

APPALTI: Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza 17 maggio 2024, n. 4435.

1. Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Offerta tecnica – Valutazione – Commissione di gara – R.U.P. – Competenze: controllo meramente formale della regolarità della procedura -Sostituzione della valutazione tecnica della Commissione - Esclusione/Limiti.

1. Il RUP può esercitare un controllo di regolarità della procedura ma non sostituire le proprie valutazioni rispetto a quelle della commissione di gara: in tal caso potrebbe soltanto chiedere chiarimenti e approfondimenti alla stessa commissione. E' fatto salvo il potere di intervento sostitutivo del RUP soltanto allorché la commissione abbia espresso una valutazione manifestamente illogica o palesemente erronea.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Costruzioni Alfredo La Posta S.r.l., Ministero dell'Istruzione e del Merito, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Gai e Scalia nonché l'Avvocato dello Stato Adamo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto integrato, finanziato con fondi PNRR, per la progettazione definitiva/esecutiva e realizzazione di una scuola superiore nel comune di Ferentino (provincia di Frosinone). Importo a base d'asta: oltre 2 milioni 973 mila euro. Metodo di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.

La prima classificata Alfredo La Posta veniva poi esclusa dal RUP in quanto la commissione di gara avrebbe commesso rilevanti errori in sede di valutazione della sua offerta tecnica, offerta questa che avrebbe presentato alcune incongruenze riguardanti la tipologia di struttura, lo spessore dei pannelli e la consistenza degli impianti elettrici e fotovoltaici. L'esclusione veniva autonomamente e direttamente disposta dal RUP nonostante il contrario avviso di due dei commissari di gara.

2. Il TAR Lazio, sez. Latina, accoglieva il ricorso di La Posta in quanto il RUP non può sostituire le proprie valutazioni, *sic et simpliciter*, con quelle al riguardo espresse dalla commissione di gara. Ciò sulla base di uno specifico precedente di questa sezione (n. 2512 del 9 marzo 2023) in cui si ammette quale unica eccezione a tale regola il fatto che la commissione abbia compiuto macroscopici errori di fatto oppure valutazioni manifestamente irragionevoli: dunque dovrebbe trattarsi di offerta sicuramente inattendibile. Fuori da queste ipotesi, il RUP potrebbe soltanto formulare rilievi e stimolare un riesame da parte della stessa commissione di gara. Nel caso di specie il RUP ha invece

“proceduto a una vera e propria rivalutazione soggettiva dell’offerta, sovvertendo in tal modo le risultanze dei lavori della commissione”. Di qui l’accoglimento del ricorso e, di conseguenza, l’obbligo della stazione appaltante di “rideterminarsi nel rispetto del sopra delineato ordine delle competenze”.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello, da parte della sola Provincia di Frosinone, per i motivi di seguito sintetizzati:

3.1. Erronea applicazione degli artt. 31, 33 e 77 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Il RUP può esercitare il sindacato estrinseco sulle valutazioni della commissione di gara e nel caso di specie si sarebbe limitato a questo, senza entrare nel merito delle valutazioni stesse. Lo stesso RUP si sarebbe limitato a rilevare che si trattava di offerta indeterminata e inaffidabile. Il giudice di primo grado non avrebbe rilevato che il RUP aveva evidenziato “macroscopici errori di fatto, illogicità o irragionevolezza manifesta nelle valutazioni della Commissione” (pag. 11 atto di appello introduttivo). Vi sarebbe stata in particolare una palese violazione del disciplinare di gara nella parte in cui si pone il divieto di porre in essere offerte equivoche o ambigue (punto 4.1.1.);

3.2. Erronea applicazione dell’art. 95, comma 12, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Più in particolare, nella prospettiva di parte appellante: “la valutazione di inidoneità o non convenienza dell’offerta è sempre possibile per la stazione appaltante anche in caso di positiva valutazione dell’offerta da parte della Commissione di gara, perché le due valutazioni si fondano su presupposti completamente diversi” (pag. 33 atto di appello).

4. Si costituiva in giudizio La Posta per chiedere il rigetto del gravame nonché per formulare appello incidentale sulla base dei motivi di seguito indicati:

4.1. Erroneità nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto che la stazione appaltante dovesse rideterminarsi, sulla fattispecie, in base alle statuizioni concernenti il regime delle rispettive competenze tra RUP e commissione di gara. Si ritiene altresì che sia maturato il termine di 30 giorni ai fini della approvazione *per silentium* della aggiudicazione (art. 33, comma 1, decreto legislativo n. 50 del 2016);

4.2. Erroneità nella parte in cui è stata rigettata la richiesta risarcitoria della ricorrente pur a seguito dell’annullamento del provvedimento di esclusione;

4.3. Erroneità nella parte in cui vengono compensate le spese di lite del giudizio di primo grado;

4.4. Illegittima mancata esclusione della seconda classificata Di Bello a causa del disallineamento tra computo metrico estimativo e offerta economica prodotta in sede di gara;

4.5. Veniva poi formulata articolata domanda di risarcimento danni per equivalente.

5. Alla pubblica udienza del 26 marzo 2024 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso, quanto al primo motivo di appello principale si evidenzia che:

6.1. Secondo la citata giurisprudenza di questa sezione (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2023, n. 2512):

6.1.1. Il RUP può “esercitare un legittimo potere di verifica sulla regolarità della procedura”;

6.1.2. Lo stesso RUP non può sostituire “alle valutazioni discrezionali della Commissione (cioè dell'organo tecnico munito della necessaria preparazione ed esperienza professionale nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, inteso in modo coerente con la molteplicità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare) un opposto, soggettivo e autonomo giudizio sui medesimi profili di "accettabilità" dell'offerta tecnica già vagliati dalla stessa Commissione e da questa ritenuti inidonei a condurre all'esclusione dell'operatore economico”;

6.1.3. In siffatta direzione spetta “alla commissione di gara, nell'attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali ... un ampio margine di discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, V, 1.2.2022, n. 696, Id. 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 601; Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655; 7 marzo 2014 n. 1072)”;

6.1.4. Significativa in tal senso la disposizione di cui all'art. 77, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a norma del quale: nei “casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”;

6.1.5. In una complementare prospettiva, l'art. 33 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (il quale prevede la possibilità di formulare “richiesta di chiarimenti o documenti” tra l'aggiudicazione provvisoria e la sua approvazione) “regola in realtà il rapporto tra l'attività della commissione (o del seggio) di gara (che formula la proposta) e l'amministrazione appaltante (che deve verificare e controllare la regolarità e la legittimità del procedimento, formulando eventualmente osservazioni o chiedendo chiarimenti)” [Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655];

6.1.6. A conferma di quanto appena evidenziato, si veda altresì quanto previsto nell'Allegato I.2 del decreto legislativo n. 36 del 2023 (Attività del RUP) il cui art. 7 prevede, sì, che il **RUP “dispone le esclusioni dalle gare” [lettera d)], ma stabilisce allo stesso tempo che lo stesso RUP: “in caso di procedura che prevede l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice”** [lettera e)]. Dunque si conferma, anche nel nuovo codice dei contratti,

che in caso di appalto aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa "l'esercizio di poteri valutativi", quali quelli del caso di specie, spettino alla commissione di gara e non al RUP.

6.1.7. Allo stesso modo, il potere del RUP di dare impulso e formulare chiarimenti alla commissione di gara, in caso di dubbi, se nel vecchio codice dei contratti era espressamente contemplato all'art. 33 (laddove erano previsti "controlli" della stazione appaltante tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva) nel nuovo codice (dove la fase dei controlli è successiva alla aggiudicazione definitiva) se ne trova ora traccia – almeno per implicito – sia nell'art. 17, comma 5 (nella parte in cui si evidenzia che l'organo competente, **ossia il RUP se ne ha i poteri, dispone l'aggiudicazione definitiva "se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico": il che sta a significare che il RUP, in caso di dubbi, può sempre chiedere un intervento supplementare della commissione di gara); sia nell'art. 18, comma 2 (allorché si afferma che tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto l'amministrazione può comunque sempre esercitare "poteri di autotutela": il che sta a significare che, anche in questo caso, se i dubbi del RUP sorgono dopo l'aggiudicazione definitiva questi possono essere sciolti mediante richiesta di chiarimenti alla commissione di gara nello spazio di 60 giorni che intercorre tra aggiudicazione e stipulazione);**

6.1.8. Pertanto, in estrema sintesi: a) il RUP può esercitare un controllo di regolarità della procedura; b) dunque non potrebbe giammai sostituire le proprie valutazioni rispetto a quelle della commissione di gara; c) se del caso potrebbe soltanto chiedere chiarimenti e approfondimenti alla stessa commissione; d) è fatto salvo il potere di intervento sostitutivo del RUP soltanto allorché la commissione abbia espresso una valutazione manifestamente illogica o palesemente erronea.

6.2. Ebbene le argomentazioni del giudice di primo grado – qui appellate dalla Provincia di Frosinone – si rivelano pienamente condivisibili dal momento che la relazione del RUP:

6.2.1. In parte critica il progetto della prima classificata (che ha ipotizzato una struttura in legno e non in cemento) senza mai evidenziare, tuttavia, profili di sicura inattendibilità dell'offerta stessa. In gran parte si tratta di giudizi meramente sovrapponibili a quelli della commissione di gara, come tali inammissibili per le ragioni sopra esposte. Più in particolare, il fatto che non sia possibile per il RUP stabilire se l'offerta sia idonea e attendibile non significa che la stessa, come ritenuto dalla difesa di parte appellante, possa in automatico risultare altresì equivoca ed ambigua (pag. 12 atto di appello). Ciò risulta particolarmente evidente nella parte in cui il RUP:

a) quanto alla scelta di realizzare una struttura in legno e non in cemento (come da studio di fattibilità della stazione appaltante) e in particolare circa le prestazioni dell'involucro edilizio: "risulta impossibile stabilire ... che la propria offerta sia superiori rispetto alle prestazioni dell'opera così come progettata". Affermazione questa che non si traduce in un giudizio di sicura inaffidabilità

dell'offerta ma semplicemente in una constatazione del RUP circa l'impossibilità di comprendere se la struttura in legno sia effettivamente migliore di quella in cemento. Dunque in una sostanziale "riserva di giudizio" che va a sua volta rimesso ad ulteriori approfondimenti istruttori (da parte degli organi competenti ossia la commissione di gara);

b) ed ancora, sempre con riferimento alla scelta di realizzare una struttura in legno "risulta impossibile stabilire l'idoneità e l'inattendibilità dell'offerta stessa". Anche in questo caso la valutazione del RUP si sostanzia in una "riserva di giudizio" che implica ulteriori approfondimenti (da riservare alla commissione di gara, per le ragioni sopra evidenziate) e non sicuramente una delibazione di netta inidoneità dell'offerta;

c) quanto allo spessore dei pannelli da utilizzare: "Il concorrente ... non fornisce elementi utili a chiarire i dubbi formulati". *Dubbi* che dunque restano, a carico del RUP, e che giammai potrebbero automaticamente tradursi in una valutazione di chiara inaffidabilità dell'offerta;

d) quanto agli impianti elettrici, la proposta della prima classificata La Posta "non rappresenta una miglioria", secondo il RUP, senza tuttavia che quest'ultimo provveda ad indicarne le effettive ragioni. Anche in questo caso si tratta di giudizio di fatto sovrapponibile a quello già positivamente espresso dalla commissione di gara;

e) parimenti generica si rivela l'osservazione concernente l'altezza di scavo la quale, a giudizio del RUP: "non tiene conto, evidentemente, degli aspetti di natura geologica dell'area interessata dai lavori". Il tutto senza indicare quale documento di piano sarebbe stato in particolare trascurato nella elaborazione del progetto della originaria ricorrente La Posta;

6.2.2. In parte richiede un livello di dettaglio piuttosto circoscritto (es. dimensioni specifiche e capacità di isolamento dei pannelli di legno delle pareti) e più propriamente riconducibile, come tale, ad una progettazione definitiva/esecutiva che costituisce, tuttavia, oggetto specifico dell'appalto (e che dunque verrà definita soltanto in caso di aggiudicazione). La stessa difesa di parte appellante riconosce che: "In effetti, né il disciplinare né il RUP hanno richiesto alla concorrente di presentare i suddetti calcoli" (pag. 16 atto di appello introduttivo). In questa direzione, la disciplina di gara richiede infatti la sola "descrizione delle soluzioni progettuali proposte", anche mediante schede riepilogative di sintesi (cfr. par. 4.1. del disciplinare), e non lo svolgimento di sì particolari calcoli analitici e prestazionali (si veda in ogni caso il computo metrico non estimativo prodotto da La Posta, che alla voce n. 30 prevede proprio dimensioni, peso, capacità di isolamento acustico e di resistenza al fuoco del pannello in legno).

6.3. In altre parole il RUP, pur potendo coltivare diversi dubbi, avrebbe dovuto riservare un simile giudizio alla commissione di gara, sulla base del precedente di questa sezione, non avendo evidenziato profili di manifesta illogicità o di palese erroneità dell'offerta.

6.4. Di qui l'onere di formulare osservazioni e chiedere chiarimenti alla stessa commissione di gara ma non di escludere direttamente l'impresa. Sarà poi la commissione di gara a stabilire se certe descrizioni siano sufficienti o meno a valutare compiutamente il progetto e, di conseguenza, se taluni calcoli debbano già essere riservati alla redazione dell'offerta tecnica oppure, come sostenuto dalla difesa di parte appellata, alla progettazione esecutiva che è l'oggetto specifico dell'appalto.

6.5. Viene infine richiamato dalla difesa della Provincia di Frosinone una sentenza più recente di questa sezione (n. 10629 del 7 dicembre 2023) che confermerebbe la tesi secondo cui il RUP può autonomamente provvedere alla esclusione dei concorrenti. A ben vedere, in tale sentenza: a) il RUP, in via del tutto pacifica, aveva previamente interessato la commissione per una possibile rivalutazione (trattavasi dunque di legittimo anzi doveroso esercizio del ridetto potere di impulso); b) alla luce delle considerazioni svolte poi dal RUP, emergevano in ogni caso elementi di chiaro contrasto con il bando nella parte in cui si prevedeva il divieto di proporre modifiche progettuali di carattere sostanziale che comportassero, come tali, nuove autorizzazioni amministrative. Nel caso di specie, invece: 1. Per certi versi il parere del RUP è dubitativo e comunque non espresso in termini di sicura inattendibilità; 2. Si tratta di aspetti che attengono come detto alle valutazioni in senso stretto della commissione di gara (decidere, ossia, se certi elementi siano da evidenziare già nell'offerta tecnica oppure da rinviare alla successiva progettazione esecutiva).

6.6. Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, il primo motivo di appello principale deve dunque essere rigettato.

7. Quanto invece al secondo motivo di appello si osserva che, secondo la citata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: *“Non rileva ... neppure l'astratta facoltà per la stazione appaltante di “decidere di non procedere all'aggiudicazione” ... Quest'ultima opzione è infatti normativamente vincolata alla condizione che “nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto” (art. 95 comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016); ma detta valutazione di inidoneità o di scarsa convenienza (rispetto all'oggetto della gara) deve essere rapportata all'insieme complessivo delle offerte pervenute e va effettuata normalmente prima dell'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, n. 4904 del 2021)”*.

Tali conclusioni sono intuitivamente ricavabili proprio dalla chiara formulazione di cui al citato art. 95, comma 12, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a norma del quale: *“Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere. all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”*.

Deve pertanto trattarsi di una valutazione di insieme di tutte le offerte pervenute (che eventualmente risultino complessivamente non inidonee o convenienti) e non soltanto di una di esse, come nel caso

di specie ove si controverte non tanto su una questione di convenienza per la stazione appaltante ma, piuttosto, su una questione di esclusione per asserita inaffidabilità della prima classificata.

Alla luce di quanto sopra riportato, correttamente il giudice di primo grado ha evidenziato la non applicabilità al caso di specie della invocata disposizione codicistica.

Per tali ragioni anche il secondo motivo di appello deve dunque essere rigettato.

8. In conclusione l'appello principale deve essere respinto.

9. Quanto all'appello incidentale proposto dalla società Alfredo La Posta:

9.1. Il primo motivo si rivela infondato dal momento che si contesta anche il potere del RUP di rimettere gli atti alla commissione per un nuovo esame, alla luce dei propri rilievi. Potere di impulso (e non di decisione sostitutiva) che proprio alla luce delle considerazioni sopra svolte deve invece essere riconosciuto in capo al RUP stesso. E tanto sulla base di quanto stabilito dall'art. 33 del decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione al potere della stazione appaltante (e per essa dal RUP) di formulare richiesta di chiarimenti alla commissione di gara tra la proposta di aggiudicazione e la sua approvazione. Né si potrebbe ritenere che sia maturato il termine di 30 giorni onde ipotizzare una approvazione *per silentium* della aggiudicazione (art. 33, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016), e ciò dal momento che il procedimento dei chiarimenti doveva ritenersi ancora non concluso dinanzi alla commissione di gara (la quale avrebbe dovuto collegialmente – e non per singoli commissari – esprimersi su tutti i dubbi sollevati dal RUP). Di qui il rigetto del primo motivo di appello incidentale;

9.2. Anche il secondo motivo di appello incidentale deve essere rigettato in quanto la corretta statuizione del giudice di primo grado in ordine al potere di riesame della stazione appaltante (ossia richiesta di chiarimenti, da parte del RUP, alla commissione di gara) elide la possibilità di riconoscere, in capo alla stessa originaria ricorrente, l'attribuzione dell'anelato bene della vita (*id est*: aggiudicazione definitiva della gara in discussione). Di qui il conseguente rigetto della pur articolata domanda di risarcimento per equivalente;

9.3. Quanto alla lamentata compensazione delle spese di lite, il giudice di primo grado ha ampi poteri discrezionali in ordine alla statuizione sulle spese e se del caso al riconoscimento, sul piano equitativo, dei giusti motivi per far luogo alla compensazione delle spese giudiziali ovvero per escluderla con il solo limite, in pratica, che non si può condannare alle spese la parte risultata vittoriosa in giudizio o disporre statuizioni abnormi (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2024, n. 2260). Di qui il rigetto altresì di tale specifico motivo di appello incidentale.

9.4. Il motivo sub 4.4. (disallineamento tra computo metrico estimativo ed offerta economica prodotta dalla Di Bello) è invece inammissibile in quanto per la prima volta proposto in questa sede di appello;

9.5. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, anche l'appello incidentale deve dunque essere rigettato.

8. In conclusione:

8.1. L'appello principale deve essere rigettato;

8.2. L'appello incidentale deve parimenti essere respinto;

8.3. Per l'effetto va confermata la sentenza di primo grado;

8.4. Con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante la complessità delle questioni partitamente esaminate in questa sede.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta. Rigetta altresì l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore