



L'ambito di operatività del sindacato giurisdizionale sul giudizio sull'anomalia dell'offerta*

di Antonino Longo

Professore associato e Docente di Diritto
urbanistico e Diritto dell'ambiente
Università degli Studi di Catania

ed Enrico Canzonieri

Cultore della Materia in Diritto urbanistico
Università degli Studi di Catania

Sommario: 1. Premessa. 2. La valutazione tecnico-discrezionale della Pubblica Amministrazione. 3. La verifica di anomalia dell'offerta e i limiti del sindacato giurisdizionale. 4. Il divieto di modifica dell'offerta. 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Con la sentenza n. 5855 del 13 dicembre 2017, la V Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato ha fornito alcuni interessanti spunti di riflessione in merito all'ambito di operatività del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-discrezionali compiute dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta; un tema di strettissima attualità, se si pone attenzione alla notevole mole di ricorsi e pronunce giurisprudenziali che si susseguono quotidianamente sul punto, ma sul quale si registrano, ancora oggi, orientamenti discordanti.

La vicenda oggetto della pronuncia in commento trae origine dalla pubblicazione, da parte del Comune di Genova (nella qualità di stazione unica appaltante) nell'anno 2015, di un bando di gara per l'affidamento – per un periodo di un biennio con opzione di prosecuzione per ulteriori dodici mesi – del servizio di pulizie aziendali, di manovra bus e attività accessorie per conto della società partecipata Azienda Mobilità e Trasporti Sp.A. (di seguito anche AMT).

A tale procedura di gara, suddivisa in lotti e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partecipavano – per quanto rileva in questa sede – la società Idealservice Soc. Coop. (classificatasi al secondo posto in graduatoria) e il R.T.I. Fidente, il quale si aggiudicava il lotto n. 1 presentando un'offerta economica con ribasso del 23,6708% (così per un importo biennale di € 5.837.657,98 e un punteggio di 60,00) e un'offerta tecnica alla quale veniva attribuito un punteggio di 39,096. In ragione del superamento della soglia di anomalia, la stazione appaltante provvedeva a sottoporre l'A.T.I. prima classificata al giudizio di verifica di congruità dell'offerta di cui all'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 97 d.lgs. n. 50/2016), nell'ambito del quale il R.T.I. Fidente

* Articolo sottoposto a referaggio. Benché frutto del lavoro congiunto dei due autori, il contributo risulta imputabile, quanto ai paragrafi 2, 3 e 5 ad Antonino Longo e, quanto ai paragrafi 1 e 4 ad Enrico Canzonieri.



giustificava la propria offerta economica relativa al costo del lavoro comunicando che il monte ore dei 126 lavoratori indicati in offerta (da assumere nel rispetto della clausola di salvaguardia dell'occupazione prevista negli atti di gara, c.d. clausola sociale) sarebbe stato in realtà inferiore a quello complessivo in precedenza indicato (183.475,82 ore annue), e specificando, altresì, come la differenza oraria sarebbe stata coperta con l'assunzione di ulteriori 22 lavoratori, con contratti caratterizzati da regimi contributivi agevolati.

All'esito del superiore giudizio di verifica dell'anomalia, con verbale di gara del 22 ottobre 2015 il Comune di Genova riteneva congrua l'offerta del primo classificato R.T.I. Fidente, provvedendo, dunque, all'aggiudicazione in suo favore del lotto n. 1 della procedura di gara in questione.

Avverso tale aggiudicazione la seconda classificata Ideal Service Soc. Coop. proponeva ricorso innanzi al T.A.R. Liguria, impugnando specificamente il verbale di gara del 22 ottobre 2015, il verbale di gara del 27 ottobre 2015 (di aggiudicazione provvisoria dell'appalto), nonché la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva n. 47 del 20 novembre 2015, e chiedendo inoltre la ri-aggiudicazione in proprio favore del contratto e il risarcimento del danno ingiustamente patito, in ragione dei seguenti profili di illegittimità: 1) eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità, in quanto la commissione di gara, pur rilevando la modifica dell'offerta operata dalla prima classificata in sede di giustificazioni (consistente nell'indicazione di ulteriori assunzioni con regimi agevolati al fine di coprire le assenze programmabili del personale assunto con clausola sociale), avrebbe indebitamente omissso di procedere all'esclusione della stessa; 2) eccesso di potere per manifesta illogicità, erroneità e irragionevolezza della valutazione di congruità, poiché la stazione appaltante avrebbe omissso di considerare che per mezzo della riduzione (di circa il 20%) dell'orario di lavoro dei dipendenti da assumere con la clausola sociale, l'A.T.I. prima classificata avrebbe commesso una violazione della medesima clausola sociale; 3) eccesso di potere per manifesta illogicità, erroneità e irragionevolezza della valutazione di congruità, in quanto la commissione di gara avrebbe omissso di considerare alcuni rilevanti profili di contraddittorietà e incongruità dell'offerta dell'A.T.I. Fidente e specificamente: a) eccessiva esiguità dell'utile; b) contraddittorietà delle giustificazioni rese laddove era stato considerato che l'assenteismo del personale sarebbe stato inferiore a quello previsto dalle tabelle ministeriali; c) incongruenza delle giustificazioni fornite, giacché un minore assenteismo avrebbe determinato un incremento del costo del lavoro; d) incongruità dei costi aziendali; e) mera temporaneità, fino al 31.12.2015, dei benefici derivanti dalla legge di stabilità; f) omisssa considerazione dei costi per la formazione degli apprendisti da assumere; g) erronea computazione delle maggiorazioni per il lavoro straordinario e notturno; h) incapienza della voce costi generali e altri oneri; i) omissso computo del contributo consortile dovuto.

Nel corso del giudizio di primo grado si costituivano sia la stazione appaltante sia la capogruppo del R.T.I. aggiudicatario, deducendo l'infondatezza nel merito delle doglianze della ricorrente ed eccependo l'inammissibilità del ricorso in ragione dell'omessa evocazione in giudizio dell'A.M.T. Sp.A., per conto della quale il Comune di Genova aveva gestito la procedura di gara.

A seguito dell'espletamento – con esito negativo per la Idealservice Soc. Coop. – della fase cautelare di primo grado e di appello, il ricorso proposto dalla seconda classificata veniva rigettato con sentenza n. 94 del 10 febbraio 2017, con la quale il T.A.R. Liguria, Sezione Seconda, riteneva infondate tutte le censure sollevate dalla ditta ricorrente e condannava la stessa al pagamento delle spese di giudizio.

Dopo aver escluso la fondatezza dell'eccezione preliminare di inammissibilità sollevata dal Comune di Genova e dalla controinteressata, e aver ribadito il principio giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche il sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata in sede di verifica dell'anomalia non possa sfociare nella sostituzione dell'opinione del Giudice a quella espressa dalla stazione appaltante, con specifico riferimento ai motivi di ricorso proposti dalla seconda classificata, i giudici amministrativi ritenevano che: a) non vi fosse stato alcuno stravolgimento, modifica o inammissibile integrazione dell'offerta in sede di verifica di congruità, giacché oggetto dell'offerta era lo svolgimento del servizio di pulizia per il numero di ore indicate nell'offerta stessa, elementi che non avevano subito alcun mutamento, ma soltanto una rimodulazione consentita; b) non fosse stata violata la c.d. clausola sociale, in quanto l'ipotesi di cessazione dell'appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali non avrebbe vietato, ai sensi del richiamato art. 4 del ccnl di categoria, la riduzione dell'orario di lavoro del personale il cui rapporto era stato salvaguardato; c) anche tutti gli ulteriori profili di censura meritassero rigetto, in quanto non condivisibili e comunque inidonei ad incidere in modo significativo sull'affidabilità dell'offerta del R.T.I. aggiudicatario nel suo complesso.

Avverso la sentenza del T.A.R. Liguria, la Idealservice Soc. Coop. interponeva gravame d'appello innanzi al Consiglio di Stato, lamentando l'erroneità e l'ingiustizia della pronuncia di primo grado e articolando quattro motivi di ricorso, con i quali ribadiva sostanzialmente le censure in precedenza proposte e lamentava ulteriormente l'omesso esame del motivo relativo all'ulteriore inammissibile modificazione, in sede di giustificazioni, dell'offerta dell'A.T.I. Fidente.

I giudici della V Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, con la sentenza in rassegna, hanno analizzato in maniera specifica e puntuale i superiori profili di censura, giungendo ad accogliere il primo motivo di impugnazione e a riformare, conseguentemente, la pronuncia resa dal T.A.R. Liguria, dichiarando l'inefficacia parziale del contratto di appalto stipulato e statuendo, in favore dell'appellante, il diritto al risarcimento dei danni patiti in termini di lucro cessante.

Il ragionamento logico-giuridico fatto proprio nella vicenda de qua dai Giudici di Palazzo Spada – che pur riconoscendo i caratteri peculiari del giudizio di verifica dell'anomalia svolto dalla stazione appaltante affermano, al contempo, il dovere del giudice amministrativo di riservarsi uno spazio di sindacato giurisdizionale non soltanto sull'attendibilità dell'offerta ma anche sul rispetto delle norme inderogabili di legge – merita, dunque, di essere esaminato *funditus* al fine di chiarire, anche nell'ottica del nuovo Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016, i capisaldi di un argomento di costante attualità, oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali e di particolare interesse dottrinale.

2. L'essenza del giudizio di anomalia: la discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione
La compiuta disamina dell'orientamento ermeneutico espresso dai giudici amministrativi nella vicenda in esame non può prescindere dalla formulazione di alcune considerazioni di carattere preliminare in tema di discrezionalità amministrativa, le quali permettono di comprendere la ratio dell'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato in tema di sindacato giurisdizionale sul giudizio sulla congruità¹ delle offerte svolto ai sensi del previgente art. 88 del d.lgs. n. 163/2006 e dall'attuale art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

A tale proposito, costituisce approdo dottrinale condiviso quello secondo cui la discrezionalità tecnica si manifesta nell'utilizzo di nozioni tecnico-specialistiche nel processo cognitivo e valutativo di fatti, stati e luoghi da parte dell'autorità amministrativa, quale presupposto dell'esercizio del potere amministrativo². In particolare, in dottrina è stato autorevolmente sostenuto che la discrezionalità tecnica sia ravvisabile allorché la norma di legge, nell'attribuire alla Pubblica Amministrazione un certo potere, non vada a disciplinare integralmente il suo esercizio, lasciando all'autorità "una scelta tra più soluzioni possibili: la scelta della soluzione più opportuna per il caso concreto"³.

In ragione di quanto sopra, la discrezionalità tecnica differisce sensibilmente dall'accertamento tecnico – nel quale l'esame si riduce all'accertamento di dati certi e non suscettibili di valutazione opinabile – caratterizzandosi per l'esercizio di un'attività valutativa il cui espletamento è reso necessario dalla complessità dell'oggetto dell'indagine⁴.

¹ Sul punto, cfr. F. CARDARELLI, *Commento art. 97*, in *Codice dei contratti pubblici – Commentario*, G.M. ESPOSITO (a cura di), *Wolters Kluwer*, Milano, p. 1317 ss., il quale evidenzia come alla luce dei principi di cui alle direttive europee 2014 nonché del dettato dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, la valutazione delle offerte anormalmente basse non attiene più soltanto alla loro congruità, bensì anche alla loro serietà, sostenibilità e realizzabilità.

² Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, p. 463 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1233 ss.

³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁴ Cfr. L. MASÌ, *Discrezionalità tecnica, accertamenti tecnici e sindacato del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n. 11, p. 1349 ss.

Alla luce delle specifiche caratteristiche che connotano la discrezionalità tecnica⁵, la giurisprudenza prevalentemente ha in passato escluso la sindacabilità intrinseca da parte dei giudici amministrativi, ritenendo legittimo soltanto un sindacato di tipo c.d. estrinseco, secondo i canoni della logicità e ragionevolezza intese in senso generale; ne inferiva, pertanto, come il sindacato sulla correttezza della valutazione tecnica fosse del tutto precluso alla giurisdizione di legittimità, in mancanza di manifesti indici sintomatici rilevabili dall'osservatore comune⁶.

Il superiore rigido orientamento ha trovato, nel corso degli anni, una mitigazione ad opera del mutato indirizzo giurisprudenziale che, ritenendo possibile l'espletamento di un sindacato di natura anche intrinseca sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione⁷, ha limitato lo stesso alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza in merito a criterio tecnico e procedimento applicativo⁸.

Proseguendo nel solco tracciato dall'indirizzo ermeneutico appena esposto, la più recente giurisprudenza amministrativa ha, infine, ampliato la sfera di intervento del giudice ritenendo come, nell'ambito del c.d. sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione, lo stesso potrà vagliare la legittimità delle modalità e dei percorsi attraverso i quali si è giunti all'appuramento di fatti, stati e luoghi, senza tuttavia poter sostituire la propria valutazione a quella dell'Amministrazione⁹.

⁵ Sull'argomento, cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e tecnica*, in *Giur. it.*, IV ed., 1910; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *For. amm.*, 1987, p. 3165 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998; P. VIRGA, *Appunti sulla discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss.; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, in *Enc. Giur. Trezzani*; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica Amministrazione*, E.S., Napoli, 2007; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, 1995, CEDAM, Padova; M. ASPRONE - M. MARASCA - A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, 2009, Giuffrè, Milano; F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2017, Dike, Roma; A. LONGO - E. CANZONIERI, *Pubblicità delle procedure tecniche e sindacato sulle valutazioni della commissione di gara*, in *Urbanistica e appalti*, WdtersKluwer, Milano, 2017, n. 3, p. 387 ss.

⁶ Sul punto cfr. A. GIACALONE, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative*, in *Urbanistica e Appalti*, WdtersKluwer, Milano, 2016, n. 6, p. 678, che rileva come il divieto di sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative c.d. tecniche sarebbe rinvenibile, a parere di una parte della dottrina, nel principio di democraticità e di sovranità popolare; in tal senso cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 151 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: complessi orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, n. 4, p. 1602 ss.

⁷ Sulla scorta di tale mutamento di prospettiva, la giurisprudenza è giunta a riconoscere l'ammissibilità, ai fini del controllo sul corretto utilizzo della discrezionalità tecnica, sia della verifica che della consulenza tecnica d'ufficio; cfr. ex pluribus T.A.R. Toscana, sez. I, sentenza 8 agosto 2015, n. 1028; Cons. St., sez. VI, sentenza 9 novembre 2006, n. 6607; Cons. St., sez. VI, ordinanza 14 febbraio 2006, n. 904.

⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 10 marzo 2004, n. 1213; Cons. St., sez. VI, sentenza 9 novembre 2006, n. 6607.

⁹ Si parla, in tal senso, di c.d. sindacato debole. Cfr. in argomento Cons. St., sez. VI, sentenza 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. St., sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 926.

La logica conclusione del percorso giurisprudenziale fin qui esposto è rappresentata, pertanto, dall'affermazione secondo cui il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni amministrative caratterizzate da discrezionalità tecnica non possa che assumere i connotati di un sindacato "debole", necessariamente limitato ai casi di motivazione fondata su palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero di manifesta e macroscopica erroneità, irragionevolezza o arbitrarietà¹⁰.

Sul punto, infatti, l'espressione di un avviso contrario a quanto fin qui esposto non potrebbe che condurre alla manifesta illegittimità dell'intervento del giudice amministrativo, evidentemente irrispettoso del principio di separazione tra amministrazione e giurisdizione.

3. La verifica di anomalia dell'offerta e i limiti del sindacato giurisdizionale

La disamina poc'anzi compiuta in merito ai limiti di sindacabilità della discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione assume rilievo pregnante con riferimento alle valutazioni compiute dalla stazione appaltante in occasione della verifica di anomalia¹¹ delle offerte di cui all'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 97 d.lgs. n. 50/2016¹²).

Difatti, costituisce approdo condiviso in dottrina e giurisprudenza quello secondo cui il giudizio reso a valle della valutazione di congruità dell'offerta anomala¹³ costituisca espressione della discrezionalità tecnica della stazione appaltante¹⁴. Quest'ultima, per il tramite della commissione di gara o del

¹⁰ Cfr. Cons. St., A.P., sentenza 29 novembre 2012, n. 36; Cons. St., sez. V, sentenza 13 settembre 2016, n. 3855; Cons. St., sez. V, sentenza 25 giugno 2014, n. 3223; Cons. St. sez. V, sentenza 22 gennaio 2015, n. 246.

¹¹ Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ha trovato, per la prima volta, una disciplina positiva ad opera della Direttiva n. 71/305/CEE sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, la quale ha enunciato il principio secondo cui ove talune offerte siano giudicate anormalmente basse, l'amministrazione aggiudicatrice può procedere alla loro esclusione, purché sia garantito il contraddittorio con l'offerente.

¹² In dottrina, F. CARDARELLI, *Commento art. 97, in Codice dei contratti pubblici – Commentario, op.d.t., p. 1301*, ha specificato come l'articolo in questione risponda a due criteri e principi direttivi di cui alla legge delega n. 11/2016, ovvero: 1) quello dell'art. 1, co. 1, lett. ff) ultimo periodo, che prevede l'indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il relativo calcolo; 2) quello della semplificazione e del riordino del quadro normativo vigente.

¹³ Fra le cause della presentazione di offerte eccessivamente basse si possono annoverare la concorrenzialità esasperata tra le imprese, l'elevato numero di partecipanti alle procedure di gara, nonché l'esigenza di incrementare il fatturato d'impresa al fine dell'aggiudicazione di ulteriori commesse. In argomento, cfr. R. DE NICTOLIS, *Le offerte anomale e i criteri di rilevanza della congruità dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. III *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, diretto da M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, 2008, p. 2201; R. VIRGILIO, *Disciplina delle offerte anomale e normativa comunitaria*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1988, p. 381; A. IANNOTTA, *L'anomalia dell'offerta tra principi comunitari ed diritto interno*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 646 ss.

¹⁴ Cfr. F. CANGELLI, *Le offerte anomale tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Cons. St.*, 2001, II, p. 722 ss.; Cons. St. sez. V, sentenza 22 gennaio 2015, n. 246; Cons. St. sez. V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 162. In questo senso si veda, altresì, il secondo comma dell'art. 87 del d.lgs. 163/2006, il quale prevedeva che le possibili giustificazioni che il concorrente-autore dell'offerta sospetta di anomalia potesse fornire alla stazione appaltante fossero indicate a titolo esclusivamente "esemplificativo".

responsabile unico del procedimento, rappresenta il soggetto normativamente preposto alla tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto; interesse pubblico che, nel giudizio di congruità, si dedina sotto il duplice profilo dell'interesse alla tutela della concorrenza¹⁵ e alla corretta esecuzione del contratto¹⁶.

Per un verso, infatti, l'offerta anomala rischia di ledere la concorrenza fra gli operatori economici, avvantaggiando quelli più spregiudicati in danno delle imprese più affidabili e determinando, pertanto, un'evidente violazione dei principi europei di parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza¹⁷, da ultimo ribaditi dall'art. 18, comma 1, della direttiva 2014/ 24/ UE¹⁸.

D'altronde, la tutela e lo stimolo della concorrenza rappresentano temi assolutamente centrali in tutta la disciplina dei contratti pubblici¹⁹, garantendo – tramite l'osservanza del principio di parità di trattamento²⁰ – quel libero confronto che costituisce l'essenza dei mercati²¹, come dimostrato anche dall'attenzione prestata dall'Europa e dall'Italia anche per mezzo dell'inserimento della concorrenza negli ambiti di disciplina espressamente richiamati dall'art. 117 della Costituzione.

¹⁵ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 401/ 2007, dopo aver rilevato come tutta la procedura di evidenza pubblica sia riconducibile alla materia costituzionale "tutela della concorrenza", ha inteso la concorrenza nel duplice senso di concorrenza per il mercato (in virtù della quale il concorrente dev'essere scelto mediante procedure che assicurino il rispetto dei valori costituzionali ed europei) e concorrenza nel mercato (che si realizza con la liberalizzazione dei mercati stessi, anche tramite l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi agli operatori economici. In argomento, cfr. R. DE NICTOLIS, *Le statuizioni di Corte cost. n. 401/ 2007 sull'ambito della potestà regolamentare statale in materia di appalti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici, Volume VIII Il regolamento di attuazione*, diretto da M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, 2011, p. 4386 ss.

¹⁶ Secondo l'opinione espressa in L. ZANETTINI, *Criteri di selezione delle offerte e verifica dell'offerta anormalmente bassa*, in *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, F. LACAVA (a cura di), GDA Quaderni, 15, 2007, p. 131 ss., l'offerta anomala si pone in contrasto con l'intero corpo di principi che sorreggono la procedura di evidenza pubblica.

¹⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza 31 maggio 2007, n. 5047; Cons. St., sez. IV, sentenza 17 aprile 2000, n. 2296; ma anche A.V.C.P., Parere di Precontenzioso n. 16 del 26 gennaio 2011, all'interno del quale si legge che "l'art. 86 del D.lgs n. 163/ 2006 sottopone il canone dell'anomalia ad un criterio di valutazione oggettivo, a tutela di un bene generale quale il rispetto della concorrenza ed è mercato"; in dottrina cfr. S. A. ROMANO, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 166 ss.; V. NERI, *Code del appalto pubblico*, S. BACCARINI - G. CHINE' - R. PROIETTI (a cura di), Milano, 2014, p. 1000 ss.

¹⁸ Art. 18 ("Principi per l'aggiudicazione degli appalti"):

<< 1. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata >>.

¹⁹ Cfr. in tal senso A. FRIGNANI - M. WOELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Torino, Giappichelli, 1996; G. MORBIDELLI - M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., M.P. CHITI - G. GRECO (diretto da), Milano, Giuffrè, p. 215.

²⁰ Cfr. sul punto Corte di Giustizia CE, 22 giugno 1993, causa C-243/ 89; Corte di Giustizia CE, 25 aprile 1996, causa C-87/ 94.

²¹ Cfr. F. GARRI - F. GARRI, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato sui contratti pubblici, Volume I Principi generali I contratti pubblici I soggetti*, M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (diretto da), Milano, Giuffrè, 2008, p. 670 ss.

Sotto un ulteriore profilo, l'offerta anomala suscita il sospetto di scarsa serietà²² in quanto, non assicurando un adeguato profitto all'operatore economico, potrebbe determinare una non corretta esecuzione della prestazione affidata, con inevitabili conseguenze negative sull'intera collettività²³. Sul punto, il considerando 103 della citata direttiva 2014/ 24/ UE esprime il principio secondo cui "Le offerte che appaiono anormalmente basse rispetto ai lavori, alle forniture o ai servizi potrebbero basarsi su valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico. Se l'offerente non è in grado di fornire una spiegazione sufficiente l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il diritto di respingere l'offerta"²⁴.

La verifica delle offerte anormalmente basse è caratterizzata, quindi, dalla necessità di un bilanciamento tra due contrapposte esigenze: da un lato, quella di consentire alla stazione appaltante la scelta del miglior contraente²⁵, favorendo la massima partecipazione degli operatori economici, e, dall'altro, quella di escludere le proposte contrattuali che, frustrando i principi che orientano lo svolgimento della gara e l'esecuzione contrattuale, comprometterebbero l'interesse pubblico²⁶.

²² In merito ai criteri di affidabilità e serietà, alcuni Autori (in particolare, D. CAPOTORTO, *Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta – Il controllo giurisdizionale sulle determinazioni dell'Amministrazione in Codice degli appalti pubblici*, A. CANCRINI - C. FRANCHINI - S. VINTI (a cura di), Milano, Wolters Kluwer, 2014, p. 510) hanno evidenziato come gli stessi si differenzino in quanto l'affidabilità presuppone una disamina del rapporto tra le prestazioni oggetto della commessa e l'offerta nella loro dimensione "oggettiva", mentre la serietà sembra prendere in considerazione il momento "soggettivo" della scelta imprenditoriale, spostando il fulcro dell'indagine sullo scrupolo con cui l'offerente ha predisposto la propria offerta.

²³ Cfr. Cons. St. sez. VI, sentenza 19 gennaio 2010, n. 188; in dottrina M. F. DEL GROSSO, *Anomalia dell'offerta, in Gara d'appalto Dinamiche procedurali e aspetti critici*, Altalex, 2013; A. MANZI, *Le novità in materia di offerte anomale in Urbanistica e appalti*, 2010, n. 3, p. 270 ss.; A. DE ROBERTO, *Offerte anomale negli appalti di opere pubbliche*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1989, p. 41.

²⁴ Sul punto, si segnala come – sebbene il legislatore europeo abbia sempre subordinato l'esclusione delle offerte anormalmente basse alla preventiva valutazione sull'affidabilità delle stesse compiuta da parte della stazione appaltante – la disciplina nazionale abbia, a più riprese (ad esempio, con legge n. 216/ 1995, e ancora oggi con l'art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/ 2016), disciplinato ipotesi di esclusione automatica, che la giurisprudenza europea ha, in più occasioni (cfr. Corte di Giustizia CE, 16 ottobre 1997, causa C-304/ 96), stigmatizzato. In termini ancor più stringenti, in passato parte della dottrina ha segnalato come sarebbe di dubbia compatibilità con il diritto comunitario anche la fissazione in via generale della soglia di anomalia; sul punto, cfr. A. CLARIZIA, *Commento all'art. 21, co. 1 bis l. Merloni*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, A. CARULLO - A. CLARIZIA (a cura di), Padova, CEDAM, 1997, p. 23.

²⁵ In dottrina e in giurisprudenza amministrativa, tale esigenza è stata più volte ricondotta al principio di buon andamento, anche nell'ottica del controllo della spesa pubblica, della tutela del principio di uguaglianza e di libertà di impresa; cfr. Cons. St., sez. III, sentenza 10 maggio 2013, n. 2553; M.B. CAVALLO - O. DI POPOLO, *Commento all'art. 86 del d.lgs. 163/ 2006, in Codice contratti pubblici*, Roma, 2012, p. 1078 ss.

²⁶ Cfr. B. CIFERNI, *Art. 97, Finalità della disciplina in materia di offerte anomale in Codice contratti pubblici commentato*, L.R. PERFETTI (a cura di), IPSOA, 2017, p. 885.



Da quanto appena esposto deriva come l'esame delle giustificazioni prodotte dagli operatori economici sia sempre e comunque di pertinenza della stazione appaltante, soggetto pubblico chiamato a valutare, in ultima istanza, l'attendibilità complessiva delle offerte presentate dai concorrenti²⁷.

Ne inferisce ulteriormente come l'amministrazione sia legittimata a procedere alla verifica circa la congruità dell'offerta con le modalità dalla stessa ritenute più opportune²⁸, anche avvalendosi di apporti e conoscenze in suo possesso nonché di tutti gli elementi necessari per raggiungere un convincimento sicuro²⁹.

Logica conseguenza del percorso argomentativo fin qui condotto è che il giudizio di verifica della congruità dell'offerta anormalmente bassa non possa che rivestire natura globale e sintetica³⁰, mirando non già ad indentificare specifiche e singole inesattezze dell'offerta³¹, bensì ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile³².

Il superiore approdo interpretativo è stato condiviso, a ben vedere, anche dal Consiglio di Stato nella fattispecie in esame, giacché nell'incipit della disamina in diritto della questione sottoposta è stato evidenziato come "il giudizio sull'anomalia postula un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso (cfr. ex multis Cons. Stato IV, 26 febbraio 2015, n. 963)"³³.

²⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, sentenza 22 gennaio 2015, n. 246; Cons. St., sez. V, sentenza 27 agosto 2012, n. 4600; in dottrina, cfr. G. F. NICODEMO, *Anomalia dell'offerta e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, n. 10, p. 1021 ss.

²⁸ Cfr. C. BOCCIA - A. CAPPARELLI, *I criteri di selezione delle offerte: la commissione giudicatrice e le offerte anomale* in F. NARDOCCI - L. D'OTTAVI, *I contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 579 ss.

²⁹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Le offerte anomale e i criteri di rilevanza della congruità dei prezzi*, *q.d.t.*, p. 2297 ss.; M. GENTILE, *Offerte anomale e potere istruttorio dell'amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, *WoltersKluwer*, Milano, 2006, p. 1442; Cons. St., sez. V, sentenza 5 luglio 2006, n. 4261.

³⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, sentenza 22 giugno 2016, n. 2751; Cons. St., sez. V, sentenza 22 marzo 2016, n. 1175; Cons. St. A.P., sentenza 29 novembre 2012, n. 36; Cons. St. sez. IV, sentenza 26 febbraio 2015, n. 963; Cons. St. sez. V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 162, dove si legge: "L'attendibilità dell'offerta va valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme".

³¹ Sul punto, il Consiglio di Stato ha, tuttavia, inteso precisare che "il giudizio di inattendibilità dell'offerta può investire specifiche voci di costo (Cons. Stato V, 15 gennaio 2015, n. 89), quando le stesse assumano una rilevanza tale da incidere di per sé la serietà dell'offerta".

³² Cfr., ex multis Cons. St., sez. V, sentenza 31 agosto 2016, n. 3752; Cons. St., sez. IV, sentenza 22 giugno 2016, n. 2751; Cons. St., sez. V, sentenza 22 marzo 2016, n. 1175; Cons. St., sez. IV, sentenza 9 febbraio 2016, n. 520.

³³ Sul punto, cfr. R. DE NICTOLIS, *Le offerte anomale e i criteri di rilevanza della congruità dei prezzi*, *q.d.t.*, p. 2299; Cons. St., sez. VI, sentenza 11 dicembre 2001, n. 6217, secondo i quali il giudizio deve essere sempre il frutto di un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti in cui l'offerta si scompone, in modo da verificare l'incidenza delle stesse sull'offerta nel suo insieme.



Alla luce dei superiori principi, la giurisprudenza degli ultimi anni è stata costante nel ritenere che lo scostamento di singole voci dell'offerta economica non risulti tendenzialmente idoneo ad incidere sulla serietà e affidabilità dell'offerta nel suo insieme³⁴.

Sotto il profilo da ultimo esaminato, si deve, tuttavia, evidenziare – come argomentato da autorevole dottrina³⁵ - che nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici sussistano delle ipotesi nelle quali, anche sulla scorta delle indicazioni fornite dalle direttive europee del 2014, la valutazione negativa di congruità dell'offerta è effettuata preventivamente e in modo inderogabile dal legislatore, con conseguente diminuzione dello spazio di discrezionalità dell'Amministrazione e necessaria esclusione del concorrente.

Si tratta, in particolare, dei casi – previsti dall'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/ 2016 – di violazione di obblighi specifici di carattere sociale e ambientale, ai quali il legislatore delegato ha aggiunto le violazioni in materia di subappalto e la violazione dei limiti tabellari a valenza prettamente statistica; ne deriva, dunque, che qualora la stazione appaltante accerti la non rispondenza dell'offerta oggetto della sua valutazione ai summenzionati criteri, la stessa si troverà costretta ad emettere un provvedimento esclusivo limitandosi ad indicare, come motivazione sufficiente, la violazione di obblighi imperativi di legge.

Precisato quanto sopra, sotto un profilo più generale le considerazioni sin qui compiute conducono a ritenere che il procedimento di verifica di congruità dell'offerta debba ritenersi avulso da un rigido formalismo³⁶, con la naturale conseguenza che la valutazione compiuta dalla stazione appaltante nelle fattispecie de quibus sia connotata da un certo margine di insindacabilità, il quale non può però sconfinare nell'arbitrio, con il paradosso di ledere – nel nome della tutela dei principi di buon andamento e della separazione di amministrazione e giurisdizione – lo stesso interesse pubblico alla selezione del miglior offerente.

L'unica deroga al divieto di sindacato giurisdizionale è rappresentata, quindi, dalle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di

³⁴ A tale proposito, cfr. Cons. St., A.P., sentenza 29 novembre 2012, n. 36; Cons. St., sez. V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 162, dove si legge: "L'attendibilità dell'offerta va valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica". La medesima pronuncia non esclude, tuttavia, la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire singole voci che, per la loro incidenza complessiva, renderebbero l'intera operazione economica implausibile.

³⁵ Cfr. F. CARDARELLI, *Commento art. 97*, in *Codice dei contratti pubblici – Commentario*, op.cit., p. 1336 ss.

³⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 10 novembre 2015, n. 5102, che precisa ulteriormente come il procedimento de quo sia improntato alla collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta.



verifica di anomalia³⁷, che determinano, in tutta evidenza, un uso distorto della discrezionalità tecnica, in contrasto con i principi di efficacia, economicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione³⁸.

Al fine dell'effettuazione della suddetta attività di controllo, i giudici – badando a non eseguire una nuova valutazione dell'interesse pubblico già compiuta dalla stazione appaltante – potranno spingersi fino a verificare l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza con riferimento al criterio tecnico nonché al procedimento applicativo³⁹.

Risulta necessario precisare, tuttavia, come presupposto indefettibile affinché l'autorità giudiziaria possa svolgere il proprio sindacato in tema di verifica dell'anomalia sia l'effettiva esistenza di un provvedimento amministrativo che si esponga a censure di carattere tecnico; in difetto di giudizio tecnico, infatti, il giudice amministrativo non può compiere per la prima volta una valutazione non eseguita dalla stazione appaltante – così determinando un'inammissibile sostituzione nell'esercizio del potere amministrativo – ma si dovrà limitare a censurare l'esito del procedimento amministrativo per carenza di motivazione⁴⁰.

4. Il divieto di modifica dell'offerta

Nell'alveo dei principi fin qui esaminati in tema di sindacato giurisdizionale sul giudizio di verifica dell'anomalia compiuto dalla stazione appaltante si pone una questione ulteriore – che nella sentenza in commento ha certamente assunto rilievo cruciale – attinente ai limiti di modificabilità/integrabilità dell'offerta da parte del concorrente in sede di giudizio di congruità.

Dal carattere globale e sintetico della valutazione compiuta dalla commissione di gara, tesa a vagliare la complessiva adeguatezza dell'offerta rispetto al fine ultimo da raggiungere (consistente nella corretta esecuzione dell'appalto), deriva come il procedimento di verifica di congruità sia avulso da qualsiasi formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra la stazione appaltante e l'offerente⁴¹, con conseguente possibilità per tale ultimo di integrare le giustificazioni originarie a mezzo di ulteriore

³⁷ Cfr. in dottrina F. CARDARELLI, *Commento art. 97, in Codice contratti pubblici – Commentario, op.cit.*, p. 1329; in giurisprudenza cfr. ex multis, Cons. St., sez. V, 13 settembre 2016, 3855. L'opinione in questione è stata, peraltro, condivisa anche dai giudici di primo grado, i quali hanno preliminarmente rilevato: "Dove prenda il sindacato sulla discrezionalità tecnica, tipico della valutazione dell'anomalia dell'offerta, non possa scattare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo dell'Amministrazione, essendo compito del giudice verificare se il potere amministrativo si sia esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di legalità, congruità e ragionevolezza (C.S. III 3 dicembre 2016, n. 5232)".

³⁸ Cfr. Cons. St., A.P., sentenza 29 novembre 2012, n. 36; Cons. St., sez. V, sentenza 13 settembre 2016, n. 3855; Cons. St., sez. V, sentenza 13 giugno 2016, n. 2524.

³⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, sentenza 5 marzo 2001, n. 1247.

⁴⁰ R. DE NICTOLIS, *L'effetto anomale e i criteri di rilevanza della congruità dei prezzi, op.cit.*, p. 2319.

⁴¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 10 novembre 2015, n. 5102.

produzione documentale⁴², in applicazione del principio comunitario del contraddittorio successivo, che determina un mero fisiologico arricchimento degli elementi presentati in sede di formulazione dell'offerta. L'orientamento ermeneutico in questione ha trovato il pieno avallo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che in più occasioni ha ritenuto come nella fase procedimentale de qua sia legittima la presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, nonché la modificabilità delle giustificazioni e l'integrazione delle stesse, con compensazioni tra sottostime e sovrastime⁴³.

La libertà delle forme che caratterizza la fase di verifica dell'offerta anormalmente bassa non può, tuttavia, estendersi fino a consentire all'operatore economico una variazione degli elementi compositivi dell'offerta tale da determinare una modifica strutturale della stessa, trasformandola in un quid di sostanzialmente nuovo o diverso⁴⁴.

Sul punto, non ci si può esimere dal rilevare come siffatta modifica si tradurrebbe, nei fatti, in un'elusione del principio di unicità dell'offerta sancito anche dall'art. 32, comma 4 del nuovo Codice dei contratti, a norma del quale "Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta"⁴⁵. A ben vedere, infatti, la modifica di elementi decisivi in fase di verifica dell'anomalia determinerebbe una sostanziale duplicazione dell'offerta, comportando ulteriormente un'evidente violazione del principio della *par conditio competitorum*⁴⁶, a causa dell'incremento delle possibilità dell'impresa di risultare aggiudicataria della gara⁴⁷.

Ma anche a voler prescindere dalle ragioni di tutela degli operatori economici che hanno partecipato alla gara, consentire l'inammissibile trasformazione delle giustificazioni – la cui funzione è quella di chiarire le ragioni di serietà e congruità dell'offerta – porterebbe, evidentemente, a snaturare completamente la funzione e i caratteri del subprocedimento di anomalia⁴⁸.

Dei superiori approdi giurisprudenziali hanno dimostrato di essere pienamente consapevoli, nel caso de qua, i giudici del Consiglio di Stato i quali, sottoponendo al proprio attento vaglio le determinazioni

⁴² In particolare, giurisprudenza e dottrina hanno riconosciuto l'ammissibilità di giustificazioni anche in ordine a elementi sopravvenuti dopo la presentazione dell'offerta; cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 26 aprile 2005, n. 1889; R. DE NICTOLIS, *Le offerte anormali e i criteri di rilevazione della congruità dei prezzi*, q.d.t., p. 2270 ss.

⁴³ Cfr. Cons. St., sez. IV, sentenza 22 marzo 2013, n. 1633; Cons. St., sez. V, sentenza 20 febbraio 2012, n. 875.

⁴⁴ Cfr. ex pluribus Cons. St., sez. III, sentenza 10 marzo 2016, n. 962; Cons. St., sez. VI, sentenza 10 novembre 2015, n. 5102; Cons. St., sez. VI, sentenza 5 giugno 2015, n. 2770; Cons. St., sez. IV, sentenza 7 giugno 2004, n. 3554. A titolo esemplificativo, cfr. Cons. St., sez. V, sentenza 23 giugno 2016, n. 2811; Cons. St., sez. III, sentenza 15 aprile 2016, n. 1533; Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5102, secondo cui è da escludere che il concorrente possa, in itinere, proporre un'alternativa esecutiva diversa da quella proposta all'atto della formulazione dell'offerta.

⁴⁵ Sul punto, cfr. B. CIFERNI, *Art. 97, Il procedimento di verifica dell'anomalia. La garanzia del contraddittorio tra le parti*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, L.R. PERFETTI (a cura di), IPSOA, 2017, p. 891.

⁴⁶ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Dike 2016, p. 1653.

⁴⁷ Cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sentenza 22 luglio 1997, n. 565.

⁴⁸ Il profilo in esame è stato approfondito nella pronuncia Cons. St., sez. V, sentenza 24 aprile 2017, n. 1896.



contenute nella sentenza di primo grado e oggetto di censura da parte dell'appellante, hanno calato i principi nella fattispecie concreta, giungendo a censurare le considerazioni compiute dal T.A.R. Liguria e a dichiarare l'inefficacia parziale del contratto stipulato ai sensi dell'art. 122 c.p.a.⁴⁹, nonché il diritto della Idealservice Soc. Coop. al risarcimento del danno da lucro cessante⁵⁰.

In particolare, i giudici amministrativi di secondo grado non hanno condiviso l'opinione manifestata nella pronuncia appellata, laddove – nonostante il richiamo della giurisprudenza in tema di immodificabilità dell'offerta (in particolare, Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770) – il sindacato dei giudici aveva assunto connotati eccessivamente deboli e superficiali, escludendo che la modifica del numero dei lavoratori e delle ore dagli stessi espletate avesse influito sugli elementi essenziali dell'offerta, presuntivamente rappresentati soltanto dallo svolgimento del servizio appaltato per il numero di ore comunicate in sede di partecipazione alla procedura.

Secondo il condivisibile convincimento espresso dal Consiglio di Stato, infatti, la modifica del numero dei lavoratori, dell'esperienza degli stessi e delle ore lavorate da ciascuno, non possono in alcun modo inserirsi nell'alveo di legittimità delle giustificazioni rese dal primo classificato, determinando una rimodulazione dell'offerta del tutto inammissibile, non foss'altro perché gli stessi elementi oggetto di modifica avevano costituito oggetto di giudizio – favorevole – sulla qualità tecnica dell'offerta da parte della stazione appaltante.

Da un'attenta comparazione fra i principi ampiamente discussi in precedenza e l'orientamento assunto dai giudici di Palazzo Spada nella pronuncia in commento, non può non evidenziarsi come il profilo appena esaminato meriti una speciale menzione: l'indagine puntuale e coerente svolta dai giudici, infatti, si segnala senza dubbio per il sapiente bilanciamento che il Consiglio di Stato è stato in grado di effettuare tra l'esigenza di slegare il subprocedimento di verifica delle offerte anomale da rigidi formalismi e quella, che talvolta potrebbe apparire di segno opposto, di garantire l'immodificabilità sostanziale dell'offerta.

⁴⁹ Nella fattispecie in esame non si verteva, infatti, in nessuna delle ipotesi di cui agli artt. 121, comma 1 e 123, comma 3 c.p.a.

⁵⁰ Sul punto, il Consiglio di Stato ha riconosciuto – per la parte del contratto già eseguita – il diritto al risarcimento del danno per equivalente ex art. 2043 c.c., sussistendo i presupposti di illegittimità dell'aggiudicazione, nesso di causalità e colpa in re ipsa statuiti dalla pronuncia Cons. St., sez. V, sentenza 8 novembre 2012, n. 5686. I giudici amministrativi, inoltre, hanno ristretto il danno risarcibile alle due voci di danno curriculare (però non allegato né provato dall'appellante) e lucro cessante per la mancata tempestiva aggiudicazione, da liquidare secondo i seguenti criteri: 1) necessità della documentazione comprovante l'utile presumibilmente conseguito; 2) inapplicabilità della riduzione per *aliunde perceptum vel perpendum*; 3) applicazione degli interessi al tasso legale.



5. Considerazioni conclusive

La disamina del percorso logico-giuridico che ha guidato i giudici della V Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato nella vicenda processuale oggetto della pronuncia in commento consente di formulare, a questo punto, alcune considerazioni di carattere conclusivo circa lo stato dell'arte in tema di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dalle stazioni appaltanti in sede di verifica di congruità dell'offerta.

Sotto il profilo in esame, innanzitutto, appare necessario rilevare come l'esperienza processuale insegni che la via intrapresa da coloro che intendano contestare il corretto esercizio della discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante risulta, nell'assoluta maggioranza dei casi, quantomeno impervia. Affinché possa ottenere una pronuncia giurisdizionale a sé favorevole, il ricorrente non può limitarsi a segnalare ai giudici singoli elementi che, sebbene rilevanti e fondati, non risultino purtuttavia idonei a dimostrare l'evidente illogicità e irragionevolezza del giudizio reso dalla commissione di gara (o dal RUP). La vicenda in questione suggerisce, tuttavia, come in aggiunta a tale fisiologico ostacolo, i ricorrenti si trovino talvolta a dover fronteggiare ulteriori difficoltà, che sembrano assumere però connotati di natura patologica.

I giudici amministrativi, infatti, consci del consolidato orientamento restrittivo in tema di limiti del sindacato giurisprudenziale sulla discrezionalità tecnica e timorosi, probabilmente, di trascendere il ruolo che gli compete, finiscono talvolta per assumere un atteggiamento eccessivamente remissivo, allargando le maglie del proprio giudizio fino ad astenersi dal censurare condotte idonee a configurare, per sé stesse considerate, una violazione dei principi posti a tutela della trasparenza, della concorrenza e del divieto di discriminazione nell'ambito delle procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti.

Le superiori modalità di esercizio del sindacato sulle valutazioni connotate da discrezionalità tecnica compiute dalla stazione appaltante sembrano, peraltro, porsi in controtendenza con l'orientamento assunto in più occasioni dalla giurisprudenza europea⁵¹, che muovendo dal principio della c.d. full jurisdiction di cui agli artt. 6 Cedu e 47 dei Diritti fondamentali dell'UE, pongono il giudice in una posizione sovraordinata rispetto alle scelte dell'amministrazione, quasi autorizzandolo ad esercitare un sindacato pieno su tutti gli aspetti della controversia oggetto di valutazione⁵².

⁵¹ Cfr. Cedu 31 luglio 2008, caso n. 72034/ 01; Cedu 24 novembre 2005, caso n. 49429/ 99; Corte di Giustizia UE 8 dicembre 2011, causa C-389/ 10.

⁵² In argomento, cfr. A. GIACALONE, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni amministrative* op.cit., p. 680 ss., il quale rileva come la prospettiva emergente dalle pronunce della Cedu sembrerebbe ribaltare la questione, con conseguente necessità di giustificare, di volta in volta, le ragioni dell'imposizione di un limite al sindacato giurisdizionale.



Ebbene, è proprio con riferimento al profilo in questione che la pronuncia in rassegna si segnala per il lodevole ed equilibrato approccio critico assunto dai giudici di Palazzo Spada i quali, individuando un punto di equidistanza tra il riconoscimento delle garanzie di autonomia di valutazione dell'amministrazione e la valorizzazione del controllo di legittimità svolto dai giudici amministrativi, hanno ritenuto come uno spiraglio per l'intervento caducatorio della giurisprudenza amministrativa rispetto al giudizio compiuto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta possa e debba essere configurato non soltanto in ipotesi di manifesta illogicità e/ o contraddittorietà della valutazione prettamente tecnica afferente ai singoli elementi dell'offerta⁵³, ma anche – se non soprattutto – in caso di condotte che, ponendosi in contrasto con i principi cardine dell'intero assetto normativo di derivazione europea, giungano a ledere la par condicio degli operatori economici partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

⁵³ Come ritenuto dalla costante giurisprudenza amministrativa; cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; Cons. St., sez. V, 22 settembre 2016, n. 4755; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377; Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862.