

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Consiglio di Stato – Sentenze – Ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione – Limite esterno della giurisdizione – Scelte ermeneutiche del giudice amministrativo – Insindacabilità.**

**Cass. civ., Sez. Unite, 6 maggio 2021, n. 12045**

- in *Guida al Diritto*, 29, 2021, pag. 63.

*“[...] in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "proprium" distintivo dell'attività giurisdizionale [...]”.*

SENTENZA

sul ricorso 1241-2018 proposto da:

DELTA LAVORI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SAVOIA 31, presso lo studio dell'avvocato GIOVANNI BRUNO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANTONIO MORGANTE;

- ricorrente -

contro

F.A. S.R.L., in proprio e quale capogruppo mandataria della associazione temporanea di imprese con l'impresa W.F. Costruzioni 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 MATTEO MAZZONE;

GRAN SASSO ACQUA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA VIRGINIO ORSINI 19, presso lo studio dell'avvocato DOMENICO GENTILE, che la rappresenta e difende;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 4051/2017 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 21/08/2017;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/10/2019 dal Consigliere Dott. ANTONIO GRECO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO LUCIO, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso; uditi gli avvocati Giovanni Bruno, Angelo Clarizia e Domenico Gentile.

### *Svolgimento del processo*

La Delta Lavori spa impugnò dinanzi al Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo l'aggiudicazione definitiva, disposta dalla Gran Sasso Acqua spa nel 2016, della procedura di gara aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di ricostruzione delle infrastrutture in ambito urbano centro storico dell'Aquila, in favore del R.T.I. costituendo fra la srl A.F. Costruzioni srl e la W.F. Costruzioni srl.

La ricorrente, che nella gara si era classificata al secondo posto, chiedeva poi che, una volta dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato fra la stazione appaltante e il RTI aggiudicatario, venisse ad essa riconosciuto il subentro nell'appalto; in subordine, domandava la condanna della Gran Sasso Acqua spa al risarcimento del danno per equivalente.

Il giudice di primo grado accolse nel merito il ricorso, sul rilievo che il progettista - la VAMS Ingegneria srl - indicato dal RTI aggiudicatario non aveva dichiarato alla stazione appaltante, come prescritto dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, lett. f), un grave errore professionale, ovvero un errore del progetto esecutivo, commesso nei confronti di altro soggetto (il Consorzio di bonifica 9 di Catania, riguardo ad un appalto di lavori di ristrutturazione e adeguamento funzionale (OMISSIS)). Una siffatta omissione, secondo la sentenza, comportava l'automatica esclusione del RTI costituendo dalla procedura di gara: veniva in particolare sottolineata la ratio della disposizione, di garantire l'affidabilità del contraente, per il quale sorge l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante eventuali carenze o patologie, anche afferenti a pregressi rapporti contrattuali, nonchè di consentire a quest'ultima di valutare il comportamento tenuto dall'operatore economico.

La sentenza ha così riconosciuto la legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara del RTI aggiudicatario, nonchè il subentro della ricorrente nell'appalto per omessa dichiarazione circa l'errore professionale relativo ad un precedente rapporto con pubbliche amministrazioni.

Il Consiglio di Stato, adito in appello dalla srl Ing. A.F. - che per un verso si doleva dell'illegittimità della decisione asserendo in particolare che essa avrebbe affermato la "onnicomprensività della dichiarazione", facendo in tal modo emergere il principio che tutte le imprese dovrebbero dichiarare ogni e qualunque errore in cui esse siano incorse durante la propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di svolgere ogni valutazione circa la gravità o meno dell'errore stesso; e che, per altro verso, affermava non essere stata accertata a proprio carico alcuna inadempienza considerabile grave, dal momento che non vi era stata nemmeno da parte del

Consorzio catanese una risoluzione o rescissione del rapporto, tanto che lo stesso Consorzio aveva dichiarato che tale irregolarità non andava a pregiudicare la realizzazione o l'utilizzazione dell'opera - accoglieva il gravame, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respingeva il ricorso di primo grado.

Secondo il giudice d'appello, infatti, a lume dell'art. 38, comma 1, lett. f) Codice dei contratti pubblici del 2006 applicabile *ratione temporis*, sarebbe destituita di fondamento, con riguardo agli errori professionali dei concorrenti a pubbliche gare, la configurabilità di un obbligo di onnicomprensività della dichiarazione, in forza del quale essi sarebbero onerati, a pena di esclusione, di dichiarare qualunque inadempimento abbia caratterizzato la propria vicenda professionale, per consentire alla stazione appaltante la più consapevole valutazione in ordine alla rilevanza di tali precedenti. La disposizione, ispirata ad evidenti ragioni di sicurezza giuridica e di affidabilità dei candidati contraenti, assegnerebbe alle stazioni appaltanti specifici poteri, "peraltro non tipizzati nei loro precisi contorni, per accertare l'eventuale precedente commissione di gravi errori professionali negli appalti pubblici, ma non impone ai concorrenti un obbligo, dai contorni lati e malcerti, di dichiarare qualsivoglia inadempimento contrattuale che potrebbe, anche solo astrattamente, concretare ipotesi di grave errore professionale".

La disposizione in parola si distinguerebbe, ad esempio, da quella contenuta nel medesimo comma 1, precedente lett. c) nonché nel comma 3 cit. articolo, che onerano i concorrenti di indicare in modo puntuale "tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbiano beneficiato della non menzione": nel caso dei gravi errori professionali, invece, "il carattere di suo indeterminato della locuzione è di ostacolo a configurare un onere dichiarativo ad oggetto in realtà indeterminabile, essendo indeterminabile a priori il novero delle inadempienze contrattuali, anche di minima entità, che possono verificarsi nel corso dell'ordinaria attività d'impresa".

"Una così lata e insicura nozione di onere dichiarativo come quella individuata dall'appellata sentenza attraverso la formula della "onnicomprensività della dichiarazione" - prosegue il Consiglio di Stato -, e... "la tesi per cui la violazione di tali oneri dichiarativi giustificerebbe *ex se* l'esclusione dalle gare", condurrebbero ad un quadro "di inaccettabile incertezza e imprevedibilità del diritto, fonte di potenziale aporia di sistema e di danno all'economia del settore, per aver connesso la seria misura dell'esclusione a un novero di situazioni inammissibilmente ampio e potenzialmente indeterminato. Non vulnera il dovere di trasparenza e lealtà nel concorrere alle pubbliche gare - che è alla base della disposizione in esame - una ragionevole chiarezza nella perimetrazione dell'onere in questione, tale da permettere alle imprese che intendono parteciparvi di

conoscere e rappresentarsi con sufficiente sicurezza le tipologie di precedenti che possono risultare di ostacolo alla loro affidabilità".

Quanto alla seconda questione posta al giudice d'appello, e cioè se "costituisca un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale", ai sensi della detta disposizione, il fatto che nei confronti di un'impresa incaricata di attività di progettazione sia stata disposta una variante progettuale ai sensi dell'art. 132, comma 1, lett. e) detto Codice dei contratti pubblici del 2006, la risposta era negativa; il carattere dell'effettiva gravità, infatti, in base ai successivi commi 2 e 4, poteva essere riconosciute solo alla tipologia degli errori progettuali, e alle conseguenti varianti, eccedenti il limite quantitativo del quinto dell'importo originale del contratto, ipotesi nella quale "il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara". Ma nel caso in discorso, non solo non era stata disposta la risoluzione del contratto, ma quella stessa stazione appaltante aveva riconosciuto che l'errore rilevato non pregiudicava affatto la realizzazione dell'opera o la sua realizzazione, "sicchè nel caso in esame neppure era astrattamente ipotizzabile la risoluzione del contratto, contenuta dalla legge ai soli errori di maggiore gravità".

Nei confronti della decisione ricorre la spa Delta Lavori lamentando la violazione dei limiti esterni della giurisdizione del Giudice amministrativo per "sconfinamento" nell'area riservata alla valutazione dell'autorità amministrativa.

Resistono con controricorso la spa Gran Sasso Acqua e la srl Ing. A.F., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese con la srl W.F. Costruzioni.

La Delta Lavori, la Gran Sasso Acqua e la Ing. A.F. hanno depositato memoria e il Procuratore Generale conclusioni scritte.

### ***Motivi della decisione***

Con l'unico motivo del ricorso la Delta Lavori spa denuncia Violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo per "sconfinamento" nell'area riservata all'autorità amministrativa. Violazione degli artt. 103, 113, 24 Cost. e art. 111 Cost., u.c..

La ricorrente riconosce bensì, con riguardo alla prima delle "questioni" affrontate dal giudice d'appello, di non intendere censurare il principio di diritto, "ragionevole e rispettoso della ratio della norma", espresso dal Consiglio di Stato secondo cui le imprese partecipanti alle gare pubbliche sarebbero legittimate a non dichiarare tutti i precedenti errori commessi nel corso dell'attività professionale. L'aver respinto l'obbligo della "onnicomprensività della dichiarazione" viene giustificato dalla sentenza impugnata con la necessità, in sè anche condivisibile, di consentire alle imprese partecipanti alle gare pubbliche di rappresentarsi con sufficiente sicurezza quali siano gli

oneri dichiarativi richiesti dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. f, e, dunque, con esigenze di certezza giuridica.

Al contrario - e con riguardo alla seconda "questione" -, assume la ricorrente, con la sentenza impugnata il Consiglio di Stato, compiendo una diretta e concreta valutazione nel senso della non gravità del precedente errore progettuale commesso dalla Vams, non sarebbe rimasto nei confini della propria giurisdizione, ma avrebbe espresso la volontà di sostituirsi all'amministrazione, operando apprezzamenti discrezionali riservati alla stazione appaltante.

Il Consiglio di Stato si sarebbe infatti proposto di accertare se il precedente errore progettuale addebitato alla Vams Ingegneria ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 132, comma 6 - errore che aveva resa necessaria una perizia di variante suppletiva - integrasse un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale. Ed avrebbe fornito risposta negativa osservando che l'errore non poteva definirsi grave perchè non aveva condotto alla risoluzione del contratto. E ciò facendo riferimento alla disciplina delle varianti in corso d'opera contenute nel detto art. 132 del detto previgente codice dei contratti pubblici, il quale al comma 2 imponeva di imputare al progettista i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di varianti determinate da errori progettuali, mentre al comma 4 prescriveva alle amministrazioni di procedere alla risoluzione del contratto ove le indicate varianti eccedessero il quinto dell'importo contrattuale.

"Tale scelta normativa fa ritenere, ha osservato il Consiglio di Stato nella sentenza impugnata, che solo alla seconda tipologia di errori progettuali e di conseguenti varianti possa essere riconosciuto il carattere dell'effettiva gravità: di conseguenza, non avendo la precedente amministrazione (in quell'occasione) disposto la risoluzione del contratto, il carattere della gravità non può essere affermato per l'errore progettuale imputato alla Vams Ingegneria", anche perchè, aggiunge la pronuncia gravata, quella stessa stazione appaltante aveva riconosciuto che l'errore rilevato non pregiudicava la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione.

"Non può dubitarsi che con tali affermazioni il Consiglio di Stato, lungi dall'attenersi al compito di interpretazione che gli è proprio abbia sostanzialmente sostituito i propri criteri di valutazione a quelli discrezionali dell'amministrazione nell'apprezzamento del profilo - a carattere squisitamente soggettivo - relativo all'affidabilità del concorrente. Pronunciandosi direttamente in ordine alla gravità e alla rilevanza del pregresso inadempimento dell'impresa, il giudice ha infatti arbitrariamente invaso l'ambito della necessaria discrezionalità di apprezzamento del dato fiduciario appartenente alla stazione appaltante e sconfinato in un'area cognitiva riservata all'amministrazione".

Il ricorso è inammissibile.

Con la sentenza impugnata il Consiglio di Stato, alla luce della disciplina disegnata dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 38, comma 1, lett. f) e art. 132, comma 1, lett. e), commi 2 e 4, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, decreto applicabile al giudizio presente, poi abrogato dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con riguardo all'errore progettuale ha negato che fosse rinvenibile un principio di "onnicomprendività della dichiarazione", tale per cui il concorrente ad una pubblica gara sarebbe tenuto a dichiarare tutte le circostanze che costituiscano potenziale sintomo di inesatti adempimenti contrattuali, per consentire alla stazione appaltante di valutare la circostanza stessa con la maggiore possibile ampiezza di strumenti conoscitivi: tale statuizione non è più, nella presente sede, oggetto di denuncia;

con riguardo alla "gravità" dell'errore nell'esercizio dell'attività professionale, ha affermato che nel disegno del legislatore solo con le varianti rese necessarie per errori progettuali o per omissioni del progetto esecutivo comportanti spese ulteriori eccedenti il limite quantitativo di un quinto dell'originario importo dell'appalto, varianti che consentivano alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto e all'indizione di una nuova gara ex art. 132, comma 4, essa "gravità" dell'errore progettuale era configurabile. Tale ipotesi era nella specie pacificamente non ricorrente. Nella sentenza impugnata il Consiglio di Stato non ha proceduto quindi ad una valutazione della gravità dello specifico errore in modo difforme da quella operata dall'Amministrazione, sostituendosi in tal caso ad essa nell'esercizio di un poter discrezionale, ma - come osserva la Procura generale - "ha unicamente inteso individuare, a monte, il carattere della gravità dell'errore, come delineato, su piani generali e dommatici, dal legislatore, ritenendo che la fattispecie concreta non rispondeva, in radice, al dettato normativo, sicchè non sussisteva quell'onere di dichiarazione da parte del partecipante alla gara". Non può, in altri termini, equipararsi "la rivalutazione di un concreto profilo giuridico fattuale costituito dalla "gravità" di uno specifico errore progettuale al la individuazione della portata precettiva di una norma giuridica" come operata dal Consiglio di Stato nella sentenza.

Osserva infine il Collegio che l'eventuale errore in giudicando commesso dal Consiglio di Stato nell'individuare la portata precettiva di una norma, che disciplini i caratteri della "gravità" dell'errore progettuale, non è riconducibile alla sfera dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito amministrativo.

Questa Corte ha da tempo chiarito come "le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e

sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso" (Cass. sez. un. 9 novembre 2011, n. 23302; nello stesso senso, Cass. sez. un., 28 aprile 2011, n. 9443).

Più di recente, si è precisato come "in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "proprium" distintivo dell'attività giurisdizionale" (Cass., sez. un., 4 dicembre 2020, n. 27770; e ancora, Cass. sez. un., 5 dicembre 2019, n. 31758).

In conclusione, il ricorso è inammissibile.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Va dato atto, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis se dovuto.

### ***P.Q.M.***

La Corte, a sezioni unite, dichiara il ricorso inammissibile e condanna la ricorrente al pagamento delle spese, liquidate in Euro 6.000, oltre a spese forfetarie per Euro 200,00 (duecento).

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis se dovuto.

### ***Conclusione***

Così deciso in Roma, il 8 ottobre 2019.

Depositato in Cancelleria il 6 maggio 2021