

Discrezionalità tecnica

Discrezionalità tecnica, accertamenti tecnici e sindacato del giudice amministrativo

T.A.R. CALABRIA, CATANZARO, sez. II, 9 agosto 2010, n. 2234 - Pres. Fiorentino - Est. Lopilato - Alifax s.p.a. c. Azienda Provinciale Sanitaria di Vibo Valentia, Diesse Diagnostica Senese

La discrezionalità tecnica esercitata dalla pubblica amministrazione è sindacabile non soltanto attraverso un controllo estrinseco (vale dire attuato mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune e finalizzato a ripercorrere l'iter logico seguito dall'amministrazione), ma anche attraverso un controllo intrinseco che, consentendo al giudice di avvalersi di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati all'amministrazione, è volto a verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo, non essendo tuttavia consentito al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione tecnica.

Nei casi in cui l'attività richiesta all'amministrazione non presupponga la valutazione di situazioni tecnicamente complesse, bensì il mero accertamento di dati tecnici non opinabili, si esula dall'ambito della discrezionalità tecnica e si verte in quello degli accertamenti tecnici, ove il sindacato del giudice amministrativo può essere pieno, quindi volto alla riedizione, con l'ausilio di un consulente tecnico, delle operazioni eseguite dall'amministrazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in questa <i>Rivista</i> 2003, 448; Cons. Stato, sez. IV, 24 giugno 2003, n. 3790, in <i>Foro Amm. CdS</i> , 2003, 1862; Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2003, n. 4251, <i>ivi</i> , 2199; Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4811, <i>ivi</i> , 2004, 1724
Difforme	Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 1998, n. 1392, in <i>Foro Amm. CdS</i> , 1998, f. 10; Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 1310, in <i>Rass. CdS</i> 1999, I, 1643

Diritto

1. La questione posta all'esame di questo Tribunale attiene alla legittimità - nell'ambito della gara d'appalto indetta dall'Azienda sanitaria provinciale di Vibo Valentia ed avente ad oggetto l'affidamento della fornitura triennale di reagenti e materiali di consumo con l'acquisizione in service di sistemi diagnostici e di un sistema informatizzato per i laboratori dell'Azienda - dell'aggiudicazione alla controinteressata del lotto n. 16 «esame della Ves».

2. In via preliminare, deve essere esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dalle parti resistenti. In particolare, si deduce che l'Azienda sanitaria aveva comunicato l'aggiudicazione del lotto in esame alla controinteressata in data 16 giugno 2009 e che della predetta aggiudicazione la ricorrente avrebbe avuto conoscenza in data 20 luglio 2009, quando ha ricevuto la comunicazione della aggiudicazione ad essa degli altri lotti. Do-

vendo conseguentemente il termine di impugnazione decorrere da tale ultima data, il ricorso sarebbe tardivo.

L'eccezione non è fondata.

La ricorrente non ha ricevuto la comunicazione della aggiudicazione disposta alla Diesse s.p.a. Nondimeno, quest'ultima e l'amministrazione resistente assumono che ugualmente la ricorrente avrebbe avuto piena conoscenza, nella data sopra indicata, dell'atto lesivo.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che la prova della piena conoscenza dei provvedimenti amministrativi, ai fini della decorrenza del tempo di impugnazione, incombe su cui eccepisce la tardività del ricorso (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6365).

Nel caso in esame, a prescindere dalla valutazione del comportamento dell'amministrazione che non ha effettuato la prevista comunicazione, tale prova non è stata fornita.

Infatti, non può ritenersi che la ricorrente abbia avuto

conoscenza dell'aggiudicazione del lotto in esame alla controinteressata soltanto perché il lotto stesso non era stato indicato tra quelli aggiudicati alla ricorrente. In altri termini, dovendo essere la prova della piena conoscenza rigorosa, non può la stessa desumersi da un atto che ha un contenuto diverso e che potrebbe soltanto fare insorgere il dubbio circa la possibile emanazione dell'atto lesivo; il che non è sufficiente ad integrare il requisito prescritto dalla legge ai fini della decorrenza del termine di impugnazione.

Per queste ragioni il ricorso deve ritenersi tempestivamente proposto.

3. Nel merito il ricorso è fondato nei limiti di seguito indicati.

3.1. Nella specie, la verifica della legittimità dell'operato della commissione aggiudicatrice presuppone l'analisi di dati di natura tecnica.

Sul punto, è bene premettere che, come è noto, la giurisprudenza amministrativa ammette oramai il sindacato sulla discrezionalità tecnica non soltanto attraverso un controllo estrinseco, attuato mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune e finalizzato a ripercorre l'*iter* logico seguito dall'amministrazione, ma anche attraverso un controllo intrinseco che, consentendo al giudice di avvalersi di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati dall'amministrazione, è volto a verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 marzo 2008, n. 302).

Non è, però, ammissibile postulare un controllo definito di "tipo forte", con il quale l'autorità giudiziaria sostituisce *sic et simpliciter*, avvalendosi eventualmente di un consulente tecnico, la valutazione tecnica svolta dall'amministrazione con una propria e diversa determinazione. Questa operazione è impedita dal principio di separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, che non consente al giudice di incidere su un potere di valutazione riservato all'amministrazione dotata delle necessarie competenze tecniche e specialistiche nel settore di riferimento (si veda Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3911).

Il controllo può, invece, essere "pieno" quando l'attività richiesta all'amministrazione non presuppone la spendita di discrezionalità tecnica ma di meri accertamenti tecnici, che implicano la verifica di dati certi non suscettibili di apprezzamenti opinabili.

Per le ragioni sin qui esposte, il giudice può ritenere opportuno, come è avvenuto nel caso di specie, avvalersi dell'ausilio di un consulente tecnico.

3.2. Premesso ciò, con la prima censura la ricorrente assume la violazione del capitolato speciale. In particolare, si deduce che la *lex specialis* richiedeva che il sistema di determinazione della Ves fosse «completamente automatico» e quindi «privo di qualsivoglia intervento umano dell'operatore in ogni fase del prelievo».

La censura è fondata.

Il capitolato speciale prevede (pag. 17), sotto la voce «caratteristiche minime della strumentazione», che il si-

stema debba essere «completamente automatico per la determinazione della Ves con esecuzione dell'esame direttamente dalla provetta di prelievo. Identificazione positiva del campione mediante lettore di codice a barre interno. Premescolamento con agitazione automatica dei campioni. Misura del livello di campione, elaborazione e stampa dei risultati correlati con metodo di riferimento Westergreen».

Il consulente tecnico ha accertato, nel rispetto delle regole del contraddittorio e con argomentazioni che questo Tribunale condivide e fa proprie, che la commissione «ha disatteso» quanto previsto nel capitolato, in quanto l'offerta presentata dalla controinteressata non assicurava, per modalità tecniche di prelievo descritte nella relazione (pag. 3, 1°, 2° e 3° cpv), il predetto automatismo.

Da quanto esposto ne consegue che il giudizio della commissione si è fondato su un errore di fatto nella rappresentazione dei dati tecnici, con la conseguenza che la scelta amministrativa finale, attuata mediante aggiudicazione alla controinteressata, deve ritenersi illegittima.

3.2.1. Con una seconda censura, avente la stessa "natura" della prima, si deduce che l'offerta sarebbe, altresì, illegittima perché, in contrasto con quanto stabilito dal capitolato, non era stata prevista la fornitura dei "controlli".

Anche tale doglianza merita accoglimento.

Nel capitolato è scritto che la fornitura deve comprendere «reagenti, calibratori, controlli, materiali di consumo necessari per l'esecuzione delle indagini analitiche elencate nei rispettivi lotti» (art. 3).

Sul punto il CTU ha accertato «l'assenza di qualsiasi tipo di controllo, sia quello descritto nel Capitolato d'appalto, sia di quello sostitutivo che avrebbe dovuto essere fornito dalla Regione Toscana».

Ne consegue che, anche in relazione a tale aspetto, la commissione è incorsa in una erronea rappresentazione del dato tecnico reale, attribuendo un punteggio all'aggiudicatario non corrispondente, sulla base di quanto previsto dalla stessa *lex specialis*, al contenuto effettivo e alla natura dell'offerta.

Tale ragione di illegittimità "si aggiunge" a quella per prima esposta, confermando ulteriormente lo svolgimento di una attività amministrativa non conforme alle regole che l'amministrazione stessa si è data.

4. Per le ragioni sin qui esposte, il ricorso è fondato, con conseguente annullamento dell'atto di aggiudicazione dell'appalto del 16 giugno 2009 alla controinteressata.

4.1. La ricorrente ha chiesto, però, che questo Tribunale, oltre ad annullare il provvedimento riscontrato illegittimo, provveda ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente stessa.

Sul punto, deve rilevarsi come l'azione di adempimento, e cioè l'azione volta ad ottenere l'emanazione del provvedimento richiesto, è stata prevista, nello specifico settore degli appalti, per la prima volta dal D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici).

Al momento dell'adozione degli atti impugnati non esi-

steva, però, alcuna norma che consentisse l'adozione di una sentenza di condanna ad emanare l'atto richiesto, con la conseguenza che la relativa domanda, formulata in questa sede, deve essere dichiarata inammissibile.

A ciò si aggiunga che il ricorrente non ha proposto neanche la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto.

In definitiva, dunque, a fronte della illegittimità dell'attività amministrativa posta in esame, l'unica forma di tutela consentita è, allo stato, quella di annullamento.

4.2. La ricorrente ha chiesto, in via subordinata, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno

qualora non fosse possibile ottenere la tutela in forma specifica.

La valutazione della specifica domanda proposta induce questo Tribunale a ritenere che, avuto riguardo a quanto sopra statuito, tale domanda, a prescindere dalla sua eventuale fondatezza, non debba essere esaminata. Ciò in quanto, sia pure nei limiti suesposti, la ricorrente ha ottenuto la tutela in forma specifica richiesta mediante l'annullamento degli atti impugnati, con la conseguenza che non può trovare ingresso la disamina della domanda formulata "in via subordinata" al mancato ottenimento della predetta tutela. *Omissis*.

IL COMMENTO

di *Leonardo Masi*

Il TAR Calabria ha affrontato, con riferimento alla specifica materia degli appalti pubblici di forniture, la questione dei limiti del sindacato giurisdizionale della cd. discrezionalità tecnica esercitata dalla stazione appaltante nella selezione dell'offerta da preferire. Il TAR, peraltro, ha ribadito la distinzione concettuale tra discrezionalità tecnica ed accertamento tecnico. Nella prima ipotesi, il processo di apprezzamento del fatto attraverso l'utilizzo di discipline specialistiche avviene attraverso valutazioni. Nella seconda, l'attività richiesta all'amministrazione ai fini dell'adozione di un determinato provvedimento consiste nella mera verifica di dati certi non suscettibili di apprezzamenti opinabili. La distinzione rileva notevolmente in punto di estensione del sindacato del giudice amministrativo, sindacato che, in presenza di discrezionalità tecnica, deve ritenersi limitato alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo (cd. sindacato intrinseco debole), mentre nel caso degli accertamenti tecnici il giudice amministrativo può spingersi sino alla verifica diretta dell'esattezza del dato, ripetendo le operazioni di acquisizione dello stesso (cd. sindacato intrinseco forte o pieno).

Il caso deciso dal TAR Calabria

Nell'ambito di una procedura aperta indetta per l'aggiudicazione di un appalto di forniture sanitarie suddiviso in lotti separati, la stazione appaltante aveva provveduto a comunicare l'aggiudicazione dei vari lotti ai soggetti vincitori, e non anche agli altri concorrenti che avevano presentato offerte non selezionate, talché questi ultimi potevano solo desumere che, non avendo ricevuta la comunicazione di aggiudicazione per un determinato lotto, questo doveva essere stato aggiudicato ad altro concorrente. In relazione allo specifico lotto riguardante la fornitura di un macchinario per l'esecuzione di un esame specialistico, uno dei partecipanti aveva impugnato l'aggiudicazione altrui sostenendo, in particolare, che l'apparecchiatura offerta dall'aggiudicatario era difforme dalle specifiche tecniche del bando di gara, il quale stabiliva che il sistema di determinazione della Ves fosse «completamente automatico e quindi privo di qualsivoglia intervento umano in ogni fase del prelievo». Allo stesso modo, l'offerta della controinteressata risultava carente del sistema dei controlli, invece richiesto dal bando di

gara. Il ricorrente chiedeva quindi l'annullamento degli atti impugnati, l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore quale tutela in forma specifica, e, in subordine, per l'ipotesi in cui ciò non fosse possibile, il risarcimento del danno per equivalente.

La controinteressata, oltre a difendersi sostenendo l'insindacabilità, nel caso di specie, della valutazione tecnica espressa dalla commissione di gara circa l'automatismo del macchinario, aveva anche eccepito la tardività del ricorso, assumendo che il termine decadenziale per l'impugnazione avrebbe iniziato a decorrere, per il ricorrente, per effetto della comunicazione con la quale venivano ad esso comunicati i lotti di cui era risultato aggiudicatario.

Il tribunale amministrativo, in sede istruttoria, aveva disposto una consulenza tecnica d'ufficio volta ad appurare se vi fossero anomalie nel giudizio tecnico espresso dalla commissione, la quale, procedendo all'aggiudicazione, aveva evidentemente ritenuto l'apparecchiatura «completamente automatica». Dall'esperimento della consulenza tecnica emergeva invece che l'apparecchiatura oggetto dell'offerta dell'aggiudicatario non assicurava il pre-

scritto automatismo, e che la stessa non disponeva del sistema di controlli richiesto dal bando.

Nella decisione annotata, il tribunale amministrativo ha, in rito, disatteso l'eccezione di tardività del ricorso proposto, affermando che la ricorrente, alla quale non era stata comunicata l'aggiudicazione del lotto a favore della controinteressata, non poteva dirsi effettivamente cosciente di tale aggiudicazione per il solo fatto che detto lotto non era inserito tra quelli che invece la ricorrente era riuscita ad accaparrarsi, essendo per contro richiesta una conoscenza rigorosa dell'altrui aggiudicazione.

Nel merito, il ricorso veniva accolto quanto alla domanda di annullamento, avendo la consulenza tecnica d'ufficio appurato, dal mero esame delle schede tecniche del macchinario offerto dalla controinteressata, che il richiesto completo automatismo non era assicurato, talché la scelta della stazione appaltante risultava viziata da un errore di fatto nella rappresentazione dei dati tecnici rilevanti per la selezione dell'offerta. Così come era stato appurato, sempre dal consulente tecnico d'ufficio, che l'offerta della controinteressata era carente del sistema dei controlli, invece richiesto dal bando.

Venivano invece respinte le domande di risarcimento del danno, sia in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto, sia per equivalente.

Discrezionalità tecnica e accertamenti tecnici. Gli strumenti istruttori del giudice amministrativo

Secondo l'accezione più accreditata si intende per discrezionalità tecnica l'utilizzo da parte dell'amministrazione di nozioni tecnico-specialistiche nel processo cognitivo e valutativo di fatti, stati e luoghi, quale presupposto dell'esercizio del potere amministrativo (1). Si tratta, quindi, di attività non discrezionale in senso proprio, atteso che, se da un lato essa pur implica il compimento, con l'ausilio della tecnica, di attività valutative di quanto costituisce oggetto dell'indagine specialistica, dall'altro non comporta una scelta finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico (2). L'attività provvedimento successiva al compimento delle valutazioni tecniche potrà essere a sua volta connotata da discrezionalità, se, acquisiti gli esiti dell'attività tecnico-discrezionale, siano ravvisabili margini di scelta tra opzioni diverse tutte astrattamente idonee a soddisfare l'interesse pubblico (si parla in tali casi di discrezionalità mista), ovvero vincolata, nelle ipotesi in cui la determinazione della p.a. non potrà che essere meramente consequenziale rispetto ai predetti esiti.

È poi comunemente utilizzata la distinzione, che vedremo rilevante in termini di ampiezza del sindacato giurisdizionale, tra discrezionalità tecnica (ove la complessità dell'oggetto di indagine richiede, come si è visto, un'attività valutativa, quale ad esempio è necessaria nello stabilire il grado di fatiscenza di un edificio, le proprietà minerarie di un sito, la rilevanza storico-artistica di un bene o l'anomalia di un'offerta), dall'accertamento tecnico (ove invece l'esame si riduce all'acclaramento di dati certi e non suscettibili di valutazione opinabile, quali ad esempio la rilevazione del tasso alcolemico, della distanza tra edifici, dell'estensione di un'area da espropriare).

È altrettanto noto che per anni l'esercizio della discrezionalità tecnica, siccome attività assimilata impropriamente alla discrezionalità amministrativa, è stato ritenuto impermeabile al potere di indagine del giudice amministrativo, al quale era consentito soltanto un sindacato cd. estrinseco, vale a dire negli angusti limiti della logicità e ragionevolezza intesa in senso generale, quale quella propria dell'osservatore comune, talché, in assenza di manifesti indici sintomatici rilevabili dall'evocato osservatore comune, la cognizione della correttezza della valutazione tecnica restava preclusa alla giurisdizione di legittimità.

Orientamento con tutta evidenza insoddisfacente, atteso che non risultava consentita alcuna forma di tutela a fronte dello scorretto uso delle discipline specialistiche, e questo nonostante l'attività tecnico-discrezionale non sia affatto, come si è visto, discrezionale in senso proprio. Insomma, l'esercizio della discrezionalità tecnica godeva del regime di protezione, di fronte al sindacato giurisdizionale, proprio della discrezionalità amministrativa, pur non avendone i crismi e quindi non manifestandosi

Note:

(1) Non può essere questa la sede per dare conto delle innumerevoli trattazioni aventi ad oggetto il tema della discrezionalità tecnica. Si segnalano, tra le tante, Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 463 ss.; Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 687; De Pretis, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 1233 ss..

(2) Tanto che Giannini (*Corso di diritto amministrativo*, Milano 1970, 486) fu portato ad affermare che «si potrebbe osservare che tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale, e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto. Gli è però che l'allocuzione è ormai entrata nell'uso comune, e anzi chi la impiega, di solito sa bene che essa è totalmente diversa dalla discrezionalità pura o amministrativa (così taluno ha voluto dire, per accentuare la differenza)».

l'esigenza di separazione tra amministrazione e giurisdizione.

Dopo alcune anticipazioni di un'inversione di tendenza (3), il processo di demolizione dell'impostazione tradizionale è approdato alla storica decisione della quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, ove si è sostenuto che la valutazione tecnico-discrezionale attiene al fatto quale presupposto del provvedimento, come tale non affrancata dal sindacato giurisdizionale allorquando si tratti di verificare se tale presupposto, su cui si fonda il provvedimento, è inficiato o meno da errore (4).

Ammesso il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche, il Consiglio di Stato ha precisato che esso ha natura intrinseca, nel senso che attiene, secondo la formula usata dalla appena citata sentenza e ripetuta da numerose pronunce successive (5), «alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo».

La modifica di prospettiva non poteva non avere ripercussioni a livello processuale, posto che, una volta consentito al giudice amministrativo di valutare la corretta o meno applicazione di scienze specialistiche da parte dell'amministrazione, si poneva inevitabilmente la questione dell'adeguatezza degli strumenti conoscitivi per attuare in concreto l'enunciato proposito.

La svolta in tal senso, come noto, si è avuta nel biennio 1998-2000 attraverso l'introduzione nell'ordinamento processuale amministrativo dell'istituto della consulenza tecnica. Il primo passo è stato compiuto dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998, il quale ebbe a prevedere che nelle controversie risarcitorie aventi ad oggetto materie di giurisdizione esclusiva era consentito al giudice amministrativo di avvalersi della consulenza tecnica. Mentre, due anni dopo, l'art. 16 della L. n. 205 del 2000 ha ammesso, anche nella giurisdizione generale di legittimità, il ricorso allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio quale ausilio del giudice amministrativo, modificando il primo comma dell'art. 44 del testo unico sul Consiglio di Stato del 1924 (6).

L'evoluzione del contesto normativo sul processo, che andava di pari passo con le descritte progressioni della giurisprudenza in punto di sindacabilità dell'attività tecnico-discrezionale, ha portato un significativo mutamento di prospettiva, posto che se da un lato gli accertamenti tecnici erano già sindacabili dal giudice amministrativo per mezzo della verifica di cui al già vigente art. 44, comma 1, testo unico sul Consiglio di Stato, ora anche le valutazio-

ni tecniche complesse e implicanti attività valutative potevano essere scrutinate con poteri cognitivi effettivi, poteri che l'istituto della verifica non poteva, per la sua connotazione, assicurare (7).

La giurisprudenza più attenta ha poi avuto modo di precisare, in varie occasioni, che, nell'ambito del cd. sindacato intrinseco, il giudice amministrativo potrà verificare la correttezza del procedimento tecnico seguito nei termini sopra specificati, ma non procedere alla ripetizione dell'attività già compiuta dall'amministrazione e quindi appurare esso stesso i fatti, gli stati, i luoghi etc. Potrà quindi sindacare le modalità e i percorsi attraverso i quali tali fatti, stati, luoghi sono stati appurati, ma non appurarli esso stesso sostituendosi all'amministrazione, pena la violazione del ricordato principio di separazione tra

Note:

(3) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 25 settembre 1993, n. 645, in *Rass. TAR*, 1993, I, 4288; T.A.R. Lombardia, sez. III, 12 maggio 1997, n. 586, in *Foro Amm.*, 1997, 1725, con nota di Perfetti.

(4) Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro It.*, 2001, III 14 con nota di Travi; in *Dir Proc. Amm.*, 2000, 182 con note di Del-signore e Lazzara; in *Foro Amm.*, 2000, 422 con nota di Perfetti.

(5) Ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2004, n. 1213, in questa *Rivista*, 2004, 607; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *ivi*, 2007, 183.

(6) Sulla consulenza tecnica nel processo amministrativo v. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2374; Saporito, *Il ruolo della consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in Caringella e Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2001, 941; Auletta, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo e l'art. 1 del c.p.c.*, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 283; Bertoldini, *La consulenza tecnica d'ufficio nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la ricerca della prova deve attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell'azione amministrativa*, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 225. Non si dimentichi che la modifica apportata dalla L. n. 205/2000 era stata preceduta da un'ordinanza della quarta Sezione del Consiglio di Stato (17 aprile 2000, n. 2292), in questa *Rivista*, 2000, 1334, e *Giur. It.*, 2000, III, 2402 con nota di Mirate, ove veniva sollevata la questione di legittimità costituzione del reticolato normativo che, disciplinando l'istruttoria nel processo amministrativo, non consentiva, nell'accesso al fatto, l'utilizzo di perizie, accertamenti tecnici o consulenze d'ufficio, ordinanza ovviamente privata di rilevanza per effetto della sopravvenuta (di pochi mesi, essendo la L. n. 205/2000 del luglio) novità normativa.

(7) Sulla distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio v. Caringella, *cit.*, 1246. Distinzione la cui ragione di essere è stata confermata dal Codice sul processo amministrativo approvato con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e in vigore dal 15 settembre 2010, il quale disciplina separatamente, rispettivamente agli artt. 66 e 67, i due istituti. Per quanto attiene alla consulenza tecnica, degna di nota è la previsione contenuta nell'art. 63, comma 4, del Codice, ove se ne prevede l'utilizzo solo se "indispensabile", quasi a volerne configurare la natura residuale, di *extrema ratio*. In realtà, la precisazione appare poco comprensibile, posto che il principio di economia processuale già impone al giudice amministrativo, come a quello civile, di ricorrere alla consulenza tecnica solo ove gli strumenti cognitivi propri dell'organo giudicante non siano sufficienti e necessitino del supporto del consulente tecnico.

amministrazione e giurisdizione. È in questo senso che il cd. sindacato intrinseco viene comunemente definito un sindacato debole (8).

Se ne è tratta la conclusione, ribadita dalla sentenza in commento, che mentre in presenza di discrezionalità tecnica il sindacato dovrà necessariamente arrestarsi alla verifica dell'attendibilità delle operazioni eseguite quanto a criterio tecnico e metodo applicativo, nel caso di accertamento tecnico il sindacato potrà essere pieno, tale da comportare la ripetizione in sede giudiziaria del processo cognitivo di acquisizione del fatto cui è giunta la p.a., e ciò in quanto, come detto, in presenza di operazioni non implicanti un processo valutativo viene meno l'esigenza di precludere la sostituzione del giudice all'amministrazione nell'appurare l'eventuale emersione di ciò che rappresenta, nella sostanza, un errore di fatto che vizia il provvedimento (9).

Senonché, stabilire, di fronte ad una data azione amministrativa, se l'attività cognitiva richiesta alla p.a. e che ha costituito il presupposto dell'atto impugnato richieda l'applicazione di una scienza specialistica non opinabile oppure no è questione di semplicità solo apparente, atteso che il concetto stesso di scienza esatta è notoriamente dubbio, tanto che alcuni lo limitano alle ipotesi di discipline comportanti mere misurazioni, quali la matematica, la fisica, la geometria etc., e quindi solo in tali casi potrebbe configurarsi un'attività accertativa e non tecnico-discrezionale.

La questione risulta centrale per fare corretta applicazione, sul piano processuale, dei principi che ormai da oltre dieci anni la giurisprudenza ha affermato in punto di sindacato delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione.

Si può senz'altro ritenere che una tale delicata attività di definizione del caso concreto in termini di discrezionalità tecnica o di accertamento tecnico debba impegnare il giudice in via preliminare rispetto all'ammissione dei mezzi istruttori, così da poter stabilire se sia sufficiente - per accedere al fatto - la verifica, ovvero sia necessaria la consulenza tecnica, e, a seconda del mezzo ammesso, quale debba essere il quesito da formulare al verificatore o al consulente.

Tale considerazione introduce la altrettanto rilevante, sul piano della concreta applicazione delle enunciazioni di principio elaborate dalla giurisprudenza, questione della formulazione del quesito al consulente tecnico, quesito ove - in aderenza alla descritta impostazione - dovrebbe essere specificata, nei casi di discrezionalità tecnica, la limitazione dell'attività peritale alla verifica della congruenza

ed attendibilità del metodo applicato in relazione alla scienza specialistica del caso di specie, ma non chiedere al CTU la ripetizione delle operazioni valutative.

Senonché, per quanto la ultradecennale giurisprudenza sia tale da poter delineare con sufficiente chiarezza il quadro d'insieme circa l'ambito del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, un'attenta lettura dei precedenti giurisprudenziali, anche recenti, dimostra che non sempre a fronte degli evocati principi, corrispondono applicazioni pratiche coerenti.

Emergono infatti posizioni disallineate, sia in senso estensivo del sindacato, che in senso restrittivo.

Nel primo caso, l'inaffidabilità - in presenza di attività tecnico discrezionale - della sostituzione della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione può essere da un lato declamata in linea di principio, ma nello stesso tempo disattesa all'atto pratico allorquando si affida l'incarico al consulente tecnico.

È così accaduto, ad esempio, che in un recente giudizio avente ad oggetto la censura, da parte del ricorrente, del diniego del riconoscimento della dipendenza di un'infermità da causa di servizio, è stata disposta una consulenza tecnica proprio al fine di accertare, anche mediante l'esame diretto del paziente, se il rapporto di causa/effetto vi fosse (10). Accertamento che ha avuto esito positivo, con conseguente annullamento degli atti impugnati. Una tale impostazione, se confermata, potrà aprire un nuovo varco per la trasformazione del sindacato intrinseco da debole a forte, o pieno.

Si consideri infatti che per giustificare la ripetizione della visita al paziente e quindi la verifica della dipendenza da causa di servizio, la citata sentenza afferma «Quanto alla natura discrezionale del prov-

Note:

(8) Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro It.*, 2002, III, 482 con nota di Scarselli e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, *ivi* 2004, III, 6 con nota di Bastianon, entrambe in materia di estensione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato; Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 225 con nota di Bertoldini; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Foro It.*, 2002, III, 414. Di recente, Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274, allo stato inedita.

(9) Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in questa *Rivista* 2003, 448 con note di Agnino e Di Cagno; successivamente Cons. Stato, sez. IV, 24 giugno 2003, n. 3790, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1862; Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2003, n. 4251, *ivi*, 2199; Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4811, *ivi*, 2004, 1724.

(10) Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2009, n. 8399, allo stato inedita.

vedimento, è noto che - pur incontrando, i limiti oggettivi dell'opinabilità e relatività di ogni valutazione scientifica, nonché dell'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione (in quanto il potere di sostituzione è proprio soltanto della giurisdizione di merito) - il giudice amministrativo non è per questo tenuto a limitare il proprio apprezzamento ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale, secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, dovendo invece l'oggetto del giudizio estendersi alla esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie applicabile. In tale ottica - ed in applicazione del principio dell'effettività della tutela delle situazioni soggettive protette, rilevanti a livello comunitario (quale principio imposto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, promossa dal Consiglio d'Europa nel 1950) - se è vero che il Giudice non può sostituire all'apprezzamento opinabile dell'Amministrazione il proprio apprezzamento, è anche vero che il medesimo Giudice non può esimersi dal valutare, anche avvalendosi di idonea consulenza tecnica, l'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'Amministrazione, ove tale erroneità sia in concreto valutabile; quanto sopra, soprattutto ove debba esercitarsi una discrezionalità tecnica, in rapporto alla quale l'esercizio del potere richiede non una scelta di opportunità, ma l'esatta valutazione di un fatto secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica». Quindi, si giunge ad affermare che il giudice amministrativo può procedere all'esatta valutazione del fatto e quindi alla riedizione delle operazioni tecnico valutative, anche in presenza di attività tecnico discrezionale per eccellenza, quale appunto la verifica di un nesso di causalità in materia medico legale, ove l'opinabilità della valutazione è in *re ipsa* (11).

Sul versante opposto, quello più restrittivo, continuano a rinvenirsi nei repertori decisioni (12) ove si tende a sottolineare con fermezza che per accedere al sindacato intrinseco mediante consulenza tecnica è necessaria l'evidenza palese dell'inattendibilità della valutazione tecnica censurata, o addirittura che la illogicità debba desumersi «in maniera indubitabile» (13). Viene da chiedersi se un tale approccio non costituisca una limitazione eccessiva all'accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, il quale difficilmente potrà disporre autonomamente delle conoscenze tali da considerare «indubitabilmente» inattendibile una valutazione tecnica, specie in contesti specialistici complessi. Avremmo la conseguenza, se un tale orientamento

si rafforzasse, che i provvedimenti viziati da errore tecnico non manifestatosi in termini così eclatanti, ma pur sempre presente e cagione di illegittimità del provvedimento, sarebbero inaccessibili allo scrutinio di legittimità attraverso la consulenza tecnica. Talché, pur posta l'affermazione di principio della sindacabilità intrinseca della discrezionalità tecnica, si correrebbe il rischio della creazione di vaste aree affrancate dal sindacato giudiziale, di fatto sacrificandosi l'esigenza di tutela effettiva anche di fronte alle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione (14).

Non resta che monitorare l'evoluzione della giurisprudenza per verificare quale delle indicate tendenze è destinata ad affermarsi, con l'auspicio che le resistenze all'effettività del sindacato, e quindi della tutela, possano recedere.

Discrezionalità tecnica e accertamenti tecnici nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Il problema della conformità della merce offerta rispetto alle previsioni del bando

Il quadro che precede, in questa sede necessariamente schematico e sintetico, consente tuttavia di approfondire con adeguata strumentazione le problematiche applicative degli evocati principi allo specifico tema delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

Come in ogni ambito dell'azione amministrativa, anche in sede di gara risultano prospettabili di fronte alla pubblica amministrazione, a seconda delle fattispecie concrete, sia situazioni che richiedono l'esercizio di discrezionalità tecnica nel senso sopra precisato, sia contesti nei quali l'attività cognitiva del fatto è limitata al compimento di meri accertamenti tecnici.

Volendo procedere con esemplificazioni di massima, possiamo ritenere acquisito in giurisprudenza che costituiscono attività tecnico-discrezionali quel-

Note:

(11) È singolare rinvenire un precedente così progressista in una materia, quella degli accertamenti sanitari sulla dipendenza di infermità da causa di servizio, che più di altre si era segnalata per le resistenze opposte all'affermazione della sindacabilità intrinseca delle valutazioni tecniche, cfr. Cons. Stato, sez. IV 18 febbraio 2003, n. 877, in *Foro Amm. CdS*, 203, 520.

(12) Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5455, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2087.

(13) Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783 allo stato inedita.

(14) Su questi rischi v. le riflessioni di Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Amm.*, 2004, 439 ss.

le relative alla valutazione comparativa delle offerte (15), alla verifica della congruità delle giustificazioni addotte in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta (16), all'attribuzione di un punteggio ai vari sottocriteri (17).

Si verte invece nel campo degli accertamenti tecnici tutte le volte in cui, ad esempio, si tratta di acclarare le caratteristiche misurabili di un prodotto (peso, dimensioni etc.).

La sentenza annotata si è confrontata proprio con il problema, che di frequente impegna le stazioni appaltanti, della verifica della conformità di un prodotto alle prescrizioni del bando di gara, problema di fronte al quale non sempre è agevole stabilire la sussistenza di effettiva discrezionalità tecnica o meno.

Il giudizio di conformità rispetto ad un modello, una prescrizione, una specifica può, a seconda dei casi, richiedere un mero raffronto oggettivo, oppure presupporre l'esercizio di un'attività valutativa più o meno estesa.

È utile segnalare che in giurisprudenza sembra prevalere la tendenza a ritenere che il giudizio di conformità tra un determinato prodotto e la *lex specialis* di gara attenga all'esercizio della discrezionalità tecnica e come tale può subire soltanto il sindacato intrinseco debole di cui si è ampiamente detto, anche se, invero, tali conclusioni sono scaturite da procedure selettive ove era ammesso un margine di elasticità e quindi si poneva la questione se il prodotto offerto, sebbene non esattamente conforme, potesse svolgere la funzione richiesta (18).

Nella sentenza in commento, invece, sembra delinearsi una posizione diversa, tale da fare annoverare il precedente quale un punto a favore dei sostenitori dell'incremento dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo sull'operato della commissioni di gara.

Se infatti, da un lato, viene ribadito il concetto già in più occasioni affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato del parallelismo discrezionalità tecnica/sindacato debole e accertamento tecnico/sindacato forte (19), dall'altro, in sede applicativa, il TAR Calabria è giunto ad affermare la natura di accertamento tecnico con riguardo alla verifica dell'automatismo o meno di un determinato macchinario, ciò che in effetti rappresenta profilo non squisitamente numerico, ovvero misurabile. Tanto che al CTU è stato consentito di verificare le specifiche tecniche del macchinario offerto e rilasciare la sua personale conclusione, diversa e sostitutiva di quella della commissione, circa l'effettivo completo automatismo.

La sentenza in commento evidenzia così come, a prescindere dalle enunciazioni di principio, sulle quali pare ormai delinearsi un orientamento condiviso, l'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulle applicazioni tecnico-scientifiche da parte delle commissioni di gara dipenderà in larga misura dalle applicazioni pratiche in sede processuale, specie al momento in cui si tratterà di ammettere o meno la consulenza tecnica e soprattutto al momento della formulazione del quesito.

Saranno i successivi arresti giurisprudenziali, da sorvegliare con particolare attenzione quanto alle fattispecie concrete che li hanno generati, che offriranno il metro di misura del grado di effettività della tutela del cittadino di fronte alle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione e quindi del rispetto degli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Note:

(15) Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, cit.

(16) Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in questa *Rivista*, 2001, 866, con nota di Protto; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2517, *ivi*, 781; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in questa *Rivista*, 2007, 183 con nota di Mirate; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783, allo stato inedita; Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404, in questa *Rivista*, 2008, 1164 con nota di Lombardi.

(17) T.A.R. Liguria, sez. II, 5 luglio 2007, n. 1314, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 2329; T.A.R. Basilicata, 30 aprile 2005, n. 286, *ivi*, 2005, 1231.

(18) Ad esempio, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 febbraio 2008, n. 227, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 607; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 23 marzo 2007, n. 957, *ivi*, 2007, 1120; T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 24 maggio 2005, n. 186, *ivi*, 2005, 1434; v. tuttavia, più in linea con la sentenza annotata, T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 12 luglio 2002, n. 928, ove è stata ammessa una consulenza tecnica volta a verificare il possesso, da parte di un determinato prodotto offerto, delle specifiche tecniche del capitolato di gara, connotandosi in tal caso il sindacato giurisdizionale in termini di pienezza.

(19) V. nota 9.