

Potestà tecnico-discrezionale della commissione di gara. Limiti delle censure ricorsuali e del controllo giurisdizionale.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 5-7-2017

1) *Le valutazioni della Commissione di gara in relazione ai contenuti delle offerte tecniche dei diversi partecipanti costituiscono uno degli esempi più nitidi di esercizio di una potestà amministrativa di natura tecnico-discrezionale.*

2) *A fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione -avente margini di opinabilità- con il proprio giudizio.*

3) *Le valutazioni delle Commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal G.A. non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione.*

Guida alla lettura.

La pronuncia in esame si sofferma sui **limiti delle censure ricorsuali e del sindacato giurisdizionale a fronte di apprezzamenti tecnico-discrezionali** espressi dalla Commissione giudicatrice.

Nel caso di specie, il criterio di aggiudicazione adottato per la procedura selettiva -idoneo come tale a consentire valutazioni tecniche- è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base al miglior rapporto qualità-prezzo, ex art. 95, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016.

Le doglianze avanzate dalla società ricorrente denunciano l'asserita illegittimità delle valutazioni operate dal seggio di gara, rispetto alle offerte presentate dalla stessa deducente e dall'aggiudicataria.

Rileva il T.a.r. che **“le valutazioni della Commissione di gara in relazione ai contenuti delle**

offerte tecniche dei diversi partecipanti costituiscono uno degli esempi più nitidi di esercizio di una potestà amministrativa di natura tecnico-discrezionale”.

La giurisprudenza amministrativa, sul punto, è pressoché univoca nel ritenere che **“a fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione -avente margini di opinabilità- con il proprio giudizio”**^[1].

La giurisprudenza ha altresì rilevato come i giudizi tecnici espressi dalle Commissioni di gara siano suscettibili di scrutinio solo nei limiti della manifesta illogicità.

Nello specifico, **le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara sono sindacabili dal g.a. “non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione”**^[2].

Applicando i richiamati assunti ermeneutici alla fattispecie sottoposta al proprio vaglio, l'adito T.a.r. rigetta il gravame.

Dalle emergenze documentali, infatti, gli apprezzamenti espressi dalla Commissione risultano immuni da vizi riconducibili a difetti di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto o incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

Tanto chiarito, giova osservare che il **tema della discrezionalità tecnica**, in contrapposizione alla discrezionalità amministrativa c.d. pura, **ha molto impegnato dottrina e giurisprudenza** nel recente passato.

In materia si registrano **distinti orientamenti ermeneutici**.

La **teoria tradizionale**^[3] ritiene che le **valutazioni tecniche** siano riconducibili nel c.d. merito amministrativo, al pari degli apprezzamenti espressione della discrezionalità amministrativa pura.

Il **merito amministrativo**, come noto, è la sfera più intima del potere discrezionale.

Esso è retto da regole metagiuridiche -quali l'opportunità, la coerenza e la convenienza- distinte dai precetti normativi, che costituiscono invece il parametro di legittimità, cui deve conformarsi l'autorità procedente.

Il principio di separazione dei poteri -cardine del nostro ordinamento giuridico- esclude che il nucleo essenziale potere discrezionale, nei termini appena descritti, sia suscettibile di un sindacato intrinseco da parte del g.a.

Un controllo così penetrante, infatti, è possibile solo nelle tassative ipotesi di giurisdizione di merito previste dal legislatore.

Ne deriva, pertanto, che lo scrutinio della discrezionalità tecnica può avvenire soltanto *ab externo*, per il tramite del vizio dell'eccesso di potere.

La teoria tradizionale è stata tuttavia messa in discussione dalla **dottrina moderna**[\[4\]](#) prima e dalla giurisprudenza poi.

In particolare, si è **confutato l'assunto che gli apprezzamenti tecnici siano riconducibili nel merito amministrativo**, poiché ontologicamente differenti dalla discrezionalità amministrativa.

Quest'ultima, infatti, è strutturata in un momento di giudizio e in un momento di volontà.

La prima fase postula un'attività istruttoria e comparativa tra l'interesse pubblico curato dalla p.a. e gli ulteriori interessi coinvolti dall'azione amministrativa.

Il momento di volontà, di contro, involge la fase decisoria, a valle dell'istruttoria, attuata nel rispetto delle prescrizioni di legge e di buona amministrazione.

Diversi, si afferma, sono i caratteri della discrezionalità tecnica.

Nel momento di giudizio, invero, la p.a. procedente esegue una valutazione di fatti, e non di interessi, sulla scorta di regole che disciplinano le c.d. scienze non esatte.

Manca altresì il momento di volontà, atteso che, in esito all'istruttoria, la decisione finale è predeterminata a monte dal legislatore.

In presenza di **discrezionalità tecnica**, pertanto, la valutazione della p.a. è connotata da un **marginale di opinabilità** tipico delle *leges artis*, che regolano la specifica scienza non esatta da applicarsi al caso concreto.

La **discrezionalità amministrativa** è invece basata su apprezzamenti di **opportunità**.

Le rilevate distinzioni sono gravide di implicazioni sul piano teorico, impedendo, appunto, la sussunzione della discrezionalità tecnica nel merito amministrativo.

Le **riflessioni della moderna dottrina sono state fatte proprie dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato**[\[5\]](#), in una decisione che ha rappresentato un *revirement* rispetto alla teoria della sostanziale assimilazione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica.

La leva argomentativa di tale *decisum* è costituita proprio dalla diversa natura dei due poteri valutativi della p.a. procedente.

Se, infatti, gli apprezzamenti tecnici si collocano al di fuori dell'area del merito amministrativo, al g.a. è consentito un **vaglio intrinseco** -e non meramente estrinseco e formale- **circa l'attendibilità della valutazione tecnica** operata dall'autorità amministrativa.

Lo storico assunto interpretativo ha trovato un supporto nella **L. n. 205/2000** che, tra le rilevanti novità introdotte nel sistema del diritto amministrativo, ha previsto l'utilizzo in ambito processuale della **consulenza tecnica d'ufficio**.

Il richiamato strumento probatorio consente infatti all'organo giudicante di ottenere in sede di giudizio una valutazione, espressa da esperti della materia interessata, circa il profilo controverso oggetto del contenzioso.

In forza della rilevata evoluzione interpretativa, la giurisprudenza ha quindi distinto un forma di **controllo c.d. debole** -o non sostitutivo- ed un **controllo c.d. forte** o sostitutivo.

Nel primo caso, il g.a. si limita ad accertare la non attendibilità dell'apprezzamento tecnico e la conseguente illegittimità del provvedimento impugnato.

Nella seconda ipotesi, invece, è lo stesso g.a. ad individuare la corretta regola tecnica da applicare al caso concreto.

La riportata **distinzione** tra controllo debole e forte è stata peraltro **superata da una successiva sentenza del Consiglio di Stato**[\[6\]](#).

In detta pronuncia il giudice di seconde cure ha statuito che il **vaglio della discrezionalità tecnica** dev'essere parametrato sul **principio di effettività della tutela giurisdizionale**, di cui agli artt. 24, 113 Cost., 1 c.p.a., senza tuttavia giungere ad una sostituzione delle scelte assegnate alla cognizione dell'autorità amministrativa.

Lo scrutinio dell'organo giudicante si pone, pertanto, quale strumento idoneo a consentire il soddisfacimento dell'interesse e della pretesa dedotta in giudizio dal ricorrente, nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

In esito alla illustrata ricognizione dell'evoluzione interpretativa in tema di discrezionalità tecnica torna utile una riflessione.

Come rilevato ad inizio trattazione, la sentenza annotata ed i principi ivi contenuti si conformano all'orientamento di gran lunga prevalente in giurisprudenza.

Da esso, tuttavia, emerge non tanto e non solo l'impossibilità di un controllo sostitutivo ad opera del g.a. quanto, soprattutto, un vaglio giurisdizionale meramente estrinseco e formale delle valutazioni tecniche, il quale si arresta alla soglia dell'individuazione degli elementi sintomatici dell'eccesso di potere, rilevabili *ictu oculi*.

In conclusione, può quindi affermarsi che, **nonostante le evidenziate progressioni teoriche, sul piano pratico la giurisprudenza mantiene un approccio decisorio timido e cauto**, che di fatto continua ad ispirarsi all'impostazione tradizionale, incentrata sul controllo estrinseco della discrezionalità tecnica.

[1] *Ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2014.

[2] Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2015 n. 2098; *id.*, Sez. III, 2 aprile 2015 n. 1741.

[3] P. Virga, *Appunti sulla discrezionalità tecnica*, 1957.

[4] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.

[5] Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

[6] Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011 n. 896; *id.*, Sez. III, 2 aprile 2013 n. 1856.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 365 del 2017 proposto da:

Giordano s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Lucio Masottini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Reggio Calabria, via Guglielmo Pepe n. 31;

contro

Istituto di Istruzione Superiore "R. Piria" di Rosarno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, presso i cui Uffici, in via del Plebiscito n. 15, ha legale domicilio;

nei confronti di

Pierluigi Smedile, in qualità di titolare della ditta "Smedile Mondo Viaggi", non costituito;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria prot. n. 2114/C43 del 5 aprile 2017;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della procedura di gara negoziata prot. n. 2142/Polo Tecnico del 7 aprile 2017;

del provvedimento di comunicazione al secondo operatore economico del 7 aprile 2017;

del provvedimento prot.n. 2640/U del 10 maggio 2017;

del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. n. 2757/U del 16 maggio 2017;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto d'Istruzione Superiore "R. Piria" di Rosarno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 la dott. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone parte ricorrente di aver partecipato alla procedura di gara negoziata indetta, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/16, dall'Istituto in epigrafe con lettera d'invito del 20 marzo 2017 e finalizzata all'acquisizione di servizi di viaggio, vitto e alloggio per l'attuazione di uno *stage* formativo nella zona di Palermo, della durata di sette giorni, per circa 70 alunni e 10 accompagnatori.

Alla procedura ha partecipato solo un'altra impresa, la controinteressata "Smedile Mondo Viaggi", che, all'esito della valutazione comparativa, si è classificata al primo posto, con un punteggio pari a 94,38.

A parte ricorrente è stato attribuito il punteggio di 93.

L'aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata - previo rigetto, con provvedimento prot. n. 2640/U del 10 maggio 2017, dell'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente il 2 maggio 2017 - è stata disposta con provvedimento n. 2757 del 16 maggio 2017, comunicato alla ricorrente in pari data.

Avverso gli esiti della procedura di gara insorge parte ricorrente deducendone l'illegittimità per "*Violazione di legge – falsa applicazione degli artt. 36 e ss del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere – ingiustizia, difetto del presupposto, irragionevolezza, carenza ed erroneità della motivazione, illogicità ed irrazionalità manifesta del provvedimento adottato, iniquità, disparità di trattamento. Incongruità della motivazione*".

Nell'affermare che la commissione giudicatrice avrebbe attribuito i punteggi in netto contrasto con i criteri stabiliti da bando, introducendo coefficienti di ponderazione delle offerte non previsti, rileva parte ricorrente la sussistenza dell'interesse ad agire atteso che, una corretta applicazione della *lex specialis*, avrebbe comportato l'attribuzione di 96 punti alla ricorrente e 91,38 alla controinteressata.

Con il mezzo di tutela all'esame, più precisamente, vengono articolate le seguenti censure.

a) Sostiene parte ricorrente che la *lex specialis* prevede l'attribuzione del punteggio massimo di 5 per la voce "gratuità", riferita ai dieci accompagnatori previsti.

Pur avendo offerto la gratuità per i 10 accompagnatori, tuttavia, essa ha conseguito un punteggio pari a 4.

L'aggiudicataria, invece, ha ottenuto il punteggio massimo di 5, per aver offerto la gratuità per

due accompagnatori in più.

Ritiene parte ricorrente che la *lex specialis* non consente di valutare le gratuità offerte in numero superiore a dieci e, conseguentemente, entrambe le concorrenti avrebbero dovuto ottenere il punteggio massimo di 5.i

b) Afferma parte ricorrente che anche l'attribuzione del punteggio relativo alla struttura alberghiera prescelta ed alla sua ubicazione sia errata e contraria ai criteri di cui alla *lex* di gara.

L'aggiudicataria ha ottenuto il punteggio massimo di 3 sebbene abbia omesso di indicare nell'offerta la struttura alberghiera utilizzata, genericamente indicata come "Hotel a Palermo **** sup."

Considerato che il bando prevede l'attribuzione di:

- 3 punti per la struttura alberghiera in centro città;
- 2 punti per la struttura alberghiera in posizione semi - centrale;
- 1 punto per la struttura alberghiera nella periferia cittadina;

l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto ottenere un punteggio pari a di zero, e non a tre punti, non consentendo l'omessa indicazione alcuna valutazione.

A ciò aggiungasi che il bando di gara dispone che "...saranno privilegiate le proposte che prevederanno la sistemazione logistica nelle immediate vicinanze dell'azienda prescelta".

L'aggiudicataria ha indicato genericamente un *hotel* a Palermo e, per l'offerta formativa, un'azienda che si trova a 40 km da Palermo, in Baucina, e quindi fuori dalla città.

La ricorrente, in corretta applicazione della *lex specialis*, ha ottenuto 1 punto, per aver offerto una collocazione presso l'*hotel* "Alle Querce" in Castelbuono (PA) ed aver indicato l'azienda agricola, sita anch'essa in Castelbuono, a circa 7 km dall'albergo, per l'offerta formativa.

c) Alla ricorrente è stato assegnato il punteggio minimo di 1 per aver previsto la collocazione degli alunni in camere doppie, triple e quaduple; mentre alla ricorrente è stato assegnato il massimo di tre per sistemazioni in doppie e triple.

La differenza di punteggio avrebbe, invece, dovuto essere pari ad un solo punto.

d) Rileva, infine, parte ricorrente che, con riferimento ai servizi opzionali (guide locali ed ingresso ai musei gratuiti) l'aggiudicataria abbia ottenuto 1 punto per le guide ed 1 punto per i musei, mentre la ricorrente 0,50 per ognuna delle voci, sebbene abbiano offerto servizi identici.

Conclude per l'annullamento degli atti di gara impugnati.

Si è costituito in giudizio l'Istituto Scolastico intimato, depositando documentazione.

Il controinteressato, ancorché ritualmente evocato in giudizio, non si è costituito

La causa viene ritenuta per la decisione alla Camera di Consiglio del 21 giugno 2017, ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a.

DIRITTO

Il ricorso non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

Il criterio di aggiudicazione adottato per la procedura *de qua* è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di cui all'art. 95, Il comma, del Codice.

E' evidente che il fulcro delle contestazioni dettagliatamente mosse nell'unico articolato motivo di ricorso proposto verte integralmente sulla presunta erroneità e conseguente illegittimità di plurime valutazioni effettuate dal seggio di gara e dei punteggi conseguentemente attribuiti alle offerte presentate dalla ricorrente e dall'aggiudicataria controinteressata.

Come è noto, le valutazioni della Commissione di gara in relazione ai contenuti delle offerte tecniche dei diversi partecipanti costituiscono uno degli esempi più nitidi di esercizio di una potestà amministrativa di natura tecnico - discrezionale.

Secondo la giurisprudenza amministrativa assolutamente maggioritaria ed in stretta connessione con la fattispecie oggetto di causa, *"a fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio della Commissione – avente margini di opinabilità – con il proprio giudizio"* (in termini, Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2014).

In questo senso ha continuato ad esprimersi anche la recentissima giurisprudenza, la quale ha rilevato come, nell'ambito del sistema di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara costituiscono espressione di ampia discrezionalità, suscettibili di sindacato solo nei limiti della manifesta illogicità: pertanto, le valutazioni delle Commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal G.A. non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione" (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2015 n. 2098; *id.*, Sez. III, 2 aprile 2015 n. 1741).

Applicando tali principi al caso di specie e, segnatamente, alla valutazione tecnica (sebbene senz'altro non complessa, visto l'oggetto dell'affidamento) della qualità del servizio offerto, emerge l'infondatezza dell'unico articolato motivo di ricorso proposto in quanto - in ciascuno

dei suoi quattro sotto paragrafi - si contesta direttamente l'attribuzione di punteggio per come effettuata dalla Commissione, senza che in relazione ad essa risultino ravvisabili difetti di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto o incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

Non appare, infatti, irragionevole né contrario alla *lex specialis*, quanto alla doglianza riportata *sub a)*, l'attribuzione di una valutazione premiale ad una maggiore offerta di gratuità, tutt'affatto limitata espressamente dal bando ai dieci accompagnatori: nella lettera d'invito il numero sia dei partecipanti che degli accompagnatori è indicato in una misura di massima ("*circa 70 alunni e 10 accompagnatori*"), né, e soprattutto, è dato riscontrare clausole limitative dell'offerta del numero posti di partecipazione gratuiti, vieppiù riservandoli agli accompagnatori.

Parimenti non censurabile appare la valutazione operata in punto di ubicazione della struttura alberghiera (doglianza riportata *sub b)*).

Premesso che l'indicazione del nome della struttura alberghiera offerta non è richiesta, la valutazione premiale dell'ubicazione della stessa nella città di Palermo è rispettosa del bando e dei criteri da esso previsti, atteso che lo svolgimento del viaggio d'istruzione e formazione è stato individuato dall'Istituto nella zona di "*Palermo e dintorni*" (cfr. pag. 8 della lettera d'invito).

La lettera d'invito, al punto 2), espressamente afferma, dopo aver stabilito che per la qualità della struttura alberghiera e per la sua ubicazione possa attribuirsi un massimo di dieci punti, che "*saranno privilegiate le proposte che prevederanno la sistemazione logistica nelle immediate vicinanze dell'azienda prescelta*".

Tale inciso va rettamente inteso: come risulta dalla griglia di attribuzione dei punteggi allegata, si tratta di un criterio evidentemente volto a selezionare l'offerta in caso di medesima ubicazione delle strutture offerte dai partecipanti.

Ciò non è avvenuto nel caso di specie atteso che la ricorrente ha offerto sia una struttura alberghiera che un'azienda agricola site entrambe a notevole distanza da Palermo (circa 90 km).

Quanto alla doglianza riportata *sub c)*, non è irragionevole ritenere che la sistemazione in stanze quadruple sia particolarmente disagiata e, conseguentemente, quantificare in n. 2 punti di differenza l'offerta di sole stanze doppie e triple.

Emerge, infine, con evidenza che, mentre l'aggiudicataria ha offerto escursioni guidate a Palermo, Cefalù, Erice, Agrigento, Monreale, Mondello e al Monte Pellegrino, la ricorrente ha previsto solo un'escursione di mezza giornata a Palermo ed una di mezza giornata a Cefalù, ragion per cui le è stato attribuito un punteggio inferiore per i servizi opzionali: non sussiste, dunque, l'identità di prestazioni dedotta dalla parte ricorrente *sub d)*.

Il ricorso, in conclusione, è infondato e va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angela Fontana, Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore