più basso, nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la migliore offerta è quella che rivela il migliore *trade off* qualità/quantità dando spazio, addirittura in misura necessariamente pari o superiore al 65% nelle ipotesi espressamente individuate dal regolamento, anche agli elementi qualitativi, oltre che al prezzo, come risultanti dall'offerta tecnica.

Ne consegue, dovendosi assegnare dei punteggi a tutte le componenti dell'offerta, che il legislatore ha costruito la soglia di anomalia in modo da attribuire rilievo sia al punteggio attribuito per il prezzo sia a quello attribuito agli elementi qualitativi dell'offerta.

Anzi, volendo riconoscere una potenziale criticità nella disciplina legislativa in materia, potrebbe rilevarsi che, almeno negli appalti maggiormente caratterizzati sotto il profilo qualitativo, quali quelli in cui il regolamento impone di non attribuire all'elemento prezzo un peso superiore al 35%, l'anomalia dell'offerta potrebbe essere più correttamente individuata ove la somma dei punteggi attribuiti agli altri elementi di valutazione sia superiore ad una determina soglia, ad esempio i 4/5 del punteggio massimo, anche se il punteggio attribuito all'elemento prezzo, che nelle fattispecie in questione è recessivo, sia in ipotesi inferiore alla stessa soglia.

In altri termini, mentre il regolamento di esecuzione, soprattutto prendendo atto della realtà dei cc.dd. appalti integrati o comunque degli appalti in cui, in ragione del loro oggetto, la componente qualitativa è nettamente prevalente, ha ragionevolmente fissato un tetto massimo all'incidenza del punteggio relativo al prezzo, la disciplina legislativa non ha contestualmente previsto una articolazione dell'individuazione della soglia di anomalia

dell'offerta che possa tenere conto dell'accentuata incidenza in tali ipotesi delle componenti qualitative, mediante la previsione di una soglia di anomalia che tenga conto di punteggi tutti molto elevati per gli elementi di valutazione tecnico-discrezionale pur a fronte di un punteggio inferiore ai 4/5 del massimo attribuibile per l'elemento prezzo.

8. L'individuazione discrezionale dell'anomalia.

L'art. 86, co. 3, d.lgs. 163/2006 stabilisce che, in ogni caso, le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa^{26[26]}.

La norma costituisce una “valvola di sicurezza” del sistema, consentendo all'amministrazione aggiudicatrice che, in base a specifici elementi dubita dell'affidabilità dell'offerta, di procedere ugualmente alla valutazione della congruità della stessa, anche se la soglia di anomalia oggettivamente indicata dal legislatore non è stata superata.

Tale potere discrezionale è esercitabile anche nel caso di appalti aggiudicati con il criterio del prezzo più basso quando le offerte sono inferiori a cinque, per cui non si applica la norma sulla individuazione automatica dell'anomalia.

La clausola di “salvezza”, inoltre, è necessaria per assicurare la compatibilità comunitaria del sistema creato dal legislatore nazionale, atteso che, secondo la giurisprudenza comunitaria, il sistema legislativo italiano – che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia – è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano comunque sospette^{27[27]}.

^{26[26]} Il potere di procedere all'eventuale verifica di congruità di cui all'art. 86, co. 3, del “codice” deve ritenersi attribuita al responsabile del procedimento, atteso che, ai sensi dell'art. 121, co. 8, del regolamento, nel caso non si proceda all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, e alla determinazione della soglia di anomalia, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruità *ex art.* 86, co. 3.

^{27[27]} Cfr. Corte Giustizia CE, 27 novembre 2001, CC-285/286/99.

La presenza di elementi specifici volti a generare sospetti di anomalia può sussistere, ad esempio, quando negli appalti particolarmente complessi, per i quali il regolamento prevede che la componente qualitativa debba pesare almeno il 65%, all'elemento prezzo venga attribuita un'incidenza bassa e la soglia di anomalia non è raggiunta perché a tale elemento è attribuito un punteggio inferiore ai 4/5 del punteggio massimo attribuibile, laddove agli elementi qualitativi, la cui incidenza è nettamente prevalente, sia attribuito un punteggio estremamente elevato.

Occorre domandarsi, peraltro, se sia impugnabile in sede giurisdizionale l'attivazione o la mancata attivazione di tale potere discrezionale.

Il sindacato giurisdizionale sulla determinazione dell'amministrazione di procedere alla verifica dell'anomalia pur in assenza del raggiungimento delle specifiche soglie deve ritenersi non possibile in quanto l'unico interessato potrebbe essere l'imprenditore che ha formulato l'offerta con la conseguenza che, se in sede di verifica l'offerta è ritenuta congrua, l'interesse viene a cadere, mentre, se l'offerta è ritenuta incongrua, la stessa valutazione di incongruità dà conto della logicità della verifica effettuata ed il sindacato di legittimità sul corretto esercizio del potere si sposta sul *quomodo* anziché sull'*an* del procedimento di verifica della congruità.

Diversamente, è ben ipotizzabile che un terzo concorrente pretermesso possa impugnare l'aggiudicazione definitiva adottata in favore di un operatore economico che egli ritenga avere presentato un'offerta, la quale, sia pure non anomala in base al calcolo matematico previsto dal legislatore, presenti degli specifici elementi che, in base alla sua prospettazione, avrebbero dovuto logicamente indurre l'amministrazione ad effettuare la valutazione di congruità dell'offerta.

9. Il procedimento di verifica dell'anomalia.

L'art. 121, co. 3, del regolamento stabilisce che il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica,

sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

La procedura di verifica delle offerte anormalmente basse, che costituisce un *sub* procedimento, nell'ambito del procedimento di scelta del contraente, si articola in una doppia fase di contraddittorio scritto ed in una fase di contraddittorio orale.

Il procedimento di verifica dell'anomalia si svolge completamente al termine della procedura di gara ed una volta che siano state individuate le offerte che superano le soglie previste dalla legge ovvero che la stazione appaltante, sulla base di specifici elementi, abbia comunque deciso di procedere alla verifica di una determinata offerta^{28[28]}.

Gli artt. 87 e 88 d.lgs. 163/2006 prevedono che la stazione appaltante richieda, per iscritto, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.

Le giustificazioni, quando è stato utilizzato il criterio del prezzo più basso, devono essere relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, mentre, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, devono essere relative anche agli altri elementi di valutazione dell'offerta.

L'art. 87, co. 2, del "codice" individua a titolo esemplificativo, senza quindi che tale elencazione costituisca un vincolo per la stazione appaltante o per l'operatore economico, quali sono i profili dell'offerta che possono costituire oggetto delle giustificazioni.

Peraltro, non sono ammesse giustificazioni in ordine a voci di costo per le quali sussiste una specifica ed inderogabile disciplina di legge, quali i trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o fonti autorizzate dalla legge e gli oneri di sicurezza *ex art.* 131 del codice dei contratti pubblici o il piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12 d.lgs. 494/1996.

Se le giustificazioni fornite non sono ritenute sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute

^{28[28]} Nella normativa previgente, l'art. 86, co. 5, d.lgs. 163/2006, abrogato dall'art. 4 *quater* d.l. 78/2009, prevedeva che le offerte fossero corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

pertinenti, assegnandogli un termine per la presentazione, per iscritto, delle precisazioni non inferiore a cinque giorni.

Prima di escludere l'offerta, è necessario poi procedere ad un ulteriore contraddittorio in forma orale, in quanto l'offerente è convocato con un anticipo non inferiore a tre giorni ed è invitato ad indicare ogni elemento che ritenga utile.

L'esame delle giustificazioni prodotte involge un'attività amministrativa connotata da discrezionalità tecnica, vale a dire, come in precedenza evidenziato, che richiede la valutazione di un fatto complesso con l'utilizzazione di parametri tecnici opinabili.

Per tale ragione, l'art. 88, co. 1 *bis*, d.lgs. 163/2006 attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte.

Di talchè, l'art. 121, co. 4, del regolamento di esecuzione ha stabilito che il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina della specifica commissione di cui al citato art. 88 co. 1 *bis*, la quale, ai sensi del successivo quinto comma, è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

Le nuove norme regolamentari, pertanto, apportano significative modificazioni alla previgente e stringata disciplina regolamentare contenuta, per i lavori pubblici, nell'art. 89, co. 2, d.P.R. 554/1999.

In particolare, mentre nel precedente regolamento, l'esame delle giustificazioni presentate e la conseguente valutazione della congruità dell'offerta poteva essere effettuata dal responsabile del procedimento avvalendosi soltanto degli organismi tecnici della stessa stazione appaltante, le previsioni regolamentari di cui al d.P.R. 207/2010, in attuazione dell'art. 88, co. 1 *bis*, del "codice", attribuiscono al responsabile del procedimento la facoltà

di avvalersi, oltre che degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante, della commissione di gara, qualora costituita, ovvero di una commissione *ad hoc*.

Pertanto, il regolamento di esecuzione, all'apparenza, offre al responsabile del procedimento altre due opzioni per la verifica della congruità dell'offerta oltre la sola opzione già prevista dal regolamento previgente.

In realtà, appare preferibile ritenere che, ove già costituita, vale a dire nell'ipotesi di selezione della migliore offerta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il responsabile del procedimento sia tenuto ad avvalersi della stessa commissione che, se costituita da componenti con professionalità adeguata per la valutazione delle offerte, è naturalmente in possesso delle competenze tecniche per procedere anche alla valutazione delle giustificazioni e, quindi, della congruità dell'offerta.

Infatti, la nomina di un'altra commissione potrebbe rivelarsi contraddittoria con la scelta dei componenti della commissione giudicatrice delle offerte di gara, avvenuta evidentemente in ragione della loro professionalità, e sarebbe inoltre antieconomica e contraria ai principi di buon andamento della pubblica amministrazione.

Viceversa, la costituzione di una commissione *ad hoc* per la verifica della congruità delle offerte può essere necessaria quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio del prezzo più basso in cui, pur non essendo vietato, è evidente che non vi è nessuna necessità di nominare una commissione essendo il criterio adottato un criterio meccanicistico ed espressione, secondo la differenza già descritta, di accertamento tecnico e non di discrezionalità tecnica.

Nell'ipotesi del criterio di scelta costituito dal prezzo più basso, insomma, un'attività amministrativa tecnico-discrezionale non deve essere posta in essere per la individuazione della migliore offerta o delle offerte anomale, ma per la verifica della congruità delle offerte sospette di anomalia e, quindi, solo a tale limitato fine sembra giustificabile la nomina di una commissione.

La commissione, così come per la valutazione delle offerte quando il criterio di scelta è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, è nominata utilizzando personale

esterno alla stazione appaltante solo in caso di situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche attestate dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

La stazione appaltante può sottoporre a verifica le offerte anomale progressivamente, partendo dalla offerta prima in graduatoria e passando via via alle successive fino all'individuazione della migliore offerta non anomala, ovvero, in alternativa, e sempre che tale facoltà sia stata prevista nella *lex specialis* della gara, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte non oltre la quinta.

All'esito del procedimento di verifica dell'anomalia, dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che risulta nel suo complesso inaffidabile e procede all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

In definitiva, la stazione appaltante non ha alcuna discrezionalità nell'individuazione dell'offerta anomala allorquando sia superata la soglia di anomalia appositamente prevista dall'art. 86, co. 1, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, e dall'art. 86, co. 2, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre ha discrezionalità ove decida di sottoporre a verifica di congruità anche un'offerta che non sia superiore alle indicate soglie ma che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa e soprattutto ha discrezionalità, *sub specie* di discrezionalità tecnica, nel valutare la complessiva congruità dell'offerta anomala.

La giurisprudenza ha evidenziato che il giudizio che conclude il *sub* procedimento di verifica delle offerte anomale, di natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, costituisce espressione di un potere dell'amministrazione di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o viziate da travisamento del fatto^{29[29]}.

La motivazione del giudizio che conclude il *sub* procedimento di verifica della congruità dell'offerta, peraltro, deve essere rigorosa ed analitica ove la verifica si concluda

^{29[29]} Ex multis: Cons. St., V, 23 novembre 2010, n. 8148.

in senso negativo, mentre, in caso di esito positivo della valutazione, secondo un prevalente orientamento giurisprudenziale, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente anche una motivazione espressa *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate^{30[30]}.

Nondimeno, altro minoritario indirizzo ha evidenziato che l'obbligo di motivazione si impone non solo nel caso di giudizio finale negativo, ma anche nel caso di esito positivo della verifica e ciò sia in ossequio sia all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi sia a tutela della *par condicio* dei concorrenti.^{31[31]}

In sostanza, la verifica di congruità dell'offerta, ove abbia avuto esito positivo, rappresenta una condizione per procedere all'aggiudicazione in favore dell'impresa che ha presentato l'offerta, ovvero, ove abbia avuto esito negativo, costituisce una condizione per procedere all'esclusione dell'impresa.

Ne consegue che, così come l'operatore economico che ha presentato l'offerta anomala può impugnare in sede giurisdizionale, oltre che un'eventuale esclusione automatica, l'eventuale esito negativo della verifica, il concorrente interessato, collocato in posizione *potiore*, può impugnare l'aggiudicazione in favore del primo sia ove, in presenza di un'offerta anomala, non sia stato effettuato il procedimento di verifica sia in caso di esito positivo dello stesso.

Va da sé che, mentre nel caso di esclusione automatica dell'offerta anomala quando non ne ricorrono i presupposti o di aggiudicazione senza verifica della congruità dell'offerta, rispettivamente, l'offerente o il terzo concorrente potrebbero dedurre il vizio di violazione di legge, nel caso di esito negativo o positivo del procedimento di verifica, i soggetti interessati potrebbero dedurre la sussistenza di figure sintomatiche dell'eccesso di potere, come la manifesta illogicità o irragionevolezza e l'erroneità sui presupposti di fatto.

^{30[30]} Ex multis: Cons. St., V, 22 febbraio 2010, n. 1029.

^{31[31]} Cfr. Cons. St., IV, 22 marzo 2005, n. 1231.

Peraltro, la giurisprudenza è ormai andata consolidandosi nel ritenere che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, per cui il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'autorità applica al caso concreto la regola individuata^{32[32]}.

10. Sintesi delle novità regolamentari.

10.1 Una novità molto significativa è prevista per l'attribuzione dei punteggi quando il criterio di aggiudicazione è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti - premesso che l'offerta economicamente più vantaggiosa discende dalla valutazione comparativa di più fattori, qualitativi e quantitativi, previamente e discrezionalmente individuati dalla stazione appaltante e resi noti nel bando di gara - l'art. 120 d.P.R. 20//2010 ha limitato in modo drastico la discrezionalità della stazione appaltante nel determinare l'incidenza dell'elemento prezzo quando la gara è svolta per l'affidamento di un c.d. appalto integrato, in quanto, in tali ipotesi, i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche e funzionali e alle caratteristiche ambientali non devono essere complessivamente inferiori a sessantacinque, per cui l'incidenza ponderale da attribuire all'elemento prezzo non può superare il 35%.

Di talché, mentre la scelta di attribuire determinati pesi ponderali ai vari elementi presi in considerazione, costituendo esercizio di attività amministrativa discrezionale, è soggetta al sindacato giurisdizionale di legittimità solo in presenza di figure sintomatiche

^{32[32]} Ex multis: Cons. St., VI, 18 agosto 2010, n. 5885; T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 aprile 2010, n. 6185, secondo cui, ove sia accertata la legittimità dell'operato dell'autorità, sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi al punto da sostituire la valutazione effettuata dall'amministrazione con una diversa autonoma scelta, perché in tal caso vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'autorità, la quale soltanto è titolare di tale specifico potere.

dell'eccesso di potere come la manifesta illogicità, la novità regolamentare introduce la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice possa incorrere nel vizio di violazione di legge ove, nelle fattispecie *de quibus*, attribuisca all'elemento prezzo un peso ponderale superiore al 35%.

10.2 L'art. 120, co. 2, e l'art. 283, co. 3, del regolamento fanno presente che, in seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste concernenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'art. 121 in tema di offerte anomale.

Tali disposizioni, che riecheggiano, nelle loro linee essenziali, quanto già previsto per gli appalti di lavori dall'art. 91, co. 3, d.P.R. 554/1999, nel reiterare la precedente previsione regolamentare anziché recepire un diverso indirizzo giurisprudenziale meno formalistico, sembrano di conseguenza evidenziare che l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e la lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse deve necessariamente avvenire in seduta pubblica, con conseguente illegittimità delle operazioni eventualmente effettuate in seduta riservata.

10.3 Il regolamento di cui al d.P.R. 207/2010, in ordine alla composizione della commissione giudicatrice con presenza di componenti esterni alla stazione appaltante, specifica che la carenza di organico di cui all'art. 84, co. 8, del codice dei contratti pubblici è attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente ed indica altresì che l'atto di nomina dei membri della commissione ne determina il compenso e fissa il termine, prorogabile una sola volta per giustificati motivi, per l'espletamento dell'incarico.

Di talché, il regolamento formalizza le modalità affinché la commissione possa essere legittimamente costituita da componenti non selezionati tra i funzionari della stazione appaltante, precisando come debba essere attestata la "carenza in organico di adeguate professionalità".

In particolare, la norma regolamentare attribuisce al responsabile del procedimento un potere, volto all'accertamento della sussistenza o meno di professionalità adeguate all'interno della stazione appaltante, costituente discrezionalità tecnica, da esercitare sulla base di atti istruttori forniti dalla struttura competente all'affidamento dell'appalto.

L'art. 282 d.lgs. 207/2010, in materia di servizi e forniture introduce norme per qualche profilo differenti da quelle dettate per i lavori dall'art. 120, atteso che l'accertamento della carenza nell'organico della stazione appaltante di adeguate professionalità può essere attestata, oltre che dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, dall'organo competente secondo l'ordinamento dell'amministrazione aggiudicatrice.

Pertanto, sembra ipotizzabile che ciascuna amministrazione aggiudicatrice, nel disciplinare la propria organizzazione, possa prevedere un'apposita competenza, in capo ad una determinata struttura, volta al predetto accertamento e, in tal caso, l'attestazione della carenza di adeguate professionalità sarà compito del responsabile della struttura competente, mentre, ove tale competenza non sia prevista in linea generale, l'attestazione rientrerà nelle competenze del responsabile del procedimento, così come avviene sempre per i contratti di lavori pubblici.

Inoltre, così come per i lavori, l'art. 282 individua gli altri casi in cui è possibile ricorrere alla selezione dei membri della commissione tra soggetti esterni alla stazione appaltante.

10.4 L'art. 121 del regolamento - nel precisare che, ai fini della individuazione della soglia di anomalia quando il criterio di aggiudicazione è costituito dal prezzo più basso, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico – aggiunge che, qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86. co. 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da

accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

La norma regolamentare, pertanto, pone una prima specificazione che, per quanto opportuna, può ritenersi già pacificamente evincibile dalla norma di legge, mentre la seconda parte, relativa al c.d. taglio delle ali, pone problemi esegetici molto più rilevanti.

Il problema che si è posto sulla base della normativa primaria e che dovrebbe ritenersi superato in ragione della previsione dettata dal regolamento di esecuzione è costituito dalla presenza di più offerte recanti un medesimo ribasso a cavallo della soglia del 10% delle offerte da non considerare ai fini della determinazione del ribasso medio.

Il testo regolamentare, nel prevedere che, qualora nell'effettuazione del calcolo del 10% siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia, sembra far presente che le plurime offerte contenenti il maggior ribasso o il minor ribasso devono essere tutte escluse per la determinazione della soglia di anomalia.

In definitiva, il regolamento recepisce l'indirizzo della giurisprudenza secondo cui, ai fini del calcolo della media aritmetica, nel caso in cui vi siano più offerte portanti il medesimo ribasso devono essere conteggiati tutti i ribassi, con conseguente possibile esclusione di un numero di offerte superiore alla percentuale del 10% delle offerte di maggiore o di minore ribasso.

10.5 Una criticità, invece, può essere ravvisata nell'individuazione dell'offerta anomala quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che - mentre il regolamento di esecuzione, soprattutto prendendo atto della realtà dei cc.dd. appalti integrati o comunque degli appalti in cui, in ragione del loro oggetto, la componente qualitativa è prevalente, ha ragionevolmente fissato un tetto massimo all'incidenza dell'elemento prezzo - la disciplina legislativa non ha contestualmente previsto, e per tale motivo la normativa regolamentare non ha potuto prevederlo, una articolazione dell'individuazione della soglia di anomalia dell'offerta che possa tenere conto dell'accentuata incidenza in tali ipotesi delle componenti qualitative dell'offerta, mediante

la previsione di una possibile anomalia in presenza di punteggi tutti molto elevati per gli elementi di valutazione tecnico-discrezionali pur a fronte di un punteggio inferiore ai 4/5 per l'elemento prezzo.

10.6 L'art. 121, co. 3, del regolamento stabilisce che il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

Il quarto comma prevede poi che il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario può richiedere la nomina di una specifica commissione per esaminare le giustificazioni prodotte, la quale, ai sensi del successivo quinto comma, è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

Le norme regolamentari apportano significative modificazioni alla previgente e stringata disciplina regolamentare contenuta, per i lavori pubblici, nell'art. 89, co. 2, d.P.R. 554/1999.

In particolare, mentre nel precedente regolamento, l'esame delle giustificazioni presentate e la conseguente valutazione della congruità dell'offerta poteva essere effettuata dal responsabile del procedimento avvalendosi soltanto degli organismi tecnici della stessa stazione appaltante, le nuove previsioni regolamentari, in attuazione dell'art. 88, co. 1 *bis*, del "codice", attribuiscono al responsabile del procedimento la facoltà di avvalersi, oltre che degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante, della commissione di gara, qualora costituita, ovvero di una commissione *ad hoc*.

Appare preferibile ritenere, peraltro, che, ove già costituita, vale a dire nell'ipotesi di selezione della migliore offerta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

il responsabile del procedimento sia tenuto ad avvalersi della stessa commissione che, se costituita da componenti con professionalità adeguata per la valutazione delle offerte, è naturalmente in possesso delle competenze tecniche per procedere anche alla valutazione delle giustificazioni e, quindi, della congruità dell'offerta, mentre la costituzione di una commissione *ad hoc* per la verifica della congruità delle offerte può essere necessaria quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio del prezzo più basso in cui, pur non essendo vietato, è evidente che non vi è nessuna necessità di nominare una commissione essendo il criterio di scelta adottato un criterio meccanicistico ed espressione di accertamento tecnico e non di discrezionalità tecnica.
