

Sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche della P.A.

Superamento del sindacato estrinseco e debole

È tramontata l'equazione: discrezionalità tecnica uguale a merito insindacabile. In sede di legittimità è preclusa solo la valutazione diretta dell'interesse più cioè del merito dell'atto amministrativo, ossia è esclusa soltanto la sostituzione del Giudice dell'Amministrazione nella scelta fra le possibili diverse tecniche opinabili. La possibilità di accertare il fatto consente invece la cognizione piena dell'azione amministrativa.

1. Precedenti giurisprudenziali

È noto il contrasto giurisprudenziale (ma anche dottrinario) tra chi sottrae a *priori* il sindacato di legittimità le "valutazioni tecniche complesse" che si riservano all'Amministrazione (Cons.St.Sez.V, 27-3-13 n. 1783; in *Giur. dir.amm.* 2013, 1065 con nota di A. Cassatella; Cass.SS.UU. 17-2-12 n. 1000; Cons.St.Sez.VI 27-11-12 n.5983; Sez.V 18-4-12 n.2257; 21-11-07 n. 5910; Sez. VI 9-10-07 n. 5237) e chi invece sostiene decisamente il contrario (Cons. St. 4/2/2015, n. 533, in *Giur.it.* 2015, 1211 con nota di A. Giusti; Cass.SS.UU. 20-1-14 n.1013; Cons.St.Sez. III 2-4-13 n.1856; 28-3-13 n. 1837; 25-3-13 n.1645; n.26; Sez. VI 13/9/2012 n. 4873 e 4-7-12 n.3901; Sez. IV 3-5-11 n. 2628; 28-3-11 n. 1871; Sez. IV, n. 1274/2010; Sez. VI, n. 4635/2007; Sez. VI, 9/11/2006 (Est. R. Chieppa); Sez. VI, 11/4/2006 n. 2001 (Est. R. Chieppa); Sez. VI, 2/3/2004 n. 926; Sez. V, 5/3/2001 n. 1247 (in materia di offerte anomale; 6/10/2001 n. 5287; Sez. IV, 9/4/1999 n. 601, in *Dir. proc.amm.* 2000, 182 con note di Delsignore e P. Lazzara ed in *Foro amm.*, 2000, 422, con nota di Perfetti).

Esemplare è la cit. pronuncia della Sez. III del C.d.S. n. 1645/13 che precisa: "Anche materie o discipline connotate da un **forte tecnicismo settoriale** rette da regole che, per quanto elastiche o opinabili, sono pur sempre **improntate ad un'intrinseca logicità e ad un'intima coerenza**, alla quale la Pubblica Amministrazione, al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, **non sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere**, con conseguente sindacato del amministrativo, che deve poter sempre verificare, **anche mediante l'ausilio della C.T.U.**, se l'Amministrazione ha fatto buon governo delle tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga iuxta propria principia.

Il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. **discrezionalità tecnica, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole**, deve attenersi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la **legalità sostanziale** del suo agire, per **intrinseca coerenza**, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'Amministrazione detta appunto le regole del gioco" (così anche Cons.St., Sez. III 2-4-13 n. 1856 e 28/3/2013 n. 1837 già cit.).

Altrettanto significativa è la seguente massima: "Il sindacato del G.A., benché in origine incentrato sull'atto e non sul rapporto, ha esteso il proprio sindacato anche a tutto il procedimento amministrativo mediante il vizio dell'eccesso del potere inteso progressivamente **quale vizio della funzione (e non dell'atto)**, come dimostrano le classiche figure sintomatiche dell'errore di fatto e del difetto di istruttoria, poi confluite, con il passare del tempo, nei vizi **illogicità e di irragionevolezza**; lungo questo percorso evolutivo, segnato dagli **artt. 24, 103 e 113 Cost.**, si è andata affermando, da alcuni anni, l'idea di un giudizio di **accertamento dell'eccesso di potere** nel quale il G.A., pur non spingendosi sino a sindacare la valutazione dei vari interessi dall'autore dell'atto, **verifica tuttavia che tali interessi esistano davvero nella realtà fenomenica, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti e che vi sia una coerenza logica nella valutazione compiuta**" (Cons.St. Sez. III, 8-1-2013 n.26).

Va in particolare sottolineato l'asserito abbandono della **sclerotizzata antinomia** di sindacato **debole** e sindacato **forte** del G.A. e quindi superamento del sindacato **meramente estrinseco** contrapposto a quello **intrinseco**, restando invece incontestabile ed a parte la parte degli atti **meramente discrezionali** della P.A., sottratti come tali alla valutazione del G.A. (salvo che nei casi specifici di giurisdizione di legittimità perché **frutto di libere scelte discrezionali di semplice opportunità** con riferimento agli **interessi pubblici** perseguiti; scelte quindi non condizionate da norme positive, né da ragioni di logica, proporzionalità, coerenza, né da criteri tecnici unanimemente riconosciuti, ossia di consolidata esperienza giuridica ma basate invece su una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario (secondo la definizione di discrezionalità amministrativa di M.S. Giannini). Da ultimo ma soprattutto, essendo più recente, vale richiamare la pronuncia della V Sezione 4/2/2015 n. 533, così mai superata in *Giur.it* 2015, p. 1211: "Le valutazioni tecniche dell'amministrazione possono essere sottoposte al sindacato del G.A., sempre che non riguardino il merito dell'azione amministrativa; pertanto il vaglio del Giudice consiste nel controllare che l'amministrazione, nella valutazione contestata, rispetti i **canoni di ragionevolezza tecnica**, di congruità scientifica e di rispetto della situazione fattuale. – La possibilità di accertare il fatto **assente di un sindacato pieno dell'azione amministrativa**, la necessità di non operare una mera sostituzione di giudizio viene garantita dalla **impossibilità del g.a.** di intervenire all'interno di una forchetta di valutazioni di **opinabilità**, di soluzioni logiche e razionali a disposizione dell'amministrazione, tra le quali per mandato costituzionale è solo quest'ultima deputata a scegliere. Per queste ragioni ed entro questi limiti il c.p.a. legittima l'utilizzo degli strumenti

verificazioni e della consulenza tecnica a supporto degli elementi indiziari di eccesso di potere denunciati all'attenzione del g.a.". Questa sentenza è lucidamente e compiutamente annotata da Annalisa Giusti (*loc.cit.* cui è doveroso rinviare).

2. Verifica intrinseca e non solo estrinseca

Importante in tema è pure la sentenza delle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione 20-1-14 n.1013** (in *Dir.proc.amm.* 2014, 1057, annotati: Gilberti) che, rettificando suoi precedenti assunti, afferma che *"l'esercizio della **discrezionalità tecnica**, non essendo espressione di un potere di supra della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che del provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può pertanto sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le **regole della tecnica** sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi e mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della **consulenza tecnica**".* Secondo le SS.UU. il sindacato sulla discrezionalità tecnica, oltre che in un cont ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato (per controllo *estrinseco*), si estende anche alla **verifica (intrinsec fatti** posti a fondamento del provvedimento e si allarga pure ai **profili tecnici di tali fatti** il cui esame sia necessario per giudicare della *legittim* provvedimento. In altre parole, l'unico limite del controllo del G.A. è quello della **mera opinabilità** della P.A., cioè quello delle valti di **opportunità** (ossia dell'interesse pubblico) sottratte ai giudizi di legittimità, non potendo in tal caso la Giurisdizione sostituirsi all'Amministrazione.

3. Cognizione piena del G.A. ma non in ordine all'interesse pubblico concreto

Particolarmente significativa è infine l'articolata sentenza del **TAR Milano, Sez.I, 10-3-2014 n.613** (Pres.Mariuzzo; Est. Simeoli) che, anche se nella materia di accertamento della dipendenza di un'infermità da causa di servizio, contiene importanti affermazioni di principio di portata generale (è pub con nota di Luca Galli, in *Dir.proc.amm.* 2014, fasc.4, p.1359). Si tratta di un'esemplare ed articolata pronuncia che si inserisce con decisione appu dibattito ultrasecolare sui poteri di controllo del G.A. nell'ambito della **discrezionalità tecnica della P.A.** e che trova autorevole supporto nella cit. de della **IV Sezione del Consiglio di Stato 9-4-1999 n.601** (Pres.Catalozzi; Est. Baccharini) pubblicata, con nota di Luca Perfetti, in *Foro amm.* 2000, p. il Supremo Collegio aveva richiamato il principio, asserito da Cass. 3-11-1988 n.5922 e 6-4-1987 n. 3309, secondo il quale *"ciò che è **precluso al G.A. in giudizio di legittimità è la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato, dunque del **merito** dell'atto amministrat c.d. **discrezionalità tecnica invece è altra cosa dal merito amministrativo**".***

In tema di **sconfinamento** del Giudice nella sfera del merito, la IV Sezione ha fatto altresì proprio l'assunto della Cassazione 5-8-1994 n. 7261 che l' negato quando il G.A. *"indaghi sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato"* e la stessa Sezione a sua volta ha concluso che, in all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, è ragionevole la **sindacabilità giurisdizionale** mentre non lo è la **risa** amministrazione. *"Il sindacato giurisdizionale sugli **apprezzamenti tecnici** può svolgersi, allora, in base **non al mero controllo formale ed est dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla **verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche** sotto il profi loro correttezza quanto a **critério tecnico** ed a procedimento applicativo. Non è quindi l'**opinabilità** degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazi ne determina la sostituzione con quelli del Giudice ma la loro **inattendibilità** per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo"***

Queste affermazioni in particolare si possono, anzi si devono applicare anche ai giudizi di *discrezionalità tecnica* resi dalle Commissioni di gara in valutazione delle offerte, essendo i medesimi connotati dalla **complessità delle discipline di riferimento dalla opinabilità dell'esito valutazioni**. Si deve pertanto qui riconoscere che se il **merito** è coperto da *riserva* di amministrazione, al contrario non è inibita la revisione gi dell'**apprezzamento** dei presupposti di fatto dell'aggiudicazione del contratto della P.A..

L'indirizzo della cit. pronuncia del 1999 del C.d.S., innovativo rispetto a molteplici e tra loro difformi insegnamenti della giurisprudenza, è stato fatto pro ulteriormente precisato dalla sentenza del **TAR Milano n.613/14**, ove in motivazione si legge, al paragrafo V: *"Anche a prescindere dalla natur posizione soggettiva azionata (diritto o interesse), ritiene il Collegio che, qualora pure si vertesse in sede di legittimità, il G.A., nella materia di cui trattt potrebbe svolgere una **cognizione piena** e non un sindacato di mera ragionevolezza sugli **apprezzamenti** espressi dalle Commissioni tecniche deputate".* Poco più avanti si aggiunge: *"Non esiste una **riserva** di amministrazione sugli apprezzamenti tecnico discrezionali in sé considerati; il G.A. nella giurisdizione di legittimità) **non incontra alcun limite di accesso al fatto**; un controllo **debole** sugli apprezzamenti tecnico-discrezion ammettersi **solo** allorquando l'accertamento del fatto equivalga all'individuazione implicita degli **interessi** che il potere stesso mira a sodd Naturalmente non si deve confondere il concetto di *cognizione piena* con quello di *giurisdizione piena*."*

La sentenza del TAR in parola precisa inoltre (al paragrafo V.1) che, secondo un'unanime considerazione dottrinale, la *discrezionalità tecnica* ricorre qu P.A., per provvedere su un determinato oggetto, deve accertare un fatto sulla scorta di regole (ossia criteri) tecnici. Poi ivi dice che *"il carattere non oi dell'accertamento differenzia la discrezionalità tecnica da quella del **mero accertamento** di un fatto, sebbene in entrambi i casi i fatti costiti presupposti della norma e di validità dell'atto. Quella degli **apprezzamenti tecnici** non è sicuramente un'area riservata alla P.A. perché non rapp: una espressione di potere funzionale"*.

Per non svilire il contenuto di tale insegnamento e per non appesantire questo scritto, si rinvia al testo della sentenza ed alla relativa nota cit. di Luca C titolo: “*Il sindacato giurisdizionale nella discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*”.

4. Importanza in tema della possibilità della consulenza tecnica

L'art. 63, comma 4, C.P.A., prevede la Consulenza d'Ufficio per “**l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche**” si è pensato certo che il *giudizio* possa diventare un *procedimento amministrativo* di secondo grado, ma si è consentito però di verificare se l'atto impugnato fondi o meno su considerazioni non conformi a logica, alla buona ed imparziale amministrazione, al principio di proporzionalità ed a quelli di imparzialità e non discriminazione, anche sulla scorta di verifiche tecniche di non comune conoscenza. Detta norma riconosce infatti che vi può essere in determinate circostanze la **necessità** per il G.A. di verificare, attraverso competenze altrui, acquisite per studi e/o frutto di esperienze settoriali, la bontà logica dei criteri adottati dalla P.A. e la correttezza tecnica dei risultati cui essa è pervenuta, anche se sulla base di valutazioni espresse da un suo organo tecnico (come ad esempio da una Commissione giudicatrice). Se il criterio accolto dall'Amministrazione è inaccettabile secondo ragionevolezza pure tecnica, il Giudice ne deve trarre le conseguenze sul piano della legittimità. Non si può certo negare che a volte sia di fatto impossibile o assai arduo che lo stesso riesca a stabilire soltanto in base della propria scienza comune o addirittura sulla sola base degli allegati delle parti, se il criterio applicato per una *valutazione tecnica particolare* complessa sia giusto o sbagliato, o meglio se rispetti o meno i criteri essenziali di correttezza, condivisibilità e ragionevolezza, nonché se pertanto l'atto amministrativo possa ritenersi coerente con le regole della buona amministrazione. Questi concetti sono lucidamente esposti da Aldo Travi alla pag.313 della nota intitolata **Sindacato debole e giudice deferente**, in *Giornale di diritto amministrativo* 2006, fasc.3, ove il chiaro Autore a pag. 313 evidenzia che “*il giudizio le parti sono sempre sullo stesso piano e l'attendibilità dell'affermazione di una parte non può essere privilegiata per il fatto che... sia stata recitata in un provvedimento amministrativo (art.113 Cost). La regola del giudizio è sempre la stessa: tutti i fatti controversi devono essere verificati nel rispetto delle norme sulle allegazioni e sulla prova e tale regola non incontra eccezioni nella dimensione di ordine tecnico dei fatti: altrimenti la giustizia amministrativa diventa qualcosa di diverso e minore rispetto alla giustizia senza aggettivi*”.

5. Sottolineature finali

Per concludere, nel sottolineare ancora in particolare l'indirizzo della V Sez. n. 533/15 e del TAR Milano n. 613/14, si evidenzia che l'**opinabilità** è alternativa rispetto alla **opportunità** e che solo quest'ultima, ossia la valutazione dell'interesse pubblico, rientra nell'atto amministrativo insindacabile nel giudizio di legittimità.

Non si può pertanto ammettere soltanto il **controllo estrinseco** delle valutazioni tecniche della P.A., mentre si deve ritenere consentito il **controllo intrinseco**. Non ci si può quindi fermare al **sindacato debole**, ritenendo precluso il **sindacato forte**. Anche l'indirizzo giurisprudenziale del mero controllo *estrinseco* ammetteva il sindacato giurisdizionale di **illogicità manifesta, errore di fatto, difetto di istruttoria e di motivazione**. I vizi non sono però pienamente percepibili, specie quelli dell'errore e dell'irragionevolezza, senza un **controllo del fatto in sé** ed escludendo la valutazione *intrinseca*. Il principio di **effettività** della giustizia amministrativa impone quindi di chiarire terminologicamente e sul piano dell'inquadramento sistematico i termini del problema, come ha fatto, con lucidità e coraggio la Prima Sezione del TAR Lombardia, Sede di Milano, con la cit. sentenza n. 613/14. La stessa è giunta appunto ad affermare la **giurisdizione piena** sulle valutazioni della P.A. in sede di *discrezionalità tecnica*, tra l'altro proprio sulla base della ricerca dell'eventuale **errore di fatto** e dell'**ammissibilità della C.T.U.** ex art. 63, c. 4, C.P.A.. Come già ricordato, l'**opportunità** attiene infatti alla valutazione degli **interessi pubblici in gioco**, riservata all'Amministrazione attiva e solo in pochi casi attribuita pure alla giurisdizione di merito del giudice. L'**opinabilità** viceversa attiene alla valutazione dell'atto o provvedimento e non può essere separata dalla natura, dalle caratteristiche e dalla consistenza dei fatti considerati. Inoltre ed in altre parole si può concludere che non si può più sostenere che la **discrezionalità tecnica** sia espressione della **opportunità** e di **convenienza** dell'Amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri e che quindi afferisce al merito dell'azione amministrativa, con conseguente insindacabilità giurisdizionale. Al contrario, si deve riconoscere che il controllo delle scelte tecnicamente *opinabili* rientra in misura piena nel sindacato di legittimità, proprio perché **irragionevolezza** ed **errore** non sempre sono evidenti in superficie a chiunque ed anche ai giudici sulla base di un mero controllo *estrinseco* del provvedimento, ma anzi quasi sempre sono accertabili solo con l'ausilio di esperti delle specifiche materie, mediante un **controllo tecnico dei fatti** oggetto del provvedimento stesso. L'art. 63, c. 4, C.P.A. parla in proposito di “*valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche*” mentre la contestata **insindacabilità** mortifica gravemente il potere del G.A. di verificare se l'Amministrazione abbia esattamente rappresentato i fatti, rispettato i canoni della logicità, della imparzialità e della non contraddizione, oppure le regole di parità di trattamento e se abbia condotto un'istruttoria completa tenendo in adeguata considerazione tutti gli interessi in gioco, anche delle parti private. Ciò evidentemente quando non si sia in presenza di fatti vincolati.

Giova qui ribadire che pure il G.O. afferma pacificamente la propria giurisdizione e la sua possibilità, anche mediante il ricorso a **C.T.U. ad ampio raggio** in un sindacato incidentale in tema di *discrezionalità tecnica* degli enti pubblici nei giudizi di risarcimento danni per lesioni di diritti soggettivi.

Infine si ricorda che la stessa Adunanza Plenaria, con la cit. sentenza 3/2/14 n. 8, anche se ancora ancorata al concetto di mero *sindacato estrinseco*, al 3.3, VI e VII periodo, ha affermato: “*Le questioni poste ... non introducono un sindacato di merito in ordine al potere di esame delle offerte presentate e esercitate dalla commissione di gara. La sfera di valutazione della congruità dell'offerta è, infatti, 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, e*

valutazione dei presupposti, contraddittorietà. *Il concorrente può quindi introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in pregnante, evidente e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia".*

Va infine fatto presente che in caso di anomalia l'**inaffidabilità delle offerte** è considerata espressamente dall'art. 88, comma 7, del Codice dei contratti si parla di "*offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta nel suo complesso inaffidabile*". Il sindacato sulle valutazioni tecniche della P. è pertanto chiaramente previsto senza distinzione tra sindacato debole e sindacato forte, ovvero estrinseco ed intrinseco.