

Trappole procedurali e verificaione fai da te (Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384).

DI ALESSANDRO MANNOCCI

SOMMARIO: 1. Ricostruzione dei fatti; 2. Il giallo del doppio dispositivo; 3. Il termine per il deposito delle memorie nel sistema dell'art. 23 bis; 4. La verificaione? Provvedono direttamente i giudici in camera di consiglio.

1. Ricostruzione dei fatti.

La sentenza in commento ha affermato alcuni principi che non mancano di suscitare interesse, nonché per molti versi perplessità, sia in merito ad un profilo puramente processuale, il termine per il deposito delle memorie in applicazione dell'art. 23 bis, Legge 6 dicembre 1971, n. 1034¹, sia per quanto riguarda i poteri ed i limiti della verificatore (e per analogia del C.T.U.) nell'ambito del giudizio amministrativo, con specifico riferimento alla valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Per comprendere esattamente la portata della pronuncia è necessario ricostruire con precisione lo svolgimento del processo, più di quanto non sia già riportato nella parte narrativa della decisione *de qua*.

Con ricorso depositato il 6 giugno 2005, la Xxx S.p.A. impugnava dinanzi al T.A.R. Lazio, sede di Roma, l'esito della gara d'appalto relativa all'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di raddoppio di un tratto di una linea ferroviaria strategica² sul territorio nazionale.

Secondo la tesi prospettata dalla ricorrente, poi ribadita e ampliata nell'atto di motivi aggiunti, la Stazione Appaltante aveva errato nel valutare l'anomalia dell'offerta dalla Qqq S.p.A., risultata aggiudicataria.

In particolare, si lamentavano lacune e profili di illogicità nel giudizio relativo all'effettiva incidenza della curva della mano d'opera, alla disponibilità degli inerti, nonché numerose, ulteriori sottostime.

In conclusione, la Xxx S.p.A., che si era classificata terza³, e prima delle non imprese la cui offerta non era affetta da anomalia, chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione e per l'effetto l'affidamento dell'appalto o, in alternativa, il risarcimento del danno subito.

Si costituivano sia la Stazione Appaltante che la controinteressata Qqq S.p.A.,

¹ In seguito, tale norma verrà indicata, per brevità, come "legge T. A. R. ".

² L'intero intervento sulla tratta era inserito nel programma della Legge Obiettivo (Legge 21 dicembre 2001, n. 443).

³ La società giunta seconda era stata esclusa, non avendo la sua offerta superato la valutazione dell'anomalia effettuata della Stazione Appaltante.

deducendo l'infondatezza delle argomentazioni avversarie e insistendo per l'integrale rigetto del ricorso.

La Sezione III *ter* del T.A.R. Lazio, investita della questione, pronunciava una sentenza parziale (21 dicembre 2005, n. 13345), nella quale, ritenendo meritevoli di approfondimento le censure svolte dalla Xxx S.p.A., disponeva l'acquisizione di una verifica tecnica, volta a valutare *"con motivazione analitica la correttezza logica del giudizio di non anomalia dell'offerta Qqq S.p.A. espressa dall'Amministrazione, tenendo conto delle osservazioni che sorreggono tale valutazione"*.

L'incombente istruttorio veniva affidato alla Direzione Generale per la Regolazione dei Lavori Pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che, tuttavia, declinava l'incarico.

Il T.A.R., preso atto, provvedeva con una nuova nomina, designando (ordinanza 20 aprile 2006, n. 506) il S.I.I.T. (Servizi Integrati Infrastrutture e Trasporti) del Lazio - Abruzzo - Sardegna⁴, ufficio decentrato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il verificatore depositava il proprio elaborato il 17 novembre 2006, confermando in sostanza le tesi sostenute dalla ricorrente.

Il Collegio di prime cure, su istanza della resistente, rilevava, però, che l'accertamento istruttorio era stata effettuato senza il rispetto del necessario contraddittorio fra le Parti e per l'effetto ordinava (21 gennaio 2007, n. 125) che la verifica fosse rinnovata.

Anche stavolta il S.I.I.T. era chiamato ad occuparsi della vicenda, pur nella persona di un diverso funzionario.

Il nuovo verificatore predisponendo la perizia, depositata il 19 giugno 2007, ed anche il secondo elaborato corroborava le ragioni della società ricorrente.

Il T.A.R., dopo alcuni rinvii d'ufficio⁵, decideva infine la controversia con la sentenza 23 luglio 2008, n. 7279.

Il giudice amministrativo disponeva l'accoglimento del gravame e, essendo impossibile il conferimento dei lavori alla ricorrente⁶, disponeva il risarcimento per

⁴ Oggi denominato Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna.

⁵ Alla fine sono state necessarie ben 9 udienze.

⁶ Per le opere comprese nella Legge Obiettivo (Legge 23 dicembre 2001, n. 443), l'art. 14, comma 2 del relativo decreto legislativo di attuazione (D. Lgs. 20 agosto 2002, n. 190), recita testualmente *"In applicazione delle previsioni dell'articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica"*.

equivalente, nella misura del 4% dell'importo dell'offerta⁷.

Contro la suddetta decisione insorgeva la Stazione Appaltante che, nel proporre appello dinanzi al Consiglio di Stato, chiedeva l'annullamento, previa sospensione cautelare, della sentenza impugnata, deducendo che il verificatore era andato ben oltre i limiti imposti dal T.A.R., raggiungendo in ogni caso risultati non corrispondenti alla realtà dei fatti.

Si costituiva la Xxx S.p.A., chiedendo il rigetto del gravame e proponendo essa stessa appello incidentale onde ottenere l'intero importo che era stato azionato nel primo grado del giudizio.

La controinteressata, pur regolarmente evocata in giudizio, non produceva alcun atto di costituzione.

Il 19 dicembre 2008 si svolgeva dinanzi al Consiglio di Stato l'udienza per la discussione della sospensione cautelare della sentenza impugnata.

Questo è uno dei momenti cruciali del giudizio, ed è bene soffermarsi su quanto accaduto.

Il Collegio, uditi i difensori delle Parti, pronunciava un'ordinanza (6851 del 19 dicembre 2008) del quale si riporta la parte motivazionale: "[...] ritenuto, anche in considerazione di quanto prospettato dalle parti, di dover fissare l'udienza di merito per la decisione dell'appello; P.Q.M. rinvia per la decisione del merito all'udienza del 10 marzo 2009".

Le rispettive difese, quindi, provvedevano a depositare le memorie difensive nei cinque giorni liberi antecedenti la suddetta data, dunque il 4 marzo 2009.

Infine, all'udienza del 10 marzo 2009, il Collegio, sentite le rispettive difese e senza sollevare alcuna problematica relativa al rito o al merito, introitava la controversia per la decisione.

2. Il giallo del doppio dispositivo e la sentenza.

Nel ricostruire l'iter della decisione assunta dal Consiglio di Stato, vi è un passaggio piuttosto curioso che vale la pena riportare.

In data 13 marzo 2009, trascorsi tre giorni dall'udienza, il sito del Supremo Consesso⁸ pubblicava contemporaneamente due dispositivi decisamente contrastanti: nel primo, si disponeva l'integrale accoglimento dell'appello; nel secondo, invece, il gravame era accolto solo in parte, con conseguente riduzione del

⁷ Un importo del tutto considerevole, ove si tenga presente che la base di gara era poco più di 100 milioni di euro. Il suddetto 4%, rivalutato e con l'aggiunta degli interessi, corrispondeva a circa 8 milioni di euro ed era stato parametrato dal T. A. R. sulla base della percentuale d'utile dichiarata dalla ricorrente in sede di gara. Si trattava, in ogni caso, di molto meno rispetto a quanto chiesto dalla Xxx S. p. A. , pari ad oltre il 10% dell'importo a base d'appalto.

⁸ Si tratta del ben noto www.giustizia-amministrativa.it, nella sezione dedicata al Consiglio di Stato.

quantum risarcitorio⁹.

Ciò che sorprende è che i due dispositivi presupponevano una decisione diametralmente opposta nel merito.

Un ripensamento dell'ultimo minuto dei consiglieri? Un problema del sito Internet, nelle more dell'entrata a regime del nuovo sistema N.S.I.G.A.¹⁰?

Ovviamente non c'è risposta a questa domanda.

L'unica cosa che si può aggiungere è che dopo poche ore il secondo dispositivo veniva ritirato dal profilo web, e rimaneva unicamente quello che accoglieva *in toto* le censure dell'appellante¹¹.

Infine, il 20 aprile 2009 veniva pubblicato il testo integrale della pronuncia qui commentata.

3. Il termine per il deposito delle memorie nel sistema dell'art .23 bis.

La prima questione affrontata dal Collegio ha un importantissimo rilievo pratico, e stabilisce, a quanto si può rilevare per la prima volta, un principio destinato ad incidere pesantemente sull'attività difensiva dinanzi al G.A., e che non sembra essere in linea con la consueta giurisprudenza del Supremo Consesso.

I giudizi di Palazzo Spada, infatti, hanno ritenuto tardive le memorie depositate dalle Parti il 4 marzo 2009, cinque giorni liberi prima dell'udienza del 10 marzo 2009.

Il suddetto termine, come noto, deriva dall'applicazione del combinato disposto fra il comma 4 dell'art. 23¹² Legge T.A.R., e l'art. 23 *bis*¹³, comma 2, della medesima normativa.

Secondo la ricostruzione del Consiglio di Stato, però, nella fattispecie in esame avrebbe trovato applicazione una diversa regola, contenuta nel medesimo art.23 bis, nei commi 3 e 4, relativi al giudizio cautelare.

Il comma 3 della norma in questione, stabilisce che “[..] *il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso ai sensi dell'articolo 21, se ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzii l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza [...]*”.

⁹ Mette appena conto di rilevare che in entrambi i casi l'appello incidentale era stato respinto: nel primo perché improcedibile, nel secondo perché (presumibilmente) ritenuto infondato.

¹⁰ La sigla indica il nuovo sistema di Giustizia Amministrativa Telematica realizzato dal Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato, con la collaborazione tecnica di Unisys Italia.

¹¹ Il lettore si figuri lo sgomento degli avvocati difensori della Xxx S. p. A.

¹² Il cui testo è “Le parti possono produrre documenti fino a venti giorni liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza e presentare memorie fino a dieci giorni”.

¹³ La norma è speciale e applicabile, tra l'altro, ai giudizi in materia di appalti. L'articolo recita “I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso”.

In questo caso, i termini per il deposito di documenti e memorie sono radicalmente diversi, e sono disciplinati dall'appena menzionato comma 4 dell'art. 23 *bis*, dove si prevede che "nel giudizio cautelare di cui al comma 3 le parti possono depositare documenti entro il termine di quindici giorni dal deposito o dal ricevimento delle ordinanze di cui al medesimo comma e possono depositare memorie entro i successivi dieci giorni".

Applicando questo impianto normativo, il Collegio di secondo grado ha ritenuto tardive le memorie, rilevando che, poiché l'udienza cautelare si era svolta il 19 dicembre 2008, le medesime avrebbero dovuto essere depositate nel termine del 5 gennaio 2009.

La decisione non sembra esente da censure.

Per poter applicare l'art. 23 *bis*, comma 3, infatti, il Collegio deve ritenere, pur ad un esame sommario, che il ricorso sia fondato e che sussista un pregiudizio grave ed irreparabile.

Dove ricorrano tali requisiti, il Collegio non ha l'obbligo di sospendere il provvedimento¹⁴ (nel nostro caso, la sentenza) impugnato, potendosi limitare a fissare l'udienza per la discussione del merito nei trenta giorni successivi.

A questo punto, si sposa perfettamente con la *ratio* della norma che le parti abbiano fino a venticinque giorni (dieci + quindici) complessivi per il deposito di documenti e memorie¹⁵.

Se, invece, l'istanza cautelare non viene accolta, il Legislatore non fissa alcun procedimento specifico, cosicché sembrerebbero applicabili i termini consueti dell'art.23, pur dimezzati *ratione materiae*¹⁶.

La domanda che si pone a questo punto è: come si fa a capire se il Consiglio di Stato abbia accolto o meno l'istanza cautelare e, quindi, a sapere quali termini bisogna applicare?

La risposta sembra ovvia, ma non è così. Il caso in questione lo dimostra.

Intanto, come abbiamo visto, la mancanza di sospensione del provvedimento impugnato non è un elemento decisivo, poiché il Collegio può astenersi dal decidere in tal senso.

Allora non rimane che esaminare il testo della singola ordinanza, al fine di comprendere se sia stato ritenuto o meno fondato il ricorso.

¹⁴ E' ben strano che la legge non imponga direttamente la sospensione. In ogni caso, il successivo comma 5 della norma in analisi prevede che, "in casi di estrema gravità" ed urgenza, il Collegio possa assumere gli opportuni provvedimenti cautelari (quindi anche la sospensione), permettendo al sistema, pur in modo alquanto macchinoso, di funzionare.

¹⁵ In verità, con un'udienza fissata effettivamente a 30 giorni, il risultato pratico, quanto meno per le memorie, sarebbe il medesimo anche applicando l'art. 23. Gli scritti difensivi, infatti, sarebbero depositati comunque cinque giorni prima dell'udienza. Cambierebbe solo il modo di computare il *dies a quo*. Il fatto è che, nella prassi, il Consiglio di Stato, presumibilmente per ragioni di sovraccarico del ruolo, non fissa mai entro trenta giorni, anche quando accoglie le istanze cautelari.

¹⁶ Vedi note 11 e 12.

Ma, nella fattispecie in esame, il sibillino tenore letterale del provvedimento non è di alcun aiuto.

Il Consiglio di Stato, infatti, stabilisce che “[...] ritenuto, anche in considerazione di quanto prospettato dalle parti, di dover fissare l’udienza di merito per la decisione dell’appello; P.Q.M. rinvia per la decisione del merito all’udienza del 10 marzo 2009”.

Come si vede, non vi è traccia di elementi che possano far anche solo presumere che l’appello fosse stato ritenuto meritevole di accoglimento.

Ora, se almeno l’udienza fosse stata fissata in trenta giorni, ciò avrebbe potuto essere considerato per le difese un “campanello d’allarme”¹⁷: ma nemmeno questo elemento ricorre, poiché l’udienza, dal 19 dicembre 2008, è stata rinviata al 10 marzo 2009, quindi ben oltre il termine previsto dall’art.23 bis, comma 3.

Da ultimo, un interprete particolarmente volenteroso avrebbe potuto fare riferimento ai precedenti della Sezione.

Esaminando alcuni recentissimi casi, tuttavia, si scopre che incredibilmente nemmeno qui vi è concordia, sia nelle indicazioni date alle Parti sia nell’ammissione o meno di memorie.

Nell’ordinanza 10 marzo 2009, n. 1250, pronunciata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato¹⁸, viene espressamente ordinato alle Parti di depositare memorie e documenti nel termine di cui all’art. 23 bis, comma 4. Qui, dunque, le Parti avevano avuto un’indicazione precisa ed esplicita in tal senso.

Ciò porterebbe a dedurre per contro che, ove il Consiglio taccia, il termine sia quello ordinario.

In verità, questa prassi non esiste, e tutto viene lasciato, come la sentenza in commento dimostra, al personale apprezzamento caso per caso del Collegio giudicante. Il risultato è la confusione interpretativa e il prodursi di casi come quello qui in esame.

Ma anche sugli effetti non vi è unità di vedute, persino nella stessa sezione.

Nella recentissima sentenza 21 maggio 2009, n. 3146¹⁹, i giudici di Palazzo Spada, sempre della Sesta Sezione, non hanno ritenuto tardive le memorie prodotte dalle Parti entro cinque giorni prima dell’udienza²⁰. E, si badi, in questo caso la sentenza impugnata era stata espressamente sospesa dall’ordinanza cautelare il che, per quanto detto in precedenza, dovrebbe costituire un indice preciso di applicazione

¹⁷ Anche se, a parere di chi scrive, tematiche così delicate necessitano di una statuizione chiara del Collegio giudicante, non potendosi lasciare agli interpreti l’arduo compito di individuare la norma processuale applicabile basandosi su meri indici.

¹⁸ Si tratta del medesimo Collegio, anche per composizione, che ha deciso l’appello in commento. Curiosamente le due udienze si sono svolte lo stesso giorno.

¹⁹ Il caso è del tutto affine a quello in commento. Si trattava sempre di contestazioni alla verifica dell’anomali in sede di gara d’appalto.

²⁰ La sentenza sul punto non dice alcunché, dovendosi quindi ritenere che il Collegio abbia esaminato e tenuto conto degli scritti difensivi prodotti dalle Parti.

dei termini brevi.

Riassumendo, nella fattispecie in esame non vi era alcuna possibilità per le Parti di dedurre, anche con un considerevole sforzo deduttivo, che si dovesse fare riferimento all'art. 23 *bis*, comma 4.

A questo punto, è interessante vedere come il Consiglio di Stato ha motivato la propria decisione.

Si riporta integralmente l'argomentazione: "[...] i termini di deposito di documenti e memorie, calcolati a ritroso dalla data dell'udienza di merito (e nel rito dell'art. 23-bis dimezzati rispetto agli ordinari termini di 20 e 10 giorni), si applicano quando la data di udienza viene fissata con decreto presidenziale, fuori udienza, e non anche quando, come nella specie, l'udienza viene fissata con ordinanza collegiale, resa in udienza camerale. In sintesi, l'art. 23-bis, l. T.A.R., in deroga alla regola ordinaria secondo cui i termini per deposito di memorie e documenti si calcolano a ritroso dalla data dell'udienza di merito, ha previsto un diverso meccanismo processuale nel caso di fissazione dell'udienza di merito con ordinanza collegiale resa nell'udienza cautelare. In tal caso la tempistica di deposito di memorie e documenti è scandita dall'esistenza dell'ordinanza collegiale, e i termini si calcolano in avanti con decorrenza dal deposito dell'ordinanza [...].

Secondo il Supremo Consesso, dunque, tutto ruota intorno alla circostanza che l'ordinanza sia o meno resa in udienza. Questo, però, è un elemento sul quale il Legislatore non dice assolutamente nulla, e non si comprende esattamente per quale motivo dovrebbe avere tale rilevanza da assorbire in sé tutti gli altri requisiti indicati dalla legge, nel nostro caso non presenti.

Nel concludere questa prima parte della decisione, non si può che ribadire²¹ che simili interpretazioni discendono dall'inesistenza di un impianto di norme precise sul processo amministrativo, e che una riforma dell'intero sistema non sembra ulteriormente procrastinabile.

Non è ammissibile, infatti, che in una controversia su una materia così delicata, le difese non siano poste in grado di conoscere precisamente il termine per depositare le memorie²².

Proprio difficoltà di questo tipo dovrebbero consigliare, nel silenzio del Legislatore, di non ritenere i termini per il deposito perentori, soprattutto in assenza di un'eccezione specifica di una delle Parti.

Anche volendo applicare l'art. 23 *bis*, comma 4, infatti, vi era pur sempre la possibilità di "salvare" i depositi difensivi, poiché la norma non indica

²¹ Vedi il commento al T. A. R. Lazio, Sez. III *quater*, 9 gennaio 2009, n. 82, su questa *Rivista* n. 2/2009.

²² Vale la pena di sottolineare che, all'udienza di discussione del merito, il Collegio non ha nemmeno sollevato la questione, impedendo così di poter almeno invocare l'errore scusabile. Le Parti hanno conosciuto la tardività delle proprie memorie solo nella sentenza, quando ormai non c'era più nulla da fare.

espressamente i termini per il deposito a pena di decadenza.

Al contrario, il Consiglio di Stato ha aderito in modo draconiano alla tesi giurisprudenziale più restrittiva, in base alla quale il termine prescritto per il deposito di memorie è perentorio, e non può subire deroghe nemmeno con il consenso delle parti, essendo esso previsto non solo a tutela del contraddittorio tra le Parti, ma anche a tutela del corretto svolgimento del processo e della adeguata e tempestiva conoscenza degli atti di causa da parte del Collegio giudicante²³.

A questo orientamento, tuttavia, se ne affianca uno di segno opposto, più volte sostenuto dai giudici di Palazzo Spada, secondo cui i termini in questione, che adempiono alla duplice funzione di garantire la pienezza del contraddittorio e l'ordinato svolgimento del giudizio, non sono qualificati espressamente come perentori, né sono stabiliti a pena di decadenza²⁴.

Sebbene l'interpretazione più severa sembri offrire maggiori garanzie di ordine all'interno del processo, non si può ignorare che l'assenza di un codice di procedura amministrativa suggerirebbe di temperare la suddetta esigenza con quella, altrettanto sentita, di impedire che le Parti vedano limitata la propria possibilità difensiva perché finiti in mere "tagliole procedurali", prive di effettiva *ratio*.

Nel nostro caso, peraltro, non c'era nemmeno un problema di garanzia di contraddittorio, poiché entrambe le difese hanno depositato nel termine poi ritenuto erroneo dal Consiglio di Stato, e nessuna di esse ha sollevato alcuna eccezione in questo senso.

4. La verifica? Provvedono direttamente i giudici in camera di consiglio.

Sul merito, la decisione è non meno sorprendente di quanto lo sia stata nell'affrontare il rito.

Come anticipato nella ricostruzione del fatto, la controversia verteva principalmente sul giudizio della Stazione Appaltante in merito all'anomalia dell'aggiudicataria, che la ricorrente lamentava essere stata effettuata secondo criteri privi di logica.

Il T.A.R. di prime cure, all'esito delle due verificazioni svolte²⁵, aveva ritenuto fondate tali censure.

Il Consiglio di Stato torna sulla questione, e ripercorre i principi generali che presidono il delicatissimo problema della valutazione dell'offerta anomala e della sua sindacabilità dinanzi all'autorità giurisdizionale.

²³ Il Collegio richiama questi precedenti: Consiglio di Stato, sez. IV, 8 agosto 2008 n. 3930; Consiglio di Giustizia Regione Sicilia, 4 luglio 2008 n. 574; Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2007 n. 4974; Consiglio di Stato, sez. IV, 21 luglio 2000 n. 4078).

²⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 11 settembre 2007, n. 4789. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5065. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1560. Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6422.

²⁵ La prima verifica, come si ricorderà, era stata ripetuta per un difetto procedurale, non perché fosse stata ritenuta tecnicamente priva di valore.

In prima battuta non c'è alcuna novità significativa rispetto ai risultati ormai consolidati nella concorde giurisprudenza²⁶: la verifica di anomalia, afferma il Collegio, non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto²⁷.

Il giudice amministrativo può spingersi fino a verificare l'attendibilità delle valutazioni effettuate dall'amministrazione, senza comunque ignorare che, nel campo dell'applicazione delle norme tecniche, occorre permanentemente distinguere fra legittimità e merito, nonché fra regole tecniche indefettibili e giudizi opinabili²⁸.

In altre parole, il sindacato del giudice amministrativo può consistere, ove necessario, nella verifica della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, anche con eventuale ricorso a C.T.U. o verificatore²⁹ quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, fermo restando che esula dal compito del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite³⁰.

Fino qui, come anticipato, nessuna novità di particolare rilievo.

Il Consiglio di Stato, però, a questo punto introduce un elemento nuovo, legato a quello che potremo definire il valore probatorio della decisione dell'Amministrazione sull'anomalia.

Si afferma, infatti, che a fronte di una valutazione tecnica espressa dalla Stazione Appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile,

²⁶ Vedi anche la nota a Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 1451 del 12 marzo 2009, in questa *Rivista* n. 4/2009

²⁷ Il Collegio giudicante qui richiama due precedenti piuttosto risalenti, Consiglio di Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217; Consiglio di Stato, sez. V, 29 luglio 2003 n. 4323. Più di recente il medesimo principio è stato comunque affermato in Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2006, n. 5967. Peraltro, come ha rilevato il Supremo Consesso, tale principio, già affermato dalla giurisprudenza nel vigore della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c. d. Legge Merloni) – applicabile *ratione temporis* all'appalto per cui è processo – risulta ora codificato dall'art. 88, co. 7, d. lgs. n. 163/2006.

²⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4943.

²⁹ La verifica era il mezzo istruttorio classico del processo amministrativo, disciplinato già dal T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato. La legge 21 luglio 2000, n. 205, ha espressamente consentito al giudice amministrativo di avvalersi della C. T. U. , sul modello del processo civile. In linea teorica, la differenza consiste nel fatto che il consulente tecnico d'ufficio è un soggetto esterno all'amministrazione, mentre il verificatore, secondo la norma, è membro della stessa P. A. parte in causa, quindi non può garantire la terzietà necessaria in sede giurisdizionale. Nella prassi, e il caso di specie lo conferma pienamente, si verifica non poche volte una sorta di commistione tra verifica e CTU per il fatto che la scelta del consulente da parte del G. A. cade non su un libero professionista o un esperto o tecnico qualsivoglia, bensì ancora una volta in capo a dirigenti e funzionari tecnici specializzati dipendenti della P. A. , pur se diversa da quella presente in giudizio.

³⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 20 settembre 2006, n. 5491. Consiglio di Stato, sez. V, 5 aprile 2005 n. 1563

per sconfessare tale giudizio, pur opinabile, non è sufficiente sostituirlo con un altro altrettanto opinabile; o avanzare dubbi o elementi di incertezza, dovendosi invece dimostrare, con dati numerici certi, quali sono gli errori oggettivamente commessi dalla Stazione Appaltante, e qual è l'esatto importo delle voci di prezzo anomale, e la loro percentuale di incidenza sull'importo complessivo dell'appalto.

La dedotta inattendibilità complessiva dell'offerta, conclude il Collegio, deve essere dimostrata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili, e non in via di mere presunzioni.

In buona sostanza, secondo il Consiglio di Stato c'è un limite assai penetrante alla possibilità di sindacare la valutazione tecnica della P.A. sull'anomalia, che mantiene di fronte al giudice un'efficacia privilegiata, non cedendo finché non se dimostri senza alcun margine di possibile dubbio la totale incongruità.

In questo quadro, il ruolo del verificatore, prosegue il Supremo consesso, è *"fare chiarezza, illuminare, con la propria competenza tecnica, il giudice che tecnico non è, fornendo cifre numeriche e dati oggettivi chiari, univoci, comprensibili"*.

Il risultato è che non basta, come nel caso trattato, che il verificatore abbia riscontrato delle inesattezze nell'operato dell'Amministrazione: per giungere all'annullamento dell'aggiudicazione, infatti, sarebbe stata necessaria, ad avviso della Sezione decidente, un radicale giudizio di completa inattendibilità dell'offerta.

Quest'atteggiamento costituisce un indubbio, e non del tutto condivisibile, *favor* nei confronti della posizione del Committente pubblico, poiché anche una valutazione dell'anomalia che non appare del tutto corretta, come nella fattispecie trattata, riesce a passare indenne al sindacato del giudice.

Il ricorrente, infatti, viene onerato di dimostrare l'inaffidabilità dell'offerta *tout court*, non essendo più sufficiente, come si era in precedenza ritenuto³¹, allegare singoli profili di illogicità, purché suscettibili di incidere sulla serietà dell'offerta del partecipante alla gara.

Non è chiaro, peraltro, quale sia il limite pratico fra le inesattezze di cui parla il Consiglio di Stato e l'irragionevolezza dell'offerta in generale. Il confine sembra labile e di difficile definizione concreta, sicché si può credibilmente ritenere che non mancheranno in futuro nuove oscillazioni interpretative nella materia.

Nel caso concreto, il Collegio di secondo grado risolve molto semplicemente la questione, sostituendosi al verificatore e ripercorrendone le argomentazioni tecniche, onde smentirle una ad una.

Questo è un altro elemento che non può non essere oggetto di critica, poiché alcune righe prima lo stesso Collegio aveva affermato che il giudice *"tecnico non è"*.

Ciò porterebbe a presumere che, laddove il giudice non sia convinto dei risultati raggiunti dal verificatore, egli dovrebbe ordinare la rinnovazione della verifica stessa, lasciando al tecnico il compito di dissipare ogni eventuale perplessità in

³¹ Per esempio in Consiglio di Stato, sez. V, 24 agosto 2006, n. 4969.

merito ai fatti.

Tanto più in un caso come quello in esame, dove il giudizio di primo grado aveva comportato tre anni di istruttoria e ben due verificazioni.

Al contrario, qui è il Consiglio di Stato stesso a sostituirsi al verificatore.

Tale *modus operandi*, tra l'altro, priva le Parti della possibilità di contraddittorio: è stato solo con la sentenza che si è scoperta la posizione "tecnica" del Collegio, e nessuna delle difese è stata messa in condizione di formulare ulteriori deduzioni³².

E' piuttosto singolare che la sentenza commentata contenga numerosi richiami al rispetto del contraddittorio in sede di verifica, ma di tale principio non faccia poi essa stessa applicazione.

In altre parole, è già piuttosto discutibile che sia il giudice a sostituirsi ad una valutazione di carattere esclusivamente tecnico. Ma, anche volendo ammettere una simile condotta, il giudicante dovrebbe allora esprimere la propria posizione e poi mettere le Parti in condizione di controdedurre, decidendo solo all'esito.

In termini pratici, si ritiene che sarebbe stato maggiormente logico ordinare la rinnovazione della verifica. Ma, anche a non voler procedere in tal modo, si imponeva di segnalare alle Parti le questioni tecniche da affrontare³³, permettendo alle Parti di esprimersi in merito.

Il Supremo Consesso, invece, come è stato per la tardività delle memorie, ha deciso tutto nel segreto della camera di consiglio.

Come ultimo argomento, si segnala che, nel sostituirsi al verificatore, il Consiglio di Stato ha affermato un principio generale la cui portata, se confermata, sarebbe poco meno che rivoluzionaria.

Il Collegio di secondo grado, infatti, annota che "[...] la verifica di anomalia ha per oggetto <<prezzi>> e dunque elementi quantitativi: mira ad accertare che i prezzi siano ragionevoli e non invece eccessivamente bassi. Esula dalla nozione giuridica di verifica di anomalia ogni indagine qualitativa, vertente, cioè, sull'attendibilità dell'offerta sotto il profilo tecnico [...]".

Ma il fatto che dalla verifica dell'anomalia sia a priori escluso ogni elemento qualitativo è opinabile sia da un punto di vista logico che giuridico.

Sotto il primo profilo, non avrebbe molto senso valutare un prezzo se non in rapporto alla qualità di ciò che viene offerto.

Con riguardo ad un aspetto prettamente giuridico, si segnala che lo stesso Legislatore, nell'art. 86, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, impone alle Stazioni Appaltanti di tenere in considerazione anche gli elementi qualitativi dell'offerta in sede di valutazione dell'anomalia.

³² E non si dimentichi, peraltro, che le memorie sono state considerate tardive.

³³ Come, infatti, aveva molto correttamente proceduto il T. A. R. di prime cure al momento di emettere la sentenza interlocutoria del 2005, della quale si è detto nel paragrafo 1. E i giudici, in questo caso, avevano giustamente affidato ad un verificatore, e non a loro stessi, il compito di effettuare le opportune valutazioni tecniche.

La norma è dettata per gli appalti che vengono aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa. Ma la sua presenza esclude in generale che il Legislatore abbia voluto limitare ai soli elementi quantitativi dell'offerta la valutazione sull'anomalia.