

Cass. Civ., S.U., Ordinanza 9 marzo 2020 n. 6691

Controllo di legittimità g.a – eccesso di potere

"Poiché il controllo di legittimità del giudice amministrativo esige la pienezza del sindacato non solo sul fatto, ma pure sulle valutazioni, anche di ordine tecnico, operate dall'amministrazione, sicché non implica una vietata sostituzione alle scelte di merito dell'amministrazione l'individuazione dei confini entro i quali la potestà di questa, per rimanere legittima, deve restare, non integra eccesso di potere per usurpazione della funzione amministrativa la decisione del Consiglio di Stato che, sull'impugnativa dell'aggiudicazione dell'affidamento in concessione dei lavori di costruzione e gestione di un'opera pubblica, rileva, anche se all'esito del procedimento di verifica ai sensi dell'art. 63 cod. proc. amm., comma 4, quale vizio di quel provvedimento l'illegittimità, ai fini della giustificazione di una valutazione di maggiore convenienza e dell'attribuzione di maggior punteggio decisivo per l'aggiudicazione, dell'equiparazione ad un mancato utilizzo del contributo pubblico a fondo perduto della sua promessa di restituzione integrale, non assistita da valide garanzie o previsioni gestionali e contabili".

Nella pronuncia in esame le Sezioni Unite hanno escluso che integra eccesso di potere per usurpazione della funzione amministrativa la decisione con cui il Consiglio di Stato, con riguardo al provvedimento di aggiudicazione impugnato, ha qualificato come vizio l'equiparazione tra la situazione di mancato utilizzo del contributo pubblico a fondo perduto e quello di promessa di restituzione integrale del medesimo, non assistita da valide garanzie o previsioni gestionali e contabili.

Infatti, deve rilevarsi che il controllo di legittimità svolto dal giudice amministrativo, per poter adeguatamente essere esplicitato, esige la pienezza del sindacato non solo sul fatto ma pure sulle valutazioni – anche di ordine tecnico – operate dall'amministrazione.

In particolare, al giudice spetta il potere di esaminare la correttezza dei criteri e dei parametri applicati o considerati dall'amministrazione per giungere alla scelta concretamente compiuta, anche se da tale valutazione deriva la necessità per la p.a. di conformare la propria attività ed il proprio operato alle regole di condotta – tecniche o giuridiche – delineate dal giudice.

In altri termini, secondo la Corte, l'individuazione da parte del giudice amministrativo dei confini entro cui deve restare la potestà dell'amministrazione per rimanere legittima, non determina una sostituzione alle scelte di merito dell'amministrazione, nemmeno quando tale individuazione comporta il travolgimento della scelta che li ha violati.

Per tali ragioni, il Supremo Collegio ha concluso che nella sentenza gravata il Consiglio di Stato non è incorso in eccesso di potere poiché non ha sovrapposto una sua propria valutazione comparativa a quella dell'amministrazione ma si è correttamente limitato a verificare – per poi escluderla – l'astratta ed intrinseca congruità di criteri di valutazione applicati e, altrettanto correttamente, a sottoporre a verifica l'illegittimità, per contraddittorietà insanabile e insuperabile incongruità del presupposto, del criterio di equiparazione utilizzato.

ORDINANZA

FATTI DI CAUSA

1. La Consorzio Stabile SIS scpa (d'ora in avanti, anche solo SIS) ricorre, con atto notificato dal 05/12/2018 ed articolato su due motivi, per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5374 del 13/09/2018, notificata il 09/10/2018, con cui è stato accolto, per quanto di ragione e con

annullamento della disposta aggiudicazione, l'appello della Salini Impregilo spa, in proprio e per ATI con Astaldi spa, Pizzarotti spa e Ghella spa (d'ora in avanti, anche solo Salini), contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio sede di (OMISSIS), con cui era stata respinta la sua impugnazione (articolata in un ricorso e tre atti di motivi aggiunti) contro gli atti della procedura ristretta indetta da Autostrade del Lazio s.p.a. (con bando pubblicato il 19/11/2011) per l'affidamento in concessione della realizzazione e gestione del corridoio intermodale (OMISSIS) e collegamento (OMISSIS) (c.d. autostrada (OMISSIS)), opera inclusa tra le infrastrutture strategiche regolate dalla c.d. legge obiettivo (L. 21 dicembre 2001, n. 443), aggiudicata, con Det. di aggiudicazione 6 luglio 2016, n. 1, all'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sull'importo a base di gara di Euro 2.728.654.822,00 (duemiliardisettecentoventotto milioni seicentocinquantaquattromila ottocentoventidue Euro) al Consorzio stabile SIS s.c.p.a., unico altro concorrente.

2. In particolare, la Salini aveva riproposto al Consiglio di Stato tutte le censure già formulate nel giudizio di primo grado e respinte dal Tribunale amministrativo, dirette a sostenere sotto molteplici profili che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, per difformità essenziali tanto della sua offerta tecnica quanto di quella economica, o che la gara in sé sarebbe stata da annullare (in parte), per illegittimità configurabili sia nella lettera di invito che nelle modalità con cui essa era stata svolta; ed aveva pure riproposto le censure relative alla verifica delle condizioni di efficacia dell'aggiudicazione definitiva a favore del SIS (di cui alla nota di Autostrade del Lazio del 19/12/2016, prot. n. 291-P), dedotte in primo grado con il terzo atto di motivi aggiunti.

3. Il Consiglio di Stato, ha però, all'esito della disposta verifica e comunque rigettata ogni altra doglianza, ritenuto fondate le censure della Salini nei confronti della formula matematica prevista nella lettera di invito, nella misura in cui avevano contestato l'assimilazione di ipotesi non equiparabili, date dalla rinuncia al contributo pubblico, da un lato, e dal suo utilizzo e successiva restituzione, dall'altro lato; ed ha, diversamente da quanto ritenuto sul punto dal Tribunale amministrativo, concluso che, lungi dal muoversi nei limiti della "teorica possibilità" di una valutazione differenziata (cosicché la diversa scelta di Autostrade del Lazio doveva "ritenersi rientrare nella discrezionalità amministrativa nel formulare i criteri di valutazione": così la sentenza di primo grado), la censura coglieva un errore di fondo nella predisposizione della normativa di gara, tale da renderla illegittima.

4. In particolare, l'errore è stato ravvisato nel trattare irragionevolmente in modo eguale le due ipotesi prima menzionate, benchè nel caso di utilizzo e successiva restituzione del contributo pubblico il valore attualizzato di questo fosse soggetto al rischio che il concessionario non riuscisse ad adempiere all'obbligo di restituzione così assunto; ed è stato riscontrato come, in termini matematico-finanziari, il rischio in questione, misurato dal verificatore attraverso il rapporto di copertura tra il flusso di cassa generato dal progetto e il costo per il servizio del debito complessivo, espresso dall'indicatore DSCR (debit service cover ratio), si fosse situato a livelli insoddisfacenti in ciascuno dei tre periodi in cui la pluriennale concessione era stata esaminata, proprio a causa dell'onere assunto dal concessionario per la restituzione del contributo pubblico utilizzato.

5. Ancora, dal punto di vista strutturale, il contributo in questione è risultato impostato dal SIS come debito postergato a tutte le altre fonti di finanziamento dell'investimento nell'opera autostradale, non solo rispetto all'indebitamento bancario, ma anche alla remunerazione degli azionisti, tale da

assumere il ruolo di uno strumento di capitale; ed ulteriori criticità sono state rilevate in quelle legate alla scadenza della relativa restituzione, posta nell'ultimo periodo della concessione, quando dovrebbe essere già stata assicurata la remunerazione degli azionisti e la restituzione dell'indebitamento bancario, e dunque con scarsi margini di manovra per eventuali rimodulazioni dell'onere, ulteriormente aggravata dall'assenza di garanzie contrattuali.

6. In dipendenza di tanto, sono state ritenute fondate le censure della Salini concernenti la formula matematica prevista dalla lettera di invito per la valutazione delle offerte relativamente all'utilizzo del contributo pubblico e di contraddittorietà in atti nell'operato dell'amministrazione, nella parte in cui pur a fronte di notevoli perplessità emerse in ordine alla convenienza dell'offerta del SIS ha nondimeno aggiudicato a questo la gara: con la conseguenza che la qui gravata sentenza ha annullato in parte qua la lettera di invito, con conseguente obbligo per l'amministrazione di rinnovare la gara a partire da tale segmento risultato illegittimo.

7. Resistono con separati controricorsi la Autostrade per il Lazio spa, che però dichiara di aderire all'impugnazione della ricorrente principale, nonché la Salini Impregilo spa, nelle qualità di cui ai gradi precedenti; ed è stata poi disposta la trattazione in adunanza camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c., come inserito dal D.L. 31 agosto 2016, n. 168, art. 1-bis, comma 1, lett. f), conv. con modif. dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197.

8. Peraltro, la ricorrente deposita atto di costituzione di ulteriore difensore, col quale svolge altresì ulteriori contestazioni sotto il profilo del difetto di giurisdizione (mancato officioso rilievo della decadenza o dell'inammissibilità del motivo sub "C" del ricorso principale e comunque sostituzione all'Amministrazione con sovrapposizione della propria valutazione a quella riservata a questa mercè annullamento del provvedimento di definitiva aggiudicazione), sostenendo l'ammissibilità di tale ulteriore censura e perfino la sua officiosa rilevabilità nella presente sede.

9. Infine, mentre il Pubblico Ministero non deposita conclusioni scritte, ciascuna delle parti deposita memoria ai sensi del penultimo periodo della appena richiamata disposizione, riferendo pure che il Consiglio di Stato ha reso in materia le sentenze n. 2733 del 29/04/2019 e n. 8696 del 23/12/2019, rispettivamente di declaratoria di inammissibilità della revocazione e in sede di giudizio di ottemperanza della stessa sentenza oggetto dell'odierno ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Va preliminarmente esclusa l'ammissibilità di ogni nuova doglianza sviluppata con l'atto di costituzione di ulteriore difensore dalla ricorrente ed a maggior ragione con la memoria (neppure potendo abilitare a tanto la sopravvenuta sentenza resa in sede di ottemperanza, pubblicata solo il 23/12/2019, ma per questo del tutto estranea al perimetro della controversia oggi esaminabile da questa Corte), attesi i principi generali del giudizio di legittimità in punto di non integrabilità del ricorso introduttivo con alcun altro atto introduttivo successivo al termine originario di impugnazione.

2. Infatti, nel processo civile vige il principio di consumazione dell'impugnazione, in forza del quale la parte rimasta in tutto o in parte soccombente, esercitando il potere di impugnazione, consuma la facoltà di critica e di contestazione della decisione che la pregiudica, per cui non può proporre in prosieguo altri motivi o ripetere, specificare o precisare quelli già dedotti, anche quando si tratti dell'impugnazione di decisioni di giudici amministrativi (Cass. Sez. U. 15/07/1993, n. 7841): in

particolare, non vigendo nel codice di rito civile l'istituto dei motivi aggiunti e dovendo i fatti nuovi, ove non comportino una cessazione della materia del contendere in senso tecnico o non debbano essere obbligatoriamente presi in considerazione in casi particolari che comunque qui non ricorrono, essere fatti valere nel rispetto del sistema proprio delle preclusioni di ciascun grado.

3. Pertanto, il ricorso per cassazione deve essere proposto, a pena di inammissibilità, con unico atto avente i requisiti di forma e contenuto indicati dalla pertinente normativa di rito, con la conseguente radicale ed insanabile inammissibilità di un nuovo atto successivamente notificato a modifica od integrazione del ricorso originario (tra molte: Cass. Sez. U. 11/11/1994, n. 9409; Cass., ord. 20/07/2012, n. 12739), sia se concerna l'indicazione dei motivi, sia ove tenda a colmare la mancanza di taluno degli elementi prescritti (Cass. 10/02/2005, n. 2704): essendo solo possibile - ove non siano decorsi i termini - la proposizione di un nuovo ricorso in sostituzione del primo, ma non anche ad integrazione o correzione di un ricorso, viziato o meno, che non sia ancora stato dichiarato inammissibile (Cass. 31/05/2010, n. 13257).

4. In definitiva (in termini: Cass. 05/06/2007, n. 13062; Cass. 07/07/2009, n. 15895), la parte rimasta in tutto o in parte soccombente nell'esercitare il potere di impugnazione consuma la facoltà di critica della decisione che la pregiudica, non potendo in prosieguo proporre altri motivi o ripetere, specificare o precisare quelli già dedotti.

5. Il richiamato principio esclude poi di per sé che le memorie concesse alle parti per l'udienza pubblica di discussione dall'art. 378 c.p.c. o per l'adunanza camerale di sesta sezione e di sezione ordinaria, rispettivamente dagli artt. 380-bis e 380-bis.1 c.p.c., possano svolgere alcuna funzione, con le argomentazioni o le difese ivi contenute, diversa od ulteriore rispetto alla mera chiarificazione od illustrazione degli argomenti e delle ragioni giustificatrici dei motivi già debitamente - e non inammissibilmente - enunciati nel ricorso, sicchè esse non possono mai integrarli (sulla memoria per l'udienza di discussione: Cass. 29/03/2006, n. 7237; sulla memoria per l'adunanza camerale di sesta sezione: Cass. 28/11/2018, n. 30760; Cass. ord. 23/08/2011, n. 17603).

6. Del resto, una simile conclusione è imposta a maggior ragione nel rito camerale di legittimità pure dal principio del contraddittorio, visto che, con la già richiamata riforma di cui alla L. n. 197 del 2016 e per il caso di opzione per detto rito, quelle memorie sono l'ultima occasione di contatto tra la parte ed il giudice, alla quale la controparte non avrà mai la possibilità di replicare o reagire, essendo esclusa l'ammissibilità di ogni attività difensiva in senso proprio oltre il termine per il deposito di tali memorie (Cass. ord. 22/09/2017, n. 22073).

7. Nè può alcuno dei vizi prospettati dalla ricorrente principale essere di ufficio rilevato da questa Corte, sia in relazione ai principi generali che regolano il giudizio di legittimità, sia per quanto si verrà a dire in ordine al ben delimitato ambito del sindacato in sede di ricorso previsto dall'art. 111 Cost., comma 8.

8. Orbene, la ricorrente principale lamenta, in ricorso: "1.1. Eccesso di potere giurisdizionale: erroneo esercizio del potere istruttorio con riferimento all'art. 63, comma 4 c.p.a.. Ricorso alla verifica quale inammissibile strumento istruttorio di "valutazione" dei criteri di giudizio già adottati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri"; "1.2. Eccesso di potere giurisdizionale:

esercizio del potere decisionale con sconfinamento nelle prerogative rimesse alla Pubblica Amministrazione. Travalicamento e sostituzione dei criteri stabiliti dalla legge di gara".

9. Dal canto suo, la Autostrade del Lazio spa si duole, nel suo controricorso con ricorso incidentale che definisce adesivo, di: "I. eccesso di potere giurisdizionale: errato esercizio del potere istruttorio con riferimento all'art. 63, comma 4, c.p.a.. Ricorso alla verifica quale inammissibile istruttorio di "valutazione" dei criteri di giudizio già adottati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri"; "II. eccesso di potere giurisdizionale: esercizio del potere decisionale con sconfinamento nelle prerogative rimesse alla Pubblica Amministrazione. Travalicamento e sostituzione dei criteri di cui alla legge di gara".

10. Col primo motivo, le ricorrenti insistono sulla natura della verifica prevista dal cod. proc. amm. - anche alla stregua della giurisprudenza del medesimo Consiglio di Stato - per escluderne una funzione valutativa: così evidenziando che, mentre il primo dei tre quesiti formulati con l'ordinanza che aveva ammesso la verifica si manteneva sulla dimostrazione matematico-finanziaria degli assunti delle resistenti (per riguardare il calcolo del valore attualizzato del contributo pubblico), gli altri due avevano un chiaro contenuto valutativo (involgendo l'indicazione, rispettivamente, dell'eventuale influenza su detto valore di profili di ordinaria rischiosità delle condizioni e dei tempi di restituzione dei contributi offerti dall'aggiudicatario, nonché della valutazione di congruità del tasso di interesse previsto quale conseguenza di quelle condizioni e di quei tempi).

11. Ed entrambe le ricorrenti concludono che, in sostanza, già con il conferimento dell'incarico così strutturato si sarebbe consumata una "violazione riconducibile all'art. 111 Cost., laddove quello delegato al verificatore non è stato l'accertamento dell'esistenza del fatto valutato dalla P.A. ma il come quel fatto sia stato effettivamente o avrebbe dovuto essere valutato, derivando poi da tale apprezzamento la rimozione degli effetti già deliberati dalla PA".

12. Col secondo motivo le ricorrenti, rilevando la piena adesione della gravata sentenza alle risultanze della già malamente disposta verifica, rimarcano essersi la prima sostituita alla Amministrazione ed ai suoi esclusivi poteri valutativi, invece correttamente e compiutamente esercitati nell'ambito di un'irrinunciabile prerogativa discrezionale di apprezzamento sia della predisposizione della gara, sia dell'assunzione dei criteri di presentazione delle offerte e nella loro specifica valutazione; e contestano la conclusione di irragionevolezza di un trattamento eguale riservato a situazioni differenti, cioè il mancato utilizzo del contributo a fondo perduto e la sua restituzione successivamente all'utilizzo, soprattutto per il rischio, in questa seconda evenienza, di inadempimento all'obbligo di restituzione.

13. Ancora, analiticamente esaminate le argomentazioni della qui gravata sentenza, espressamente e continuamente ricondotte ad una serie di valutazioni, ribadiscono avere quella travalicato i limiti del potere giurisdizionale, indebitamente arrogandosi una prerogativa spettante alla P.A. e, per la precisione, compiendo valutazioni di esclusiva spettanza dell'Amministrazione e per di più affidandosi ad un criterio non validamente utilizzabile.

14. Inoltre, richiamata la giurisprudenza di legittimità sul punto, lamentano che, nella specie, l'indagine del giudice amministrativo non è rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del

provvedimento impugnato, ma è stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, con sostituzione alla volontà ed alla potestà stessa dell'Amministrazione, già fin dalla asserzione della necessaria previsione di una normazione delle valutazioni.

15. Infine, ancora più analiticamente esaminati i passaggi argomentativi della gravata sentenza, concludono per la scorrettezza dell'estrinsecazione del potere devoluto al Consiglio di Stato, che: in primo luogo, ha impropriamente valutato non un fatto, ma il modo in cui la valutazione di quel fatto era stata operata dalla pubblica amministrazione fin dal bando di gara; in secondo luogo, anziché limitarsi a valutare gli effetti derivanti da un bando di gara, ha apprezzato nel merito la rischiosità che da quegli effetti stessi avrebbero potuto derivare ipoteticamente, fino a ritenerli illegittimi e con ciò sostituendosi alla discrezionalità nel merito rimessa alla pubblica amministrazione.

16. Alla disamina delle doglianze va premesso che non viene in considerazione, per la peculiarità della controversia, alcuna questione indotta dalla recente sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, essendo già consolidato in tempo precedente l'approdo giurisprudenziale di legittimità secondo il quale il ricorso a questa Corte avverso una sentenza del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti, previsto dell'art. 111 Cost., comma 8, è inammissibile quando deduca errores in iudicando o in procedendo, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo (in termini, Cass. Sez. U. 20/03/2019, n. 7926, ove ulteriori riferimenti; seguita poi, con specifico riferimento alla necessità di applicare l'interpretazione dell'istituto data da Corte Cost. n. 6 del 2018, da Cass. Sez. U. 11/11/2019, n. 29082, ma pure da Cass. Sez. U. 24/01/2020, n. 1608), neppure ove implicino violazioni perfino assai gravi di norme anche sovranazionali: infatti, la controversia devoluta all'esame di queste Sezioni Unite riguarda una fattispecie di prospettato eccesso di potere per usurpazione della funzione amministrativa.

17. Tale tipologia di eccesso di potere è stata ravvisata quando con la sua decisione il giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, istituzionalmente riservato alla pubblica amministrazione, 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 del 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 (così, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso (Cass. Sez. U. 09/11/2011, n. 23302; Cass. Sez. U. 31/05/2016, n. 11380; Cass. Sez. U. 19/12/2016, n. 26183; Cass. Sez. U. 21/02/2017, n. 4395; Cass. Sez. U. ord. 05/06/2018, n. 14437; Cass. Sez. U. ord. 26/08/2019, n. 21689).

18. E' però inscindibilmente connaturato alla sua funzione che l'ambito del controllo di legittimità del giudice amministrativo esiga la pienezza del sindacato non solo sul fatto sottostante il provvedimento devoluto al suo esame, ma pure sulle valutazioni, anche e soprattutto di ordine tecnico, operate dall'amministrazione, col solo ovvio limite del divieto di sostituzione diretta di una propria scelta a quella dell'autorità amministrativa.

19. Non cessa quindi il giudice amministrativo di essere, in quanto tale, il giudice della legittimità, intesa come correttezza dei criteri e dei parametri applicati o considerati - tecnici o giuridici poco importa - per giungere alla concreta scelta operata dall'amministrazione, neppure se da tale valutazione discende la necessità, per questa, di conformare la propria attività ed il proprio operato alle regole di condotta, tecniche o giuridiche, individuate dal suo giudice; in altri termini, non significa sostituirsi alle scelte di merito dell'amministrazione individuare i confini entro i quali la potestà di questa, per rimanere legittima, deve restare, nemmeno quanto tale individuazione comporta il travolgimento della scelta di merito che li ha violati.

20. Ne consegue, in primo luogo, che non rileva alcun eventualmente improprio impiego dell'istituto della verifica (che si risolve in uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione: Cass. Sez. U. ord. 09/01/2020, n. 158), tanto ridondando, a tutto concedere e sempre ammesso che la novellazione della procedura amministrativa implicata dall'adozione del relativo codice di rito di cui al D.Lgs. n. 104 del 2010, non abbia comportato una sorta di sostanziale definitiva equiparazione funzionale dei due istituti e quindi la legittimità della verifica anche in ipotesi di vere e proprie valutazioni, in un error in procedendo che resta del tutto all'interno dei limiti della giurisdizione speciale: pertanto, non incorre in eccesso di potere giurisdizionale il Consiglio di Stato che disponga verifica al di fuori dei casi previsti dal codice di rito amministrativo, nè che si avvalga dei risultati di quella, a maggior ragione se sottoposti al rituale contraddittorio delle parti.

21. Ma ne consegue poi, quanto al merito delle doglianze, che la qui gravata sentenza non ha affatto sovrapposto una sua propria valutazione comparativa a quella della stazione appaltante o, comunque, della Pubblica Amministrazione, perchè, come è reso evidente dalla ratio decidendi a sostegno dell'unico accoglimento delle numerose doglianze delle parti contrapposte (punti 59 e seguenti delle ragioni in diritto), il Consiglio di Stato si è correttamente limitato a verificare, per poi escluderla, l'astratta ed intrinseca congruità di criteri di valutazione applicati e, altrettanto correttamente, a sottoporre a verifica l'illegittimità, per contraddittorietà insanabile e insuperabile incongruità del presupposto, del criterio di equiparazione delle situazioni di mancato utilizzo del contributo pubblico a fondo perduto e di promessa di restituzione integrale del medesimo non assistita da valide garanzie o previsioni gestionali e contabili.

22. In particolare, l'errore in questione è stato riscontrato, sulle condivise conclusioni del verificatore, nella irragionevole equiparazione del trattamento delle due ipotesi prese in esame, benchè nel caso di utilizzo e successiva restituzione del contributo pubblico il valore attualizzato di questo fosse soggetto al rischio di impossibilità di adempimento dell'obbligo di restituzione.

23. Tale rischio è stato poi in concreto misurato dal verificatore attraverso il rapporto di copertura tra il flusso di cassa generato dal progetto e il costo per il servizio del debito complessivo, espresso dall'indicatore DSCR (debit service cover ratio) e valutato insoddisfacente (visto che "il valore di tale indicatore si pone a livelli insoddisfacenti, prossimi o inferiori ad 1, proprio a causa dell'onere assunto dal concessionario attraverso l'obbligazione restitutoria del contributo pubblico utilizzato"), essendo stato, dal punto di vista strutturale, il contributo in questione impostato dal Consorzio SIS come debito postergato a tutte le altre fonti di finanziamento dell'investimento nell'opera autostradale, non solo rispetto all'indebitamento bancario, ma anche alla remunerazione degli azionisti, tale da assumere il ruolo di uno strumento di capitale e considerate poi le ulteriori criticità legate alla

scadenza della relativa restituzione, posta nell'ultimo periodo della concessione, quando dovrebbe essere già stata assicurata la remunerazione degli azionisti e la restituzione dell'indebitamento bancario: e dunque con scarsi margini di manovra per eventuali rimodulazioni dell'onere, ulteriormente aggravata dall'assenza di garanzie contrattuali.

24. Pertanto, è evidente che il giudice amministrativo non si è sostituito alla pubblica amministrazione nell'operare una valutazione comparativa, ma ha, come la legge gli demanda e rimanendo entro i confini della giurisdizione devolutagli, apprezzato la correttezza o meno del criterio di valutazione applicato, per poi escluderla in concreto alla stregua degli elementi fattuali acquisiti all'esito della disposta verifica, a riprova dell'insostenibilità del presupposto eretto a fondamento della scelta poi operata dalla stazione appaltante, tanto da rimettere appunto a questa ogni ulteriore provvedimento conseguente, nel solo ovvio rispetto dei rilievi operati: sicchè non si è avuto alcuno sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice speciale e, anche sotto questo profilo, il ricorso è inammissibile.

25. Ed è appena il caso di notare che neppure alcuno degli altri vizi, pure inammissibilmente dedotti con i richiamati atti successivi al ricorso, integra in tesi nulla più di un error in iudicando o un error in procedendo, quand'anche - sempre in tesi - di rilevante gravità: con la conferma della conclusione dell'incensurabilità in questa sede.

26. Rimangono, a maggior ragione, in questa sede del tutto irrilevanti le vicende successive, di cui alle segnalate pronunce del Consiglio di Stato sui contrapposti ulteriori ricorsi delle parti per revocazione e per ottemperanza.

27. Tanto va infine dichiarato in dispositivo, in applicazione del seguente principio di diritto: "poichè il controllo di legittimità del giudice amministrativo esige la pienezza del sindacato non solo sul fatto, ma pure sulle valutazioni, anche di ordine tecnico, operate dall'amministrazione, sicchè non implica una vietata sostituzione alle scelte di merito dell'amministrazione l'individuazione dei confini entro i quali la potestà di questa, per rimanere legittima, deve restare, non integra eccesso di potere per usurpazione della funzione amministrativa la decisione del Consiglio di Stato che, sull'impugnativa dell'aggiudicazione dell'affidamento in concessione dei lavori di costruzione e gestione di un'opera pubblica, rileva, anche se all'esito del procedimento di verifica ai sensi dell'art. 63 cod. proc. amm., comma 4, quale vizio di quel provvedimento l'illegittimità, ai fini della giustificazione di una valutazione di maggiore convenienza e dell'attribuzione di maggior punteggio decisivo per l'aggiudicazione, dell'equiparazione ad un mancato utilizzo del contributo pubblico a fondo perduto della sua promessa di restituzione integrale, non assistita da valide garanzie o previsioni gestionali e contabili".

28. Conseguente alla declaratoria di inammissibilità la condanna della ricorrente principale e della ricorrente incidentale, tra loro in solido per la comunanza dell'interesse in causa fatto proprio dall'adesione della seconda alle ragioni sostenute dalla prima, al pagamento delle spese di lite in relazione all'ingentissimo valore della controversia, quale desunto da quello della gara oggetto della sentenza qui gravata, applicando ad ogni raddoppio del valore dello scaglione a partire da quello indicato nel decreto ministeriale di riferimento - ed ai valori medi ivi indicati, in difetto di elementi per discostarsene - un incremento peraltro contenuto (in ragione del dieci per cento) e comunque non uguale al massimo possibile (del trenta per cento).

29. Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è dichiarato inammissibile, sussistono i presupposti processuali per dare atto - ai sensi della L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, che ha aggiunto del Testo Unico di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, il comma 1-quater (e mancando la possibilità di valutazioni discrezionali: tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra le innumerevoli altre successive: Cass. Sez. U. 27/11/2015, n. 24245) della sussistenza dell'obbligo di versamento, in capo a parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Condanna la ricorrente principale Consorzio Stabile SIS s.c.p.a. e la ricorrente incidentale Autostrade del Lazio s.p.a., tra loro in solido, al pagamento, in favore della controricorrente Salini Impregilo s.p.a., in proprio e nella qualità in atti, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 50.000,00 (cinquantamila/00) per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti principale e incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2020.

Depositato in Cancelleria il 9 marzo 2020

