

A proposito della valutazione divergente del giudice amministrativo rispetto a quella effettuata in sede di verifica

di Angela Cerreto

Data di pubblicazione: 18-2-2020

L'eccesso di potere giurisdizionale in senso proprio - inteso, cioè, quale esorbitanza dai limiti esterni che segnano l'ambito della sua giurisdizione - ricorre qualora il giudice amministrativo, in materia nella quale la legge gli assegna una potestas iudicandi limitata alla sola indagine sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia effettuato, invece (o anche) un sindacato di merito, provvedendo per motivi di siffatta natura all'annullamento dell'atto oppure alla sua sostituzione mediante una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. tra numerosissime altre SU nn. 9443 del 2011, 28263 del 2005, 19664 del 2003, 7288 del 1993). Nella specie non risulta affatto che il giudice amministrativo abbia provveduto ad una diretta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto impugnato, essendosi il medesimo limitato al riscontro di legittimità di tale atto valutando le critiche mosse al medesimo anche sulla base di una verifica tecnica disposta dopo che dall'istruttoria era emersa la necessità di provvedere ad un rinnovato e più approfondito esame tecnico siccome ritenuto indispensabile ai fini della decisione

L'A.T.I. (seconda classificata nella gara per la procedura di affidamento di un appalto per la progettazione definitiva ed esecutiva e l'esecuzione di lavori di ristrutturazione generale e di consolidamento strutturale di un padiglione detentivo presso una Casa circondariale), soccombente nel secondo grado innanzi al Consiglio di Stato^[1], propone ricorso per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, deducendo l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito dell'attività amministrativa del giudice amministrativo^[2], in quanto il Consiglio di Stato ha deciso in maniera contrastante con la valutazione contenuta nella verifica^[3], sostituendosi pertanto alla attività della p.a.. Assume parte ricorrente che la verifica costituirebbe un giudizio mediante il quale una pubblica amministrazione dichiara attraverso un suo tecnico quale sia lo stato di fatto e di che natura siano le modifiche eseguite. Di contro il Collegio ha sostanzialmente ritenuto che le modifiche proposte dall'aggiudicataria, rispetto al progetto posto a base della gara, fossero da ritenersi migliorie^[4] in relazione alla specifica disciplina di gara, che prevedeva la presenza di un progetto preliminare (che pertanto lasciava ampio spazio a soluzioni alternative, tuttavia rispettose delle esigenze indicate dalla p.a.) e di un capitolato titolato come di natura "prestazionale", in quanto le stesse non alteravano le caratteristiche progettuali fissate dalla stazione appaltante.

La Corte di Cassazione dichiara inammissibile il ricorso rilevando come la verifica come prevista nella l. n. 205 del 2000 e riprodotta negli artt. 19 e 64 del codice del processo

amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010) sia uno strumento meramente cognitivo e non valutativo^[5]. Il verificatore esprime un parere tecnico, volto all'accertamento dei fatti, e non valutazioni giuridiche, non rilevando tra l'altro che il verificatore possa essere incardinato in un organo o in un ufficio della p.a.. Tale accertamento tecnico non è espressione di discrezionalità amministrativa, e pertanto può essere disatteso dall'organo giurisdizionale. Le contestazioni riguardanti le modalità di recepimento delle valutazioni tecniche nel giudizio amministrativo costituiscono pertanto censure non connesse ai limiti esterni della giurisdizione, ma solo quelli strettamente interni relativi all'esercizio della stessa. Il giudice che dovesse sbagliare in tale ambito incorrerebbe pertanto *in errores in iudicando o errores in procedendo*, ma non sconfinerebbe nel merito o nell'ambito delle valutazioni di opportunità della pubblica amministrazione. Si osserva sul punto che il giudice, con attività che rientrano strutturalmente nel decidere del giudizio amministrativo, non ha fatto che accedere alla conoscenza del fatto attraverso la verifica e qualificare dal punto di vista giuridico le risultanze della stessa, qualificando le modifiche venute in rilievo quali migliorie e non varianti. Ritiene in tal senso la giurisprudenza di merito che l'esito della verifica sia autonomamente apprezzabile dal giudice amministrativo, e che lo stesso possa anche discostarsi dalle conclusioni del verificatore, esplicitandone tuttavia adeguatamente le ragioni nella motivazione^[6].

Civile, Sez. U.. 09.01.2020, n. 159

ORDINANZA

sul ricorso 9030-2018 proposto da:

COSTRUZIONI ANGELICO EDILI STRADALI S.R.L., in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con SA.PRO Edil Restauri 85 s.r.l., Nuova C.c.s. e Simoneschi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE 2, presso lo studio dell'avvocato ANGELO CLARIZIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO

ZACCONE;

- Contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri pro tempore, MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI (già UFFICIO del COMMISSARIO STRAORDINARIO del GOVERNO per le INFRASTRUTTURE CARCERARIE), in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- controricorrenti -

nonchè contro

DEVI IMPIANTI S.R.L.;

- intimata –

avverso la sentenza n. 269/2018 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 17/01/2018.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/10/2019 dal Consigliere MARIA ACIERNO;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO, il quale conclude chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso.

FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE

avverso la sentenza n. 269/2018 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 17/01/2018.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/10/2019 dal Consigliere MARIA ACIERNO;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO, il quale conclude chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso.

FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE

1.11 Consiglio di Stato confermando la pronuncia del T.A.R. Lazio ha rigettato il ricorso proposto dalla s.r.l. Costruzioni Angelico, (in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituenda per la gara) volto ad affermare l'illegittimità dell'aggiudicazione di una commessa relativa a lavori di ristrutturazione del padiglione C) del carcere di Livorno. E' stata disposta, in corso di causa, con ordinanza del 21/6/2017, una verifica, affidata all'Ingegnere responsabile del provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Lazio, Abruzzo e Ric. 2018 n. 09030 sez. SU - ud. 14-10-2019 Sardegna od altro ingegnere da lui delegato al fine di ottenere la descrizione dettagliata delle modifiche progettuali proposte dall'impresa aggiudicataria e la valutazione sulla base della scienza ingegneristica della loro riconducibilità alle migliorie od alle varianti. Il verificatore ha ritenuto tali modifiche varianti ma il Consiglio di Stato ha disatteso tale conclusione rilevando che nessuna di esse era tale

da alterare le caratteristiche progettuali inderogabilmente fissate dalla stazione appaltante e che la stima del superamento dei costi oltre la soglia del 5% dell'importo complessivo dei lavori non costituisce un indice rilevante, dovendosene valutare esclusivamente il contenuto in relazione alla disciplina di gara.

2.La s.r.l. Costruzioni Angelico ha proposto ricorso per cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, illustrato da memoria. Ha resistito con controricorso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Non ha svolto difese l'altra parte intimata.

3.11 procuratore generale ha depositato requisitoria scritta, concludendo con richiesta d'inammissibilità del ricorso.

4.Nell'unico motivo di ricorso è stato dedotto l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito dell'attività amministrativa in relazione alla decisione del Consiglio di Stato contrastante con la valutazione contenuta nella verifica. E' stato rilevato al riguardo che nella verifica il giudizio è espresso da in una amministrazione pubblica che dichiara, nella specie attraverso un suo tecnico, quale sia lo stato di fatto e di che natura siano le modifiche eseguite. Ne consegue che la diversa valutazione svolta dal Consiglio di Stato, peraltro in modo apodittico, consiste in un'attività sostitutiva ed invasiva della sfera della P.A..

5.Come esattamente rilevato dal Procuratore generale nella propria requisitoria, la verifica, così come prevista nella l. n. 2005 del 2000 e riprodotta negli artt. 19 e 64 del codice del processo amministrativo (d.lgs n. 104 del 2010) costituisce uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione giudiziale. Al

riguardo il Consiglio di Stato ha evidenziato che il verificatore (C.d.S n. 881 del 2007 e 138 del 2010) accerta i fatti ma non esprime in ordine ad essi valutazioni giuridiche ma soltanto tecnico fattuali, in aggiunta alla mera rilevazione del dato storico. Deve, conseguentemente escludersi in modo radicale qualsiasi vincolatività dei giudizi valutativi del verificatore sulla autonomia della cognizione del giudice amministrativo rispetto alle conclusioni assunte in sede di accertamento tecnico.

6. In conclusione, la verifica consiste in un parere tecnico, non espressione di discrezionalità amministrativa che ben può essere disatteso dall'organo giurisdizionale, a nulla rilevando che il verificatore sia incardinato in un organo od ufficio della pubblica amministrazione. Le contestazioni riguardanti le modalità di recepimento delle valutazioni tecniche nel giudizio amministrativo costituiscono censure strettamente interne all'esercizio della giurisdizione, potendosi tradurre esclusivamente in erroes in iudicando, at pari dei rilievi sull'operato del verificatore. Non si ravvisa alcuno sconfinamento nel merito o nell'ambito delle valutazioni di opportunità della pubblica amministrazione, dal momento che il verificatore fornisce una valutazione, nella specie espressamente limitato al "punto di vista della scienza ingegneristica" (cfr. sentenza

impugnata) all'interno di un procedimento giurisdizionale esclusivamente funzionale alla decisione giudiziale. Nella specie il Consiglio di Stato ha motivatamente disatteso l'accertamento tecnico all'interno dell'attività valutativa delle risultanze istruttorie che

costituisce il nucleo del processo decisionale relativo alla deliberazione finale.

6.1 Le S.U. di questa Corte nella sentenza n. 16893 del 2017, con riferimento ad una fattispecie coincidente con quella dedotta nel

Ric. 2018 n. 09030 sez. SU - ud. 14-10-2019 presente giudizio (valutazione del Consiglio di Stato divergente da quella espressa dal verificatore) hanno radicalmente escluso lo sconfinamento dall'esercizio del potere giurisdizionale rilevando che: "l'eccesso di potere giurisdizionale in senso proprio - inteso, cioè, quale esorbitanza dai limiti esterni che segnano l'ambito della sua giurisdizione - ricorre qualora il giudice amministrativo, in materia nella quale la legge gli assegna una potestas iudicandi limitata alla sola indagine sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia effettuato, invece (o anche) un sindacato di merito, provvedendo per motivi di siffatta natura all'annullamento dell'atto oppure alla sua sostituzione mediante una pronunzia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. tra numerosissime altre SU nn. 9443 del 2011, 28263 del 2005, 19664 del 2003, 7288 del 1993). Nella specie non risulta affatto che il giudice amministrativo abbia provveduto ad una diretta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto impugnato, essendosi il medesimo limitato al riscontro di legittimità di tale atto valutando le critiche mosse al medesimo anche sulla base di una verifica tecnica disposta dopo che dall'istruttoria era emersa la necessità di provvedere ad un rinnovato e più approfondito esame tecnico siccome ritenuto indispensabile ai fini della decisione".

7. Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile con applicazione del principio della soccombenza in relazione alle spese processuali del presente giudizio.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della parte resistente da liquidarsi in E 10000 per compensi oltre spese prenotate a debito.

Sussistono i presupposti processuali per il versamento dell'ulteriore importo, ove dovuto, a titolo di contributo unificato, in applicazione dell'art. 13, comma 1 quater, del d.p.r. n. 115 del 2002.

Così deciso nella camera di consiglio del 14 ottobre 2019.

[\[1\]](#) Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269, che conferma Tar Lazio - Roma, sez. I, 26 ottobre 2015, n. 12181.

[\[2\]](#) Si veda “Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato di cassazione ex art. 111 della Costituzione” (Roma, Corte Suprema di Cassazione, 21 settembre 2017, Filippo Patroni Griffi: “si afferma che nei motivi inerenti la giurisdizione rientrano tre ipotesi: i profili del riparto, l'eccesso di potere giurisdizionale (il c.d. sconfinamento nelle attribuzioni del potere legislativo o, più comunemente, riferito al c.d. merito amministrativo) e il rifiuto di giurisdizione, inteso come rifiuto da parte del giudice di fornire tutela all'istante (..)”).

Cfr. Cass. civ., sez.un, 5 febbraio 2018, n. 2720, secondo cui *“l'eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo in sede di legittimità non sia rimasta nei limiti del riscontro dei vizi di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia*

stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione (...)". In maniera non dissimile in riferimento al diritto europeo si veda europeo si veda: Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, tali da ridondare in denegata giustizia (Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 224; 31 maggio 2016, n. 11380; 17 gennaio 2107, n. 964, 29 dicembre 2017, n. 31226). "L'interpretazione della legge o la sua disapplicazione rappresentano il proprium della funzione giurisdizionale, e non possono pertanto integrare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, fatti salvi i casi del radicale stravolgimento delle norme o dell'applicazione non già della norma esistente bensì una norma creata dal giudice, che in tal modo esercita un'attività di produzione normativa che non gli compete". (Cass.civ, sez. un., 10 settembre .2019, n. 22571).

[3] Si veda pag. 8, Tar Lazio - Roma, Sez. I, 26 ottobre 2010 ove si precisa che il collegio ha disposto una verifica incaricando il verificatore di valutare se per la scienza ingegneristica, le modifiche progettuali suggerite dall'aggiudicataria si mantenessero entro il perimetro delle migliorie o se assumessero i contenuti di variante. Il verificatore ha ritenuto che gli interventi in parola dessero luogo a una vera e propria variante, in quanto travalicanti le richieste della stazione appaltante. Infine secondo lo stesso gli interventi verificati ad una prima stima superavano il 5% dell'importo complessivo dei lavori.

[4]Cfr. Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269 , cit., (decisione oggetto del presente ricorso) secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale rispetto al progetto posto a base di una gara va distinta la nozione di miglioria da quella di variante. Costituiscono migliorie tutte quelle proposte migliorative volte a precisare, integrare, migliorare il progetto per renderlo meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante senza alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste. Le varianti si concretizzano, invece, in modifiche del progetto posto a base della gara dell'amministrazione di tipo tipologico, strutturale, e funzionale, per la cui ammissibilità è necessario che la stazione appaltante manifesti previamente la sua volontà e che il bando individui i requisiti minimi che segnino i limiti entro cui l'opera proposta non costituisca un aliud rispetto a quella prefigurata dalla p.a.

[5] Si richiama sul punto anche la giurisprudenza amministrativa che ha precisato che la verifica si differenzia dalla C.T.U. per essere rivolta all'effettuazione di un mero

accertamento tecnico di natura non valutativa, ma non anche all'acquisizione di un giudizio tecnico (Cons. St. sez. IV, 18 gennaio 2010, n.138);. Cfr Cons. St., 14 **gennaio 2020 n. 330** “In buona sostanza, la verifica comporta l'intervento, in funzione consultiva del giudice, di un organismo qualificato per la risoluzione di controversie che implicino l'apporto di competenze tecniche essenziali ai fini della definizione della questione (Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 138)”.

[\[6\]](#)Cfr. Cons. St., sez. III, 19 ottobre 2017, n. 4848; Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5454, Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 138.