

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
PER LA REGIONE SICILIANA**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

(dicembre 2013)

Procedimento amministrativo – Discrezionalità amministrativa

C.G.A, 12 dicembre 2013 n. 929 – Pres. Anastasi, Est. Neri

La discrezionalità amministrativa, che non può ridursi a un'attività meramente intellettuale sostanzialmente coincidente con l'attività di interpretazione delle norme, consiste nel margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico.

Il sindacato sulla discrezionalità tecnica è ammesso non soltanto attraverso un controllo estrinseco, attuato mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune e finalizzato a ripercorrere l'iter logico seguito dall'Amministrazione, ma anche attraverso un controllo intrinseco che, consentendo al giudice di avvalersi di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati dall'Amministrazione, risulta volto a verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo. Non è, però, ammissibile un controllo definito di "tipo forte", con il quale l'autorità giudiziaria sostituisce "sic et simpliciter", avvalendosi eventualmente di un consulente tecnico, la valutazione tecnica svolta dall'Amministrazione con una propria e diversa determinazione. Questa operazione è impedita dal principio di separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, che non consente al giudice di incidere su un potere di valutazione riservato all'Amministrazione dotata delle necessarie competenze tecniche e specialistiche nel settore di riferimento.

Con specifico riferimento alle norme giuridiche e ai concetti 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'Amministrazione. Il sindacato del giudice amministrativo è, quindi, pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame.^[1] Il controllo può, invece, essere "pieno" quando l'attività richiesta all'Amministrazione non presuppone la

spendita di discrezionalità tecnica ma di meri accertamenti tecnici, che implicano la verifica di dati certi non suscettibili di apprezzamenti opinabili.

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, si sofferma sulla distinzione tra discrezionalità amministrativa e merito. In particolare, la sentenza osserva, che con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il richiamo operato dall'articolo 31, comma 3, c.p.a. alla possibilità per il giudice di valutare la fondatezza dell'istanza se si tratta di attività vincolata o se *“risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*, ha avvalorato la tesi di quegli autori che distinguevano tra discrezionalità in astratto e discrezionalità in concreto. In tal senso, il Consiglio evidenzia la possibilità del verificarsi della situazione per cui ad un potere ampiamente discrezionale esistente al momento dell'inizio del procedimento segua una riduzione, o addirittura un annullamento, del potere discrezionale dopo l'esaurimento dell'attività istruttoria. Parimenti può configurarsi il caso “opposto”, ovvero che l'amministrazione, all'esito del giudizio di comparazione degli interessi, abbia dinanzi a sé la possibilità di scegliere – con i parametri dell'opportunità e della convenienza (ossia del merito amministrativo) – tra diverse possibilità tutte rispettose del fine pubblico da curare, tutte egualmente in linea con il parametro della ragionevolezza e tutte conformi al principio di proporzionalità.

Rileva il Consiglio che tra discrezionalità amministrativa e merito dell'azione amministrativa non vi è assoluta separazione perché, come già affermato dalla dottrina più qualificata, la discrezionalità rimane “sul piano del merito”, senza peraltro “esaurirlo”, ogni qual volta non sia sindacabile davanti al giudice amministrativo. E infatti, nei limiti in cui la discrezionalità può essere oggetto di valutazione e sindacato da parte del giudice nella forma dell'eccesso di potere possono venire in rilievo aspetti afferenti alla legittimità dell'azione amministrativa; qualora, invece, l'esercizio della discrezionalità resti fuori dal sindacato giurisdizionale, l'attività discrezionale andrà a confluire nel “merito” dell'azione amministrativa unitamente agli altri aspetti concernenti l'opportunità, la convenienza e l'utilizzo delle regole di buona amministrazione.

Precisa poi il Consiglio che il confine, tra discrezionalità e merito è stato nel tempo oggetto di modifiche onde accrescere gli spazi di tutela giurisdizionale.

La sentenza si sofferma, inoltre, sul tipo di controllo esercitabile dal giudice amministrativo sulla discrezionalità c.d. “tecnica”. In tal senso, rileva il Consiglio, che in virtù del principio di separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, non è ammissibile un controllo definito di “tipo forte”, con il quale l'autorità giudiziaria sostituisce *“sic et simpliciter”*, avvalendosi eventualmente di un consulente tecnico, la valutazione tecnica svolta dall'Amministrazione con una propria e diversa determinazione. Tuttavia, con specifico riferimento alle norme giuridiche e ai concetti indeterminati, soprattutto con riferimento agli atti adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ritiene il Consiglio che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva non possa limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma debba consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione. Allo stesso modo, osserva il Consiglio, il controllo può, invece, essere “pieno” quando l'attività richiesta all'Amministrazione non presuppone la spendita di discrezionalità tecnica ma di meri accertamenti tecnici, che implicano la verifica di dati certi non suscettibili di apprezzamenti opinabili.

Il Consiglio conclude, infine, aderendo alla dottrina dominante che ritiene che sarebbe più corretto qualificare la discrezionalità tecnica come attività inerente a “valutazioni tecniche” proprio perché relativa all'accertamento dei fatti sulla base di scienze non esatte e alla loro corretta qualificazione, laddove il termine discrezionalità dovrebbe essere riservato solo all'attività di comparazione degli interessi e, dunque, alla discrezionalità amministrativa.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo – Contenzioso appalti – Principi generali

C.G.A, 12 dicembre 2013 n. 929 – Pres. Anastasi, Est. Neri

Con riferimento al danno da perdita di chance, anche in materia di appalti, oltre alla chance di tipo pretensivo, ravvisabile ogni qual volta il comportamento dell'amministrazione abbia frustrato la possibilità di partecipare all'appalto e di aggiudicarselo, deve ritenersi risarcibile la chance di tipo oppositivo del concorrente, rappresentata dalla possibilità di rimanere aggiudicataria dell'appalto anche dopo la conclusione dell'avvito procedimento finalizzato alla revoca in autotutela dell'aggiudicazione.

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa ritiene estensibile anche alla materia degli appalti l'istituto della perdita di *chance* "oppositiva" elaborata dalla giurisprudenza con riferimento al settore della responsabilità medica, ove ciò che si è perso è costituito proprio dalle possibilità venute meno, in ragione dell'omesso o errato intervento medico, di "opporsi" al progredire della malattia, interrompendo o migliorando in tal maniera il processo patologico in atto. Nel caso di specie, secondo il C.G.A., l'Amministrazione, omettendo di dare l'avviso di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, ha frustrato la chance dell'appellante di rimanere aggiudicataria e ha conseguentemente riconosciuto il risarcimento del danno commisurato a tale possibilità perduta.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo – Requisiti di partecipazione e di qualificazione – Qualificazione

C.G.A, 12 dicembre 2013 n. 930 – Pres. Anastasi, Est. Neri

Per evidenti ragioni di trasparenza, la legge impone ai r.t.i. costituiti o costituendi non solo di indicare, già al momento della domanda, la quota di partecipazione al raggruppamento ma anche di specificare la quote di esecuzione dei lavori o, per i servizi e forniture, le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. Inoltre, la stazione appaltante deve verificare il possesso del requisito di qualificazione con riferimento all'importo a base d'asta, senza considerare il ribasso offerto e alla percentuale di partecipazione al r.t.i..

Con la sentenza in commento, il Consiglio affronta la questione se il requisito di qualificazione posseduto da ciascuna impresa debba essere commisurato alla quota di partecipazione al r.t.i. e, dunque, alla relativa percentuale dell'importo a base d'asta dei lavori oppure se vada accertato sulla base dell'importo determinato riducendo la base d'asta del ribasso proposto dal r.t.i. interessato. In tal senso, dopo aver chiarito che le imprese facenti parte del r.t.i., costituito o costituendo, debbono indicare le quote di partecipazione e che tali quote devono essere corrispondenti a quelle di esecuzione, il Consiglio osserva che il possesso requisito di qualificazione non può essere riferito all'importo ridotto per effetto del ribasso proposto, posto che tale tesi risulta contraria alla logica e alla sistematica del Codice che richiede di accertare il possesso dei requisiti di qualificazione, ai fini dell'ammissione alla gara, in un momento precedente alla apertura delle buste contenenti l'offerta economica. Ed infatti, motiva il Consiglio, qualora si volesse sostenere l'opposta posizione, si realizzerebbe un'inversione/confusione tra i diversi momenti del procedimento perché la stazione appaltante nella fase di ammissione, quando non ha ancora aperto le buste contenenti l'offerta economica, dovrebbe ammettere o escludere sulla base della quota di

partecipazione e del requisito di qualificazione salvo poi, una volta aperta la busta contenente l'offerta economica, ritornare sui suoi passi annullando l'esclusione e ammettendo alla gara l'impresa originariamente esclusa.

Tale ricostruzione, si fonda, secondo la giurisprudenza dominante, sul principio di buon andamento e di trasparenza dell'attività amministrativa, che impone che le imprese partecipanti a un costituendo raggruppamento indichino le quote di lavori che ciascuna eseguirà in modo da permettere subito la verifica dei requisiti, atteso che la normativa vigente si impernia su un principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione e tra queste e le quote di esecuzione, con la conseguenza che tali informazioni non possono essere evidenziate *ex post*, in sede di esecuzione del contratto, costituendo requisiti di ammissione la cui inosservanza determina la esclusione dalla gara.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo – Contenzioso appalti – Principi generali

C.G.A, 12 dicembre 2013 n. 930 – Pres. Anastasi, Est. Neri

Non si verifica l'improcedibilità del ricorso, e non sussiste in capo alla parte interessata un onere di impugnazione del nuovo provvedimento emesso dall'Amministrazione, quando quest'ultima non abbia adottato spontaneamente il provvedimento in via di autotutela ma abbia esclusivamente voluto conformarsi alla sentenza impugnata.

Con la sentenza impugnata, avente ad oggetto una controversia in materia di aggiudicazione di un appalto per il miglioramento della sicurezza intrinseca di un tratto di strada provinciale, il Consiglio respinge l'eccezione di l'improcedibilità del processo proposta dall'appellata in ragione dell'avvenuta ottemperanza da parte dell'amministrazione alla pronuncia del T.A.R., richiamando la sua costante giurisprudenza che stabilisce che tale pronuncia di rito possa avere luogo solo in presenza di una spontanea adozione di un provvedimento da parte dell'Amministrazione convenuta.

In particolare, osserva il Consiglio, che, nel caso di specie, tale conclusione sarebbe altresì confermata dal contenuto preciso della sentenza di primo grado e dall'impossibilità di configurare una situazione di eccedenza dell'agire amministrativo rispetto agli effetti del provvedimento giurisdizionale esecutivo.

[Link al testo sentenza](#)

Procedimento amministrativo – Codice dell'amministrazione digitale

C.G.A, 13 dicembre 2013 n. 940 – Pres. De Lipsis, Est. de Francisco

Il secondo comma dell'art. 23 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. C.A.D. – Codice dell'amministrazione digitale), di cui all'art. 16, comma 1, d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, nella parte in cui prevede che "le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico, conformi alle vigenti regole tecniche, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale se la loro conformità non è espressamente disconosciuta" deve ritenersi applicabile a ogni procedimento, ivi incluso quelli di gara per la selezione dei contraenti, e non solo alle vicende processuali ad essi afferenti.

Osserva, in particolare, il Consiglio di Giustizia Amministrativa che un'interpretazione del secondo comma dell'articolo 23 del Codice dell'amministrazione digitale che prendesse in considerazione i soli profili processuali avrebbe un effetto sostanzialmente abrogante della norma in commento, vanificandone le esigenze semplificative. Il Consiglio reputa, inoltre, che non possa ritenersi configurabile un "obbligo di autentica" per il quale l'amministrazione nonché ogni altro soggetto pubblico o privato, sarebbe obbligato a pretendere che la conformità delle copie su supporto analogico di documento informatico all'originale in tutte le sue componenti sia attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Un onere di tal guisa contrasterebbe, infatti, con ogni prassi in materia di ordinario utilizzo delle copie semplici, nonché con evidenti esigenze di non aggravamento dei procedimenti in ogni caso in cui ciò non appaia concretamente necessario. Né, ritiene il Collegio, pare convincente l'argomentazione addotta dal ricorrente in merito alla *probatio diabolica* in cui incorrerebbero le stazioni appaltanti che volessero reperire e fornire elementi a supporto del disconoscimento, se vi è motivo di dubbio sulla conformità della copia documentale al suo originale, non richiede di assolvere ad alcun onere istruttorio, gravando interamente sulla parte che sostiene la conformità con l'originale di fornire la relativa prova, mediante la produzione, a richiesta dell'altra parte (del rapporto sostanziale), di una copia conforme, in luogo di quella semplice inizialmente allegata.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo – Contenzioso appalti – Termini per ricorrere

C.G.A., 13 dicembre 2013 n. 941 – Pres. De Lipsis, Est. de Francisco

Con riferimento al termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, esso non decorre, soprattutto per il ricorrente che non abbia partecipato alla gara, se non che dal momento in cui la sopravvenienza dell'aggiudicazione sia giunta a legale conoscenza della parte che si voglia onerare di impugnarla.

Nel caso di specie, il Consiglio rileva di non poter accogliere l'eccezione di improcedibilità dell'appello, formulata dalla controparte costituita per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, sopravvenuto nelle more del giudizio di gravame in ragione della perdurante pendenza, al momento della pronuncia, dei termini di impugnazione del predetto provvedimento. Ed infatti, osserva il Collegio, che l'aggiudicazione della gara oggetto della controversia è intervenuta con determinazione dirigenziale priva di data, ma assunta pedissequamente alla conforme proposta del responsabile del procedimento, e seguita in calce da visto di regolarità contabile: sicché il provvedimento in esame avrebbe potuto ritenersi adottato in una data imprescisa compresa tra quelle da ultimo indicate. Né, ritiene il Collegio, risulta comprovato che detta aggiudicazione sia stata conosciuta dal Consorzio odiernamente appellante in un momento anteriore alla sua produzione agli atti del giudizio, avvenuta solo col deposito documentale.

Inoltre, si legge ella sentenza, seppure è vero che un'ulteriore copia del medesimo documento era stata fisicamente prodotta nel fascicolo di parte appellata, è altresì vero che esso non recava alcun indice, né i documenti ivi inseriti risultavano spillati. Ciò non avrebbe potuto pertanto conferire certezza sulla data di produzione del documento in discorso, con il corollario che la parte che ha eccepito l'ipotetica improcedibilità dell'appello non ha dimostrato la sussistenza del fatto storico (conoscenza dell'aggiudicazione da parte dell'appellante) su cui basava la propria eccezione.

[Link al testo sentenza](#)

Procedimento amministrativo – Notificazioni e comunicazioni

C.G.A, 13 dicembre 2013 n. 941 – Pres. De Lipsis, Est. de Francisco

È illegittima la disposizione di un bando di gara che imponga l'obbligo di effettuare tutte le notifiche a mezzo posta senza un'adeguata motivazione.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ribadisce la sua costante giurisprudenza che ritiene che la norma di riferimento in fattispecie di tal guisa è l'art. 201, comma 3, del d.lgs. n. 285/1992 ("Codice della strada"), a tenore del quale "*alla notificazione si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12, dei messi comunali o di un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione, con le modalità previste dal codice di procedura civile, ovvero a mezzo della posta, secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del servizio postale*" il quale, per la materia di cui qui trattasi, è speciale e prevalente. In particolare, con tale ultima disposizione non potrebbe concorrere l'art. 4 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, avendo questo ad oggetto la disciplina una tematica sostanzialmente diversa, ossia l'affidamento "*in via esclusiva al fornitore del servizio universale*" (cioè a Poste italiane) della notificazione di atti a mezzo posta, tanto se effettuata ai sensi della legge 20 novembre 1982, n. 890, quanto se effettuata (la notificazione a mezzo posta) ai sensi dell'articolo 201 del Codice della strada. Pertanto, osserva il Collegio, che tale art. 4 viene in rilievo solo a valle di una scelta operata dai soggetti interessati in merito alle modalità di effettuazione delle notifiche.

Formulate queste premesse di carattere applicativo, il Consiglio si sofferma sulle ragioni dell'illegittimità di un bando di gara che non permetta ai concorrenti di potersi servire di ogni modalità di effettuazione della notifica consentita dalla legge come previsto all' art. 201, comma 3, del d.lgs. n. 285/1992. In particolare, ritiene il Collegio che ciò sarebbe propedeutico al fine di preconstituire le condizioni per la massima riduzione del costo del servizio, nell'interesse non solo dell'amministrazione comunale appaltante, ma anche della collettività e, in ultima analisi, dello stesso trasgressore (cui la sanzione applicabile è quella prevista dal Codice della strada, non incrementabile *ad libitum* da parte della stazione appaltante il servizio in questione).

[Link al testo sentenza](#)