



21720-20

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- PASQUALE D'ASCOLA - Primo Presidente f.f. -
- ANTONIO MANNA - Presidente di Sezione -
- AMELIA TORRICE - Consigliere -
- FRANCO DE STEFANO - Consigliere -
- ANTONIO VALITUTTI - Consigliere -
- ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
- ANTONELLO COSENTINO - Consigliere -
- ANTONIO PIETRO LAMORGESE - Consigliere -
- GIUSEPPE GRASSO - Rel. Consigliere -

Oggetto

RIC. CONTRO
DECISIONI DI
GIUDICI
SPECIALI

Ud. 21/07/2020 -
CC

R.G.N. 5947/2019
Non 21720
Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 5947-2019 proposto da:

(omissis) S.R.L., quale mandataria del costituendo (omissis)
 (omissis) s.r.l. - (omissis) s.r.l., - (omissis) s.r.l., in
 persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in
 (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis),
 che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (omissis);

- ricorrente -

contro

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente
domiciliato in (omissis) presso lo studio dell'avvocato

22/
2020

I (omissis) che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati
(omissis) ;

- controricorrente -

nonchè contro

(omissis) (già (omissis)
(omissis)
(omissis)), (omissis) S.R.L., (omissis) S.R.L., in proprio e
quale mandataria di costituendo (omissis) s.r.l. - (omissis)
s.r.l.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 6520/2018 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il
19/11/2018.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
21/07/2020 dal Consigliere GIUSEPPE GRASSO;

Ritenuto che la vicenda al vaglio, per quel che qui rileva, può
sintetizzarsi nei termini seguenti:

- Il Comune di Milano escluse dalla gara d'appalto n. 37/2014 la
ricorrente, incameò la cauzione provvisoria e dispose segnalazione
all'(omissis) (, (omissis)) - oggi (omissis)
((omissis)) - in quanto:

a) la Commissione giudicatrice aveva rilevato che i plichi della (omissis)
(omissis) e della (omissis) s.r.l. presentavano importanti
similitudini, così da far presumere un accordo fra le due imprese, di
talché le offerte non sarebbero state autonome, bensì concordate;

b) erano rimasti violati i principi di segretezza, indipendenza e
serieà delle offerte e il patto d'integrità con il quale i concorrenti si
erano impegnati ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza, nonché
a segnalare alla stazione appaltante ogni possibile tentativo di
turbativa, irregolarità o distorsione, così da prevenire accordi fra i
concorrenti;

- il Tribunale amministrativo per la Regione Lombardia, disattese il ricorso della s.r.l. (omissis);

- il Consiglio di Stato rigettò l'appello della (omissis), in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria di costituendo (omissis) con (omissis) (omissis) s.r.l. e (omissis) s.r.l., evidenziando che:

- l'esclusione dalla gara trovava fondamento non già nella violazione dell'art. 38, commi 1, lett. m-quater) del d. lgs. n. 163/2006 ("collegamento sostanziale" tra imprese), bensì nella diversa ipotesi descritta dall'art. 46, comma 1-bis del medesimo corpo normativo, il quale prevede l'esclusione in presenza di "irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte";

- la soglia minima indiziaria risultava conclamata per gravità, precisione e concordanza;

- per la gara n. 37 erano pervenuti alla stazione appaltante due plichi identici, recanti sul frontespizio la indicazione del raggruppamento "(omissis) s.r.l., (omissis) s.r.l. e (omissis) (omissis) s.r.l.";

- uno de due plichi conteneva l'offerta del predetto raggruppamento, l'altro, nonostante fosse intestato al medesimo gruppo, conteneva la documentazione di altro raggruppamento;

- sia il plico, che la busta con l'offerta presentavano sui lembi di congiunzione il timbro dell'impresa (omissis) s.r.l.;

- non liberava gli appellanti l'asserto secondo il quale l'inconveniente era da addebitarsi all'impresa di servizi che aveva curato la pratica, in quanto a mente dell'art. 1228 cod. civ., la mandante risponde dell'operato del mandatario, anche a titolo di "culpa in vigilando ed in eligendo";

- la commissione di gara aveva anche rilevato, sotto il profilo sostanziale, che nella stessa gara n. 37 e nelle gare nn. 9 e 36,

rispetto a quelle nn. 6, 7 e 8, le imprese mandanti dei due raggruppamenti erano invertite;

- la violazione di legge addebitata andava ravvisata nel caso in cui la indebita conoscenza del contenuto dell'offerta paventi il mero rischio di pregiudizio del bene giuridico protetto dal principio di segretezza;

- non era necessario aprire le buste con le offerte economiche, essendo sufficiente la prova di un concreto pericolo di conoscibilità o diffusione del contenuto dell'offerta (il legislatore non aveva più previsto l'apertura delle buste neppure per la dimostrazione del collegamento sostanziale - vigente art. 80, d.lgs. n. 50/016 -);

ritenuto che la s.r.l. (omissis) ricorre avverso la statuizione d'appello, sulla base di due motivi, ulteriormente illustrati da memoria, e che il Comune di Milano resiste con controricorso;

ritenuto che con i due correlati motivi di censura la ricorrente denuncia violazione dell'art. 111, co. 8 Costituzione sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione delle attribuzioni legislative, nonché delle attribuzioni amministrative, in sintesi esponendo che:

- il Consiglio di Stato aveva applicato una disposizione normativa mai emanata dal legislatore, frutto della creazione del giudice, travalicando ben lungi l' "error in iudicando", mediante l'adozione di un provvedimento abnorme;

- il provvedimento espulsivo di cui all'art. 38, co. 1, lett. m-
quater) del d. lgs. n. 163/2006 impone di necessità l'apertura delle buste, al fine di acquisire univoci elementi dai quali trarsi
<< l'esistenza di un unitario centro di interessi >>;

- l'art. 46 dello stesso corpo normativo solo dalla non integrità del plico fa discendere la violazione della segretezza, che, per contro, la sentenza impugnata aveva ricollegato, violando il principio di

tassatività e il divieto di analogia, da altre elementi qualificati indizianti;

- la decisione, inoltre, aveva sconfinato nella sfera del merito amministrativo, spettando solo all'amministrazione decidere sull'opportunità e la convenienza dell'atto;

- l'«*errore materiale di "commistione" della documentazione e dei plichi*» non era dipeso da un accordo fra le due partecipanti, bensì dal modus operandi dell'agenzia incaricata di curare la pratica;

considerato che le decisioni del Consiglio di Stato possono essere cassate o per motivi inerenti alla esistenza stessa della giurisdizione, ovvero quando il giudice amministrativo ne oltrepassi, in concreto, i limiti esterni, realizzandosi la prima ipotesi qualora il Consiglio di Stato eserciti la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (oppure, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale), verificandosi, invece, la seconda ove l'organo di giustizia amministrativa giudichi su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (oppure neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri), ovvero quando, per materie attribuita alla propria giurisdizione, compia un sindacato di merito pur essendo la propria cognizione rigorosamente limitata alla indagine di legittimità degli atti amministrativi (Sez. U, n. 8117, 29/03/2017, Rv. 643556);

che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore ricorre solo allorquando il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; l'ipotesi non ricorre quando il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la "voluntas legis" applicabile nel caso concreto, potendo tale operazione ermeneutica

dare luogo, tutt'al più, ad un "error in iudicando" (S.U. n. 21617, 19/9/2017, conf., tra altre, Cass. Sez. U. 12/12/2012, n. 22784; 10/9/2013, n. 20698; 23/12/2014, n. 27341; 31/5/2016, n. 11380, cit.);

che l'attività ermeneutica sottesa alla decisione del Consiglio di Stato, relativamente alla disapplicazione di un atto amministrativo e fondata sulla negata univocità testuale dello stesso nonché sull'interpretazione di una normativa di non cristallina chiarezza, rientra nei limiti interni della giurisdizione e dell'attività di individuazione delle norme da applicare al caso concreto nonché del loro significato - che è il "proprium" della giurisdizione stessa - e, pertanto, non integra eccesso di potere giurisdizionale, neppure laddove, successivamente all'impugnazione di detta sentenza con ricorso per cassazione e nelle more della definizione di questo, sopravvenga una decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, a composizione di un contrasto di giurisprudenza, adotti una soluzione diversa da quella posta a fondamento della sentenza gravata, integrando tale circostanza un'evenienza normale e fisiologica nell'evoluzione e nel progressivo consolidamento della giurisprudenza (Sez. U. n. 30301, 18/12/2017, Rv. 646625);

che l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito, riservato alla P.A., si configura esclusivamente quando il giudice 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 (tra altre, Cass. Sez. U. 9/11/2011, n. 23302; 7/11/2013, n. 25037; 15/3/2016, n. 5077), evenienza che qui, all'evidenza, non ricorre;

che, siccome ricordano queste S.U. (n. 33094/2019), lo sconfinamento nella sfera del merito non può ipotizzarsi, <<per la

semplice e decisiva ragione che simili pronunce si esauriscono nella conferma del provvedimento impugnato, per cui l'autorità che l'ha emesso mantiene intatti tutti i poteri che avrebbe avuto se l'atto non fosse stato impugnato, con la sola eccezione di ravvisare in esso i vizi di legittimità ritenuti insussistenti dal giudice amministrativo>> (conf. S.U. nn. 13927/2001, 32619/2018, 7207/2019);

che nel caso in esame il Consiglio di Stato ha ancorato la violazione del principio di segretezza a un'interpretazione del citato art. 46 che, ben lungi dall'aver generato una norma non emanata dal legislatore, ha valorizzato la portata della previsione di "altre irregolarità", dalle quali desumere la violazione della segretezza, senza la necessità di accertare l'effettività della "combine" mediante l'apertura delle buste;

che, anche a voler ammettere (ma così non è, perché la decisione impugnata si fonda sull'art. 46 e l'ipotesi dell'effettivo riscontrato accordo in danno della gara costituisce solo una ipotesi rafforzativa) che la sentenza abbia ecceduto dalla materia sottoposta al suo esame, reputandosi violato l'art 38, co. 1, lett. m-quater del d. lgs. n. 163/2006, si verserebbe in una ipotesi di ingiustizia della decisione non censurabile ai sensi dell'art. 111, co. 8 Costituz.;

che, peraltro, a insindacabile interpretazione del riparto della giurisdizione e dei limiti del sindacato di questa Corte, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 6/2018, dopo aver confermato il descritto assetto, ha escluso <<soluzioni intermedie>>, pur limitate <<ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento">>, poiché <<attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive>>;

considerato che, pertanto, il ricorso è inammissibile;

considerato che le spese legali debbono seguire la soccombenza e possono liquidarsi, in favore del controricorrente siccome in dispositivo, tenuto conto del valore e della qualità della causa, nonché delle attività espletate;

considerato che ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02 (inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12) applicabile ratione temporis (essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto;

P.Q.M.

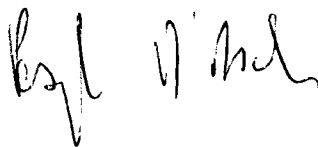
dichiara il ricorso inammissibile e condanna la ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 4.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, e agli accessori di legge;

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02 (inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12), si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte dei ricorrenti, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

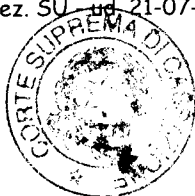
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 21 luglio 2020.

Il Presidente

(Pasquale D'Ascola)

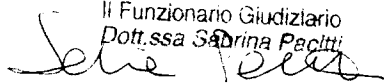


Ric. 2019 n. 05947 sez. SU - ud. 21-07-2020



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 08 OTT. 2020

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Sabrina Pacitti



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Sabrina PACITTI

