Valutazione dell'anomalia e divieto di modifica "*in itinere*" dell'offerta. Un caso pratico. (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.1451 del 12 marzo 2009).

DI ALESSANDRO MANNOCCHI

SOMMARIO: 1. Il fatto; 2. Incomunicabilità dell'effetto impugnatorio; 3. Immodificabilità dell'offerta; 4. Condizioni per invocare l'errore scusabile.

1. *Il fatto.*

L'Ausl di F. aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio di manutenzione dei propri impianti elevatori.

In base alla graduatoria finale, approvata con determinazione dirigenziale del 27 dicembre 2006, risultava vincitrice la Xxx S.p.A., con un ribasso del 50% sull'importo a base d'asta.

Contro tale esito insorgeva la Yyy S.p.A., seconda classificata con un ribasso del 18,30%, deducendo, in particolare, che l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria non era stata correttamente valutata dalla Stazione Appaltante, con riferimento, nel dettaglio, ai costi della sicurezza, al monte ore annuo di ore lavorate assunto a base del calcolo del costo effettivo della manodopera, all'incidenza IRAP/IRES.

Per l'effetto, la ricorrente chiedeva l'annullamento dell'esito della gara, l'affidamento del servizio e il risarcimento per equivalente della porzione di appalto già eseguita dalla Xxx S.p.A.

Si costituivano in giudizio, resistendo al gravame, sia la Committente che la Xxx S.p.A. Quest'ultima, oltre a difendersi nel merito delle censure mosse dalla seconda classificata, proponeva ricorso incidentale, volto a contestare in radice l'ammissione alla gara della Yyy S.p.A.

Il T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, investito della questione, accoglieva il ricorso con sentenza n.3356/2007.

Il giudice di prime cure, innanzitutto, esaminava e dichiarava inammissibile il gravame incidentale, rilevando che Xxx S.p.A. aveva omesso di impugnare la delibera dell'approvazione delle operazioni di gara, che aveva incluso in graduatoria anche la Yyy S.p.A.

Nel merito stretto, il T.A.R. stabiliva che le componenti dell'offerta contestate dalla ricorrente, e poco sopra compendiate, erano in effetti state erroneamente valutate dalla Commissione di gara.

Sulla base di questi rilievi, la Yyy S.p.A. veniva dichiarata aggiudicataria, e la Committente era di conseguenza condannata al risarcimento del danno per

equivalente, nella misura del 5%[1] del valore della quota di servizio già eseguita dalla Xxx S.p.A.

L'Ausl di F. e la controinteressata hanno proposto separate impugnazioni, poi riunite *ex officio* in applicazione dell'art.335 c.p.c., lamentando l'erroneità della decisione del primo giudice e, per converso, la correttezza dell'operato della Stazione Appaltante nella valutazione dell'anomalia.

Xxx S.p.A., peraltro, ha riproposto il proprio ricorso incidentale, rilevando che, essendo stata la delibera di approvazione impugnata dalla Yyy S.p.A., il relativo effetto impugnatorio si sarebbe comunicato anche al gravame incidentale.

Il Consiglio di Stato ha dapprima esaminato l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza, respinta con ordinanza del 4 marzo 2008, n.1168. In seguito, udite la parti all'udienza del 17 ottobre 2008, i giudici di Palazzo Spada hanno trattenuto la controversia in decisione.

Nella sentenza che tra breve si commenterà, la V Sezione del Consiglio di Stato ha affrontato alcuni temi di sicuro interesse, tra i quali merita speciale attenzione il principio di immodificabilità dell'offerta in sede di giustificazione dell'anomalia.

Ciò non tanto perché il suddetto principio sia in dubbio, quanto perché nella prassi risulta molto complicato per gli operatori di settore, quale sia il limite oltre il quale un'offerta può considerarsi modificata.

Altri elementi di rilievo della pronuncia sono l'onere personale di impugnazione degli atti lesivi, il valore delle tabelle ministeriali relative alla manodopera, le condizioni alle quale l'Amministrazione può invocare l'errore scusabile.

2. *Incomunicabilità dell'effetto impugnatorio.*

Il Consiglio di Stato ha correttamente esaminato *in primis* il ricorso incidentale della Xxx S.p.A., che mirava a contestare *tout court* l'ammissione della Yyy S.p.A. alla gara.

La questione dell'ordine di esame dei ricorsi, peraltro non trattata specificamente nella sentenza *de qua*, è stata oggetto di un precedente commento pubblicato in questa rivista, al quale si rimanda per una trattazione maggiormente analitica del problema[2].

In questa sede ci si limita a rammentare che, in deroga alla regola generale, il ricorso incidentale deve essere scrutinato prima del gravame principale laddove l'oggetto di censura sia la stessa ammissione della ricorrente principale alla gara[3], e

[1] Tale misura costituisce acquisizione consolidata della giurisprudenza amministrativa. Si veda, ad es., Consiglio di Stato, 14 gennaio 2009, n.122.

[2] Si tratta della nota alla sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, n.82 del 9 gennaio 2009, apparsa su Amministr@tivamente, n.3/2009

[3] Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3391; Consiglio di Stato, sez. V, 28 novembre 2005, n. 6643. Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 dicembre

fermo restando l'eventuale interesse strumentale all'annullamento dell'intera procedura[4].

Tanto chiarito, i giudici di Palazzo Spada ribadiscono, allineandosi alla decisione del T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, che la Xxx S.p.A., ove avesse voluto contestare l'ammissione della ricorrente alla procedura, avrebbe dovuto impugnare autonomamente la delibera di approvazione delle operazioni di gara.

La decisione prende le mosse dal pacifico principio per il quale nel processo amministrativo impugnatorio improntato alla previsione del termine decadenziale, l'omessa impugnazione delle pregresse statuizioni lesive produce un effetto di preclusione del gravame avverso la successiva determinazione di stampo meramente consequenziale[5].

Nel caso di specie, però, la controinteressata si era difesa sostenendo che, poiché la delibera era stata già oggetto di impugnazione da parte delle ricorrente, tale atto doveva considerarsi già gravato e non fosse necessaria un autonomo richiamo nel ricorso incidentale.

Il Consiglio di Stato manifesta un diverso avviso, rilevando che è risaputo che l'onere di impugnazione è personale e non può essere supplito da iniziativa di terzi[6].

Per quanto la questione non sia stata sollevata dalla controinteressata, e di conseguenza trattata dal Collegio di secondo grado, vale senz'altro la pena di rammentare, data la rilevanza pratica del problema, che non avrebbe salvato l'eventuale utilizzo, nel ricorso incidentale, della formula di stile con la quale si estende l'impugnazione "*a tutti gli atti antecedenti, presupposti, connessi, successivi e consequenziali*".

Questa espressione, pur inserita costantemente dagli avvocati nei ricorsi amministrativi, è considerata dalla giurisprudenza priva di qualsiasi valore processuale, in quanto inidonea a individuare uno specifico oggetto d'impugnativa[7].

Il particolare rigore di tale consolidato orientamento giurisprudenziale si giustifica ove si consideri che solo un'inequivocabile determinazione del *petitum* processuale

---

2006, n. 8265; Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689.T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 23 aprile 2008, n. 3415.

[4] Consiglio Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 febbraio 2007, n. 463; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 21 febbraio 2007, n. 1527; T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, 31 luglio 2006, n. 514; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12491.

[5] Consiglio di Stato, sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6430. La preclusione non opera, ovviamente, in senso inverso. Ed anzi, in giurisprudenza è stato osservato che l'intervenuta impugnazione dell'atto presupposto esonera il ricorrente dall'onere di gravarsi anche contro l'atto consequenziale, attesa l'automatica caducazione di quest'ultimo per effetto dell'eventuale annullamento del primo (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3731).

[6] Il principio è stato più volte ribadito, anche se con riferimento all'intervento. Si vedano in tal senso Consiglio di Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2795; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3113; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 217.

[7] Consiglio di Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6711.

consente alle controparti la piena esplicazione del diritto di difesa in giudizio garantito dall'articolo 24, comma 2° della Costituzione[8].
La soluzione indicata dal Consiglio di Stato appare quanto mai logica, ma va segnalato che certa dottrina ha sostenuto un orientamento di segno contrario, consigliando ai ricorrenti di inserire la formula di stile in questione, al fine di porsi al riparo da declaratorie di inammissibilità per mancata impugnazione di tutti gli atti del procedimento[9].
Al di là delle dispute teoriche e del valore effettivo della formula, la prassi ci insegna che nessun avvocato omette di inserire il riferimento, pur se generico, agli atti consequenziali e connessi, in ossequio alla regola non scritta per la quale, in presenza di un dubbio interpretativo, si sceglie la soluzione che offre maggiori garanzie di evitare vizi formali o improcedibilità del ricorso.

3. *Immodificabilità dell'offerta*.
Il cuore della problematica affrontata dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento è il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, le cui modalità sono cristallizzate negli artt. 86 e ss. del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163.
Come noto, la suddetta verifica deve mirare ad individuare se il concorrente abbia formulato l'offerta sulla base di elementi oggettivi, che assicurino la compatibilità della stessa con gli obiettivi della buona esecuzione del lavoro e del rispetto dei tempi di realizzazione dell'opera e che, pertanto, l'offerta medesima non sia frutto di una scelta più o meno casuale della percentuale di riduzione del valore posto a base d'asta, al solo scopo di conseguire l'aggiudicazione, senza che l'operazione richieda né la comparazione con l'interesse pubblico, né tanto meno con le condizioni offerte da altri concorrenti, dal momento che comparazione e confronto appartengono a fasi differenti della procedura concorsuale[10].
All'impresa, dunque, deve essere consentito, in sede di contraddittorio con la Stazione Appaltante, di poter dimostrare la piena affidabilità della propria proposta contrattuale[11].
Per quanto riguarda la forma e il contenuto del sub procedimento, è stato acutamente rilevato che il contraddittorio successivo non può essere "costretto" nelle maglie dei supporti documentali strettamente collegati alle giustificazioni preventive dell'offerta, dovendosi invece tendenzialmente ammettere, con una interpretazione conforme alla normativa comunitaria, un dialogo a tutto campo, in cui le imprese che abbiano presentato offerta in sospetto di anomalia abbiano la più

[8] Consiglio di Stato, sez. IV, 21 giugno 2001, n.3346.
[9] ROSANNA DE NICTOLIS, *Formulario commentato del nuovo processo amministrativo*, Milano 2001.
[10] Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2006, n. 5967;
[11] Consiglio di Stato, n. 5967/2006.

ampia possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire e provare la loro posizione[12].

Il punto è che l'esigenza di permettere all'offerente di presentare chiarimenti deve essere contemperata con l'altrettanto importante principio secondo il quale l'offerta non può essere modificata in sede di gara, pena l'evidente violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Il contraddittorio, dunque, necessita di essere in qualche misura limitato, nel senso che al concorrente non può essere consentito di ribaltare o rimodulare la proposta con la quale partecipa alla gara.

I giudici di Palazzo Spada, nel discettare di tale limite, ribadiscono preliminarmente che il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire *in itinere* ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile.

Non a caso, il vigente quadro normativo di riferimento stabilisce che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione[13].

Da tale assunto, il Consiglio di Stato ricava l'inaccettabilità di giustificazioni che risultino tardivamente dirette, nel tentativo di far apparire serie un'offerta che inizialmente non lo era, ad un'allocazione dei costi diversa da quella originaria.

Questo principio generale è stato più volte sostenuto, anche prima dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti.

La giurisprudenza ha osservato che, in termini di ragionevolezza, non avrebbe senso una normativa generale e speciale che disciplina l'attività di proposizione dell'offerta in modo così dettagliato e che responsabilizza in tal guisa sia la Stazione che i partecipanti alla gara, se a questi ultimi fosse tranquillamente consentito – non importa se per mera negligenza o per altre ragioni – di regolarsi in modo diverso, senza sentirne le conseguenze[14].

Anche i singoli Tribunali Amministrativi hanno espresso un orientamento conforme, in sede di verifica della congruità dell'offerta presentata in una gara d'appalto, il principio del contraddittorio successivo mira a consentire esclusivamente un fisiologico arricchimento degli elementi già dedotti in origine e, quindi, incontra un limite nel divieto di trasformazione dell'offerta originaria in un *quid* sostanzialmente nuovo o diverso per mezzo di ulteriori giustificazioni. Infatti, dovendo comunque intercorrere un rapporto di specificazione tra le giustificazioni originarie e quelle successive in contraddittorio, la documentazione prodotta in sede di verifica dell'anomalia non può risolversi in una modifica sostanziale dei dati già documentati in sede di presentazione dell'offerta, violandosi altrimenti il principio di parità di trattamento dei soggetti in gara per effetto di un'inammissibile dilatazione del

[12] Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658. Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8028.

[13] Art.86, 5° comma, D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163.

[14] Consiglio di Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5363.

tempo utile per la presentazione dell'offerta soltanto in favore di uno o più concorrenti[15].

Da un punto di vista teorico la problematica sembra sufficientemente chiara: nessun contraddittorio può trasmodare nella modifica dell'offerta inizialmente presentata.

Ma, in concreto, la "zona grigia" nella quale non è semplice distinguere cosa sia giustificazione e cosa, invece, modifica, è ampia, costringendo l'interprete a districarsi in ogni singolo caso, avendo come unico punto di riferimento questioni già risolte dalla giurisprudenza.

Ad esempio, è stato sostenuto che l'offerta è da considerarsi modificata se le ulteriori giustificazioni rispetto a quelle indicate preventivamente in sede di offerta ritenuta anomala, che afferiscono ai medesimi elementi di costo, sono di segno completamente opposto rispetto alle precedenti[16].

Si è inoltre, affermata la possibilità che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate e che, in relazione alle stesse, è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci; ciò non comporta una modifica dell'offerta originaria, perché il ribasso offerto resta invariato, ma implica una giustificazione del ribasso tenendo conto di tutte le circostanze concrete, e quindi senza determinare alcuna violazione della *par condicio*, poiché l'offerta iniziale resta immutata e ciò che cambia è il costo di singole voci: il che non incide sulla serietà dell'offerta, ma solo sulla gestione interna dell'impresa offerente[17].

Come si vede, i confini sono impalpabili, e la casistica del giudice amministrativo è quanto mai variegata.

Nel caso che occupa, il Consiglio di Stato ha rilevato che, se una quota di costo è stata indicata in sede di offerta come "spese generali", quella voce non può poi essere invocata, durante il sub procedimento di verifica dell'anomalia, per coprire costi diversi, che alle spese generali non sono riconducibili[18].

Un altro spunto interessante è fornito dall'analisi del valore delle tabelle ministeriali recanti il valore della manodopera, sulla quale il supremo consesso amministrativo si sofferma per evidenziare che, per quanto i dati contenuti nelle tabelle non siano

---

[15] T.A.R. Napoli, 13 aprile 2006, n. 3606; T.A.R. Puglia, sez. I, 5 luglio 2005, n. 3117; T.A.R. Reggio Calabria, 3 ottobre 2005, n. 1744; idem, 15 novembre 2005, n. 2045; T.A.R. Catania, 15 marzo 2002 n. 516; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 26 gennaio 2006, n. 27; Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4082.

[16] Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6183; Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2001, n. 102.

[17] T.A.R. Puglia, sez. I, 6 novembre 2006, n. 3899.

[18] Nella specie, i costi della sicurezza, quelli dell'IRAP e dell'IRES.

inderogabili, essi costituiscono pur sempre un parametro legale[19], dal quale non ci si può discostare senza valide motivazioni.

In altre parole, le indicazioni delle tabelle ministeriali hanno un'efficacia che potremmo definire *iuris tantum*: non vi è dubbio che il concorrente possa distaccarsi dai parametri ivi riportati, ma tanto aumenta tale distacco, tanto la giustificazione deve essere rigorosa, convincente e logicamente motivata, al contrario di quello che è accaduto nella fattispecie *de qua*.

La pronuncia è significativa su questi punti non tanto per i principi generali che ribadisce, il valore e la portata dei quali non sono seriamente in discussione, quanto per l'applicazione pratica che il Consiglio di Stato ne dà, esaminando punto per punto la logicità della valutazione dell'anomalia compiuta dalla stazione appaltante, e segnalando su quali aspetti, in concreto, è avvenuto l'inammissibile mutamento dell'offerta.

Questo conduce ad un'altra problematica, molto dibattuta in giurisprudenza, relativa ai limiti del sindacato del giudice amministrativo sull'operato della Pubblica Amministrazione, laddove questo coinvolga profili di discrezionalità tecnica.

L'ordine logico dei due problemi avrebbe consigliato di trattare tale questione prima di affrontare il limite delle giustificazioni dell'anomalia: nel momento in cui il Consiglio di Stato arriva a esaminare l'allocazione dei costi e l'indicazione del monte ore, è evidente che si è aderito ad un sindacato "forte" (intrinseco) del G.A. sugli atti amministrativi.

Perché, allora, parlarne solo in coda? Il fatto è che la problematica è stato al centro di un lungo dibattito, che non è ancora del tutto concluso, ed esula dai limiti di questo lavoro dare completa ricostruzione delle varie posizioni e tesi sull'argomento.

Sembra, però, utile farne cenno affinché sia chiaro che non è del tutto pacifico che il giudice amministrativo possa entrare così profondamente nel merito delle decisioni della P.A.

E non a caso la questione sorge trattando della valutazione dell'anomalia: questo procedimento costituisce uno dei momenti più delicati di utilizzo della c.d. discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che in sede di verifica dell'anomalia delle offerte presentate negli appalti di lavori pubblici, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove tale opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza della fisiologica opinabilità che connota la interpretazione e applicazione di scienze non esatte, non venga considerata errata sul piano della tecnica, essendo compito primario del giudice verificare se il potere

[19] Art.86, comma 3 bis del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, comma introdotto dall'articolo 1, comma 909, lettera a), legge n. 296 del 2006, poi così sostituito dall'articolo 8, comma 1, legge n. 123 del 2007.

amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criterio di logica, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti in tal senso[20].

In altre parole, la discrezionalità tecnica della P.A. in tema di verifica dell'anomalia, è sindacabile in sede giurisdizionale, fino a verificare l'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate dall'amministrazione, senza comunque ignorare che, nel campo dell'applicazione delle norme tecniche, occorre permanentemente distinguere - con rigore - fra legittimità e merito, nonché fra regole tecniche indefettibili e giudizi tecnici opinabili[21].

In particolare, è interessante annotare che la giurisprudenza considera la motivazione della valutazione effettuata in ordine all'anomalia delle offerte in una gara di appalto costituisce l'elemento decisivo ai fini della verifica giurisdizionale, in quanto permette un controllo sulla logicità della stessa, senza possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi alla p.a. e di trasmodare in determinazioni che appartengono al merito dell'azione amministrativa; il sindacato del giudice amministrativo, sotto tale profilo, se può limitarsi al controllo formale dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa, può anche consistere, se necessario, nella verifica della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, anche con eventuale ricorso a C.T.U. o verificatore, 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 acquisite[22].

Vale la pena, da ultimo, segnalare un recentissimo orientamento del Consiglio di Stato[23], dove è stato evidenziato che per sconfessare il giudizio tecnico espresso dalla stazione appaltante sotto la propria consapevole responsabilità, anche penale e contabile, non è sufficiente sostituire un giudizio opinabile con uno 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 quale 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, deve essere dimostrata in termini chiari, comprensibili, e immediatamente percepibili, e non in via di mere presunzioni. Quest'ultima sentenza, che entra in modo piuttosto incisivo sui limiti e i compiti del C.T.U.\verificatore, sarà oggetto di commento nel prossimo numero di Amministr@tivamente.

---

[20] Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4196.

[21] Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4943.

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

[23] Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384.

A conclusione di questo breve *excursus*, va evidenziato che nella prassi il confine fra errori oggettivi e rilievi soggettivi, che in linea puramente teorica sembrerebbe facile da definire, è in realtà tutt'altro che netto, e in ragione di ciò si assiste ad un'oscillazione giurisprudenziale che, se da una parte è concorde nel ritenere ammissibile il sindacato giurisdizionale nel procedimento di verifica, d'altro lato non sempre è univoca nel chiarire quali siano i limiti che tale sindacato incontra.

4. *Condizioni per invocare l'errore scusabile.*

L'ultimo profilo affrontato dalla sentenza in commento è la possibilità da parte della stazione appaltante di invocare il c.d. errore scusabile per sottrarsi al risarcimento del danno.

Si rammenta, infatti, che al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della p.a.: può invocare, infatti, l'illegittimità del provvedimento, quale presunzione semplice della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile[24].

Spetta, invece, all'amministrazione provare che si è trattato di un errore scusabile, ed al giudice valutarne la rilevanza con riferimento al caso concreto[25].

Secondo il Consiglio di Stato, che si allinea sulle posizioni classiche della giurisprudenza, tale tipologia di errore è configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata[26].

Tali condizioni non ricorrono nel caso della normativa relativa alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, che – come osserva il Collegio di secondo grado – non risulta né nuova, né di difficile applicazione.

[24] Consiglio di Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4010; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 23 luglio 2007, n. 699;

[25] Cass., sez. III, 5 giugno 2007, n. 13061.

[26] Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3389; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 novembre 2007, n. 6021.