

L'anomalia dell'offerta e l'incerto confine della c.d. riserva di amministrazione: il problema delle clausole generali

Massimo Giavazzi

La sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità c.d. tecnica della stazione appaltante, che è sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8 del 2014

la pronuncia [dell'Adunanza Plenaria] pone una chiara limitazione ai poteri del giudice amministrativo, circoscrivendoli al sindacato estrinseco, o di ragionevolezza, che è ben inferiore al c.d. sindacato intrinseco debole, o di attendibilità, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha codificato per diverse materie, come nel diritto pubblico dell'economia, nei giudizi medico-legali, nei giudizi su prove concorsuali

Consiglio di Stato, sez. III, 01/02/2017, n. 438 4

La riproposizione con varie formule della concezione secondo cui il giudice amministrativo deve essere deferente nei confronti dell'amministrazione. Le formule che sono state avanzate nel tempo per esprimere questa deferenza sono varie. Quelle di tenore processuale spaziano dal c.d. sindacato debole, di moda soprattutto alcuni anni fa, al sindacato esterno (o estrinseco), che ricorre ancora con una certa frequenza

A. Travi, L'eccesso di potere fra diritto e tutela giurisdizionale, 2016 610

Troppo spesso si abusa del concetto di
discrezionalità per eludere con imprecisione di
linguaggio giuridico ogni tutela giurisdizionale

Consiglio di Stato, Sez. V, 11/5/1938, 267

In linea di principio, non mancano elementi di critica a tale orientamento ... appare meritevole di ben diversa considerazione il presupposto di fondo da cui trae le mosse l'orientamento in parola, ovvero che il giudizio sull'anomalia abbia natura tecnico-discrezionale e che da ciò derivino limiti al sindacato del giudice amministrativo: invero, la valutazione sull'anomalia implica giudizi anche complessi di prognosi sulla sostenibilità dell'offerta, ma tali giudizi hanno sempre una natura eminentemente tecnica (caratteristiche dei materiali, produttività dei mezzi e così via), oppure economica (giudizi sull'utile), o anche amministrativa (idoneità e validità dei preventivi, delle autorizzazioni inerenti l'esecuzione dei lavori, come accade nel caso all'odierno esame del Collegio, oppure retribuzioni della mano d'opera, questioni organizzative e di cantiere e così via). Dunque non necessariamente e non ordinariamente i giudizi sull'anomalia dell'offerta attengono ad apprezzamenti di opportunità.

T.A.R. Calabria, sez. I, 22/01/2014, n. 54

L'apprezzamento di opportunità della discrezionalità amministrativa consiste nella valutazione, compiuta dall'autorità, dell'interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati

M.S. Giannini, Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, Milano, 1939 , 102

La nozione di offerta anormalmente bassa non è determinata astrattamente, ma si definisce con riferimento all'appalto che deve essere aggiudicato e in rapporto alla prestazione in questione. Essa riunisce quindi le caratteristiche di un concetto giuridico indeterminato, impreciso a priori, ma prevedibile in base alle particolarità dell'oggetto dell'appalto.

Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer in causa C-148/06 (SECAP)

le clausole generali svolgono una funzione omeostatica, in entrambe le sue prospettive: diacronica e sincronica. Esse, infatti, consentono di gestire l'invecchiamento della norma e di incorporare le diversità, attraverso una tecnica legislativa che, anziché definire la fattispecie in modo analitico, lo fa invece con un concetto volutamente indeterminato, suscettivo di essere completato attraverso il riferimento a principi o a canoni extralegali

S. Rodotà, Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile, cit., 97

Nelle «clausole generali» vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono ... nelle «clausole generali» opera ... la delega a ricercare «valori» fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo

P. Rescigno, Appunti sulle clausole generali, in Riv. dir. comm., 1998, 1

Il potere discrezionale consiste in un'attività volitiva, una scelta compiuta dall'agente tra più equivalenti consentite dalla legge (norma disgiuntiva).

Non è però questo il caso delle c.d. «gebundenes Ermessen» (gli apprezzamenti legati), là dove la norma (categorica) contempla una sola evenienza, seppure con una formula lata e generica, mediante designazione meramente nominale di una classe, di un tipo. All'autorità è lasciato un margine, entro cui determinare se una concreta evenienza può classificarsi nel tipo stabilito dalla norma: quindi non una libertà di volere, ma di giudicare.

R. Laun, Das richterliche Ermessen bei der Anordnung
der Vorlegung der Handelsbücher, ZZP42 (1912)

Non sono ontologicamente assimilabili il caso in cui all'amministrazione sia riconosciuta - al ricorrere di presupposti normativamente determinati - libertà di comportamento e il caso in cui l'amministrazione abbia margine di valutazione proprio in relazione alla sussistenza di questi presupposti.

Fenomeni unitariamente designati con l'etichetta di discrezionalità (Ermessen), ma in realtà più correttamente da qualificarsi come discrezionalità di azione (Handlungsermessen) e discrezionalità di valutazione (Beurteilungsermessen)

Solo la prima è vera discrezionalità (Ermessen), essendo di contro l'interpretazione del concetto giuridico indeterminato una questione relativa a diritti (Rechtsfrage) e pertanto pienamente conoscibile e investigabile da parte del giudice secondo i canoni dell'interpretazione giuridica (Auslegung) .

O. Bachof, Beurteilungsspielraum,
Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im
Verwaltungsrecht, in Juristen-Zeitung, 1955, 98

quando una disposizione di limitato contenuto (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) delinea un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa. ... tale attività di precisazione e integrazione è censurabile in sede di legittimità al pari di ogni giudizio fondato su norme giuridiche, atteso che, nell'esprimere il **giudizio di valore** necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori

Cassazione, Sez. Unite, sentenza 22/2/2012 n. 2572

A maggiori difficoltà ha dato luogo ... la determinazione del fatto da sussumere sotto la norma nei casi di indeterminatezza legislativa... Qui è d'uopo stabilire l'esistenza di un fatto, lasciato dalla norma inspiegato per applicare la norma stessa ... esempi sono dati dal concetto di buona fede ... La legge in questi casi stabilisce il nomen di un concetto, senza determinarne i caratteri sostanziali, oppure determinandoli in modo molto generico. I criteri che intervengono nel giudizio classificatorio, che è quello di ogni sussunzione del fatto sotto la norma, sono propri o di scienze o di arti applicate, o del senso sociale medio. In quest'ultimo caso specialmente si è parlato di discrezionalità; ma per quanto laboriosa sia l'applicazione di questi criteri, discrezionalità non vi è, mancando l'opportunità, la libertà limitata positivamente, l'atto di volontà, ecc.

M.S. Giannini, il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Milano, 1939, 70

Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge.

Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale [sicché] i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile [o eccessivamente difficile] l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare.

Corte di giustizia, sentenza 16/12/1976, in causa 22/76,
Rewe

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace ... sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono

Art. 1 Direttiva - 21/12/1989, n.665

dovendo dare un giudizio su una situazione economica complessa, la Commissione e il comitato di gestione dispongono in proposito di un ampio potere discrezionale [sicché] il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di detto potere deve limitarsi agli eventuali vizi di errore manifesto, sviamento di potere o palese sconfinamento dai limiti del potere discrezionale

Corte di giustizia, sentenza 25/1/1979, in causa 98/78,
Racke / Hauptzollamt Mainz

occorre esaminare se la Commissione abbia fondato su elementi di prova sufficientemente solidi la sua analisi prospettica in merito alla probabilità di un effetto leva nonché in merito alle conseguenze di un effetto del genere da parte della nuova entità ... dal momento che la posizione dominante pronosticata si concretizzerebbe solo dopo un certo lasso di tempo, secondo la Commissione entro il 2005, l'analisi prospettica di quest'ultima dev'essere, fatto salvo il suo margine discrezionale, particolarmente plausibile [invece] la decisione impugnata non fornisce elementi di prova sufficientemente convincenti a dimostrare che ... si creerebbe a favore della nuova entità ... una posizione dominante sui mercati

Tribunale, sentenza 25/10/2002, in causa T-5/02, Tetra Laval / Commissione

Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono

Corte di giustizia, sentenza 15/2/2005, in causa C-12/03,
Commissione / Tetra Laval.

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law

Art. 6 CEDU

By lodging an application for judicial review with the State's highest administrative court the litigant seeks not only annulment of the impugned decision but also and above all the removal of its effects. The effective protection of a party to such proceedings and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities' part to comply with a judgment of that court. The Court observes in this connection that the administrative authorities form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice. Where administrative authorities refuse or fail to comply, or even delay doing so, the guarantees under Article 6 (art. 6) enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose

ECHR, Sentenza 19/3/1997 Case Of Hornsby V. Greece

The French Conseil d'État has succeeded in turning administrative proceedings into a safeguard for the individual against excesses on the part of the public authorities by making them similar to civil proceedings, with just one difference: the review of the lawfulness of the administrative decision in issue carried out by the administrative courts ... Because of the way the system has developed over the course of time, its primary purpose is to review the lawfulness of the impugned decision (particularly by means of an application to set aside). In such proceedings the administrative court, in setting aside the unlawful decision, exhausts its powers. "Thus the judge can only set aside the unlawful administrative decision, otherwise he would infringe the principle of the separation between administrative authorities and administrative courts. He cannot, by his own judicial decisions, try to fill in the vacuum created by the decision to set aside" (see Debbasch-Ricci, Contentieux administratif, Paris, 1990, p. 833) ... Consequently, in spite of the difficulties of adapting it to a now outdated concept of historical administrative law (see Garcia de Enterria-Fernandez Rodriguez, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1986, vol. II, pp. 36-54), on the effectiveness of the fundamental right of access to a court I agree with the majority's finding of a violation. This element is becoming essential for the administration of justice in a democratic society and a firm enunciation of the principle seems to me as timely as it is necessary. **Administrative decisions are ceasing to occupy the dominant position in administrative proceedings and becoming merely the reason for their existence. The object of administrative proceedings is formed solely by the originating application, from which the legal situations of the individuals concerned are derived.**

ECHR, 19/3/1997
Case Of Hornsby V. Greece
Concurring Opinion Of Judge Morenilla

where, as here, decisions taken by administrative authorities ... determine civil rights and obligations ... it is necessary that such decisions be subject to subsequent control by a "judicial body that has full jurisdiction" ... the applicant ... had no effective access to a judicial tribunal satisfying the requirements of Article 6 § 1 of the Convention [if] essential function of the national courts when deciding ... is to verify that the formal conditions laid down in the relevant legislation for making such entries have been fulfilled [and] It is not the role of the courts to examine the substantive reasons for which the compulsory administration has been imposed

ECHR, 21/10/2003,
Case Of Credit And Industrial Bank V. The Czech Republic

in a given case where full jurisdiction is contested, proceedings might still satisfy requirements of Article 6 § 1 of the Convention if the court deciding on the matter considered all applicant's submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or ascertaining facts ... By way of contrast, the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently

ECHR, 26/1/2009 ,
Case Of Družstevní Záložna Pria And Others V. The Czech
Republic

Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato ... dunque, del merito dell'atto amministrativo. La c.d. "discrezionalità tecnica", invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito ... Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 9/4/1999, n. 601

il giudice amministrativo – nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra le esigenze di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità – può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine ed il processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato ... Infatti, con rapporto alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Autorità. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato "forte" o "debole", va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere ... ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato ... individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 14/10/2016, n. 4266

FINE

