

## SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

### SEZIONI UNITE CIVILI

Sentenza 11 giugno – 30 ottobre 2013, n. 24468

(Presidente Adamo – Relatore Amoroso)

#### Svolgimento del processo

1. La Soget s.p.a. - Società gestione entrate e tributi - proponeva il ricorso (r.g. n. 1517/2011) al T.a.r. Puglia, sez. dist. Lecce, esponendo: che la ricorrente Soget e la controinteressata Emmegi partecipavano a una gara bandita dal Comune di Taranto per l'affidamento di una serie di servizi in materia di accertamento, liquidazione e riscossione di tributi, entrate patrimoniali e sanzioni pecuniarie (bando, come rettificato, del 7 ottobre 2010 e termine per la presentazione delle offerte al 15 novembre 2010); che all'esito delle operazioni di gara la stessa era provvisoriamente aggiudicata dalla Soget s.p.a. (d.d. n. 51 del 16 marzo 2011); che successivamente con nota prot. n. 108431 dell'11 luglio 2011, la p.a. comunicava l'avvio di un procedimento di revoca dell'aggiudicazione, in ragione dell'intervenuta risoluzione contrattuale adottata dal Comune di Oria rispetto a Soget con d.d. n. 609 dell'8 giugno 2010 (circostanza la quale avrebbe inciso sui requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura della società); che a tale nota la Soget replicava in data 22 luglio 2011, precisando che il Comune di Oria, con d.d. n. 988 dell'1 ottobre 2010, aveva revocato il proprio precedente atto di risoluzione (questo perché, a seguito di un accordo transattivo, la risoluzione unilaterale era venuta meno per effetto di una risoluzione consensuale del contratto); che con d.d. n. 178 del 14 settembre 2011, tuttavia, il Comune di Taranto ribadiva che le vicende inerenti al rapporto fra la Soget e il Comune di Oria erano tali da incidere sui suoi requisiti di partecipazione e, infine, con d.d. n. 179 del 15 settembre successivo, procedeva all'aggiudicazione della gara in favore della Emmegi.

Avverso tali atti, nonché quelli presupposti e consequenziali, insorgeva davanti al TAR Puglia - sez. staccata di Lecce, la Soget, chiedendone l'annullamento ed instando per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, per il subentro nello stesso e per il risarcimento dei danni.

2. Pronunciandosi nell'instaurato contraddittorio con il Comune di Taranto e la società Emmegi s.r.l. (che proponeva ricorso incidentale), l'adito T.a.r., con sentenza n. 2057 del 2011, in parte respingeva il ricorso principale della società Soget e in parte lo dichiarava inammissibile; inoltre dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla società Emmegi.

Secondo il Giudice di primo grado, il Comune di Taranto aveva legittimamente revocato l'aggiudicazione provvisoria alla Soget, essendosi accertata, in relazione alle vicende del servizio svolto per conto del Comune di Oria, la sussistenza di errori gravi commessi dalla ricorrente; revoca fondata quindi sul disposto dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006.

In particolare riteneva il T.a.r. che legittimamente il Comune di Taranto considerava accertata, in conformità ai parametri fissati già dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 (oltre che dalla *lex specialis* della gara), la sussistenza di errori gravi commessi dalla ricorrente nell'esercizio dell'attività professionale prestata presso il Comune di Oria, errori gravi emergenti, in punto di fatto, dalla delibera di Giunta n. 165 del 1 ottobre 2010 e, soprattutto, dall'atto di transazione intercorso in pari data fra le parti (atto nel quale, a fronte delle contestazioni del Comune di Oria, la Soget, che ben avrebbe potuto agire in sede giudiziaria avverso l'atto comunale di risoluzione del contratto, preferiva invece ristorare la p.a. con la somma di Euro 112.496,17 per il mancato gettito derivato al Comune dai propri inadempimenti contrattuali). Errori gravi i quali obiettivamente rilevavano, indipendentemente da ogni giudizio sulle dichiarazioni rese dalla società (la intervenuta revoca della risoluzione unilaterale depone in ogni caso per la buona fede della società, fermo restando che allo stato non risulta concretamente disposta alcuna sanzione ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, pur essendo le stesse genericamente prefigurate nel provvedimento impugnato), ai fini della esclusione della ricorrente, così legittimando la determinazione n. 178 del 14 settembre 2011.

Il Tar considerava inoltre che la verificata correttezza dell'esclusione della Soget faceva venir meno la legittimazione della medesima alla formulazione delle censure pure avanzate rispetto alla successiva aggiudicazione della gara alla Emmegi, le quali andavano dunque dichiarate inammissibili. In particolare richiamava Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, secondo cui la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva; tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inopponibilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

La manifesta infondatezza del ricorso principale rendeva infine improcedibile per carenza di interesse il ricorso incidentale proposto dalla Emmegi. Infatti l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

3. Appellava la sentenza la Soget la quale riproponeva tutte le censure e le domande svolte in primo grado.

Si costituivano il Comune di Taranto e la Emmegi, quest'ultima con appello incidentale contenente i motivi di cui al ricorso incidentale di primo grado.

Il Consiglio di Stato, sez. Quinta, con sentenza n. 3078 del 2012 respingeva l'appello principale e dichiarava improcedibile l'appello incidentale, confermando per l'effetto la sentenza appellata. Condannava la società appellante a rifondere alle parti appellate le spese del grado di giudizio.

4. Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione la Soget s.p.a. con due motivi.

Resistono con controricorso le parti intimata, Comune di Taranto e società EMMEGI s.r.l..

La Soget s.p.a. ed il comune di Taranto hanno anche depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

#### Motivi della decisione

1. Il ricorso è articolato in due motivi.

Con il primo motivo la società ricorrente denuncia la violazione degli artt. 103, 111 e 117 Cost. lamentando il travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

Secondo la ricorrente il Consiglio di Stato, nel confermare la pronuncia di primo grado, non si è limitato a una mera verifica della sufficienza della motivazione della revoca dell'aggiudicazione, ma ha operato una vera e propria integrazione della motivazione stessa nel ritenere sussistente il presupposto previsto dall'art. 38, lettera F), decreto legislativo n. 163 del 2006. In tal modo il Consiglio di Stato ha travalicato i confini della giurisdizione operando apprezzamenti discrezionali riservati alla pubblica amministrazione.

Con il secondo motivo la società ricorrente, denunciando la violazione delle medesime disposizioni citate, censura la sentenza impugnata per l'assunto rifiuto di esercitare la giurisdizione.

2. Il ricorso - i cui due motivi possono essere esaminati congiuntamente - è infondato.

Va innanzi tutto ribadito quanto già affermato da questa Corte (Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302) secondo cui le decisioni del giudice amministrativo possono dirsi essere viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, soltanto 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.

In particolare, in presenza di una scelta del legislatore di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto deve prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente.

Nella specie il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione del rifiuto si è mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dal Comune appaltante come ragioni del rifiuto di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato quindi - esercitando i poteri giurisdizionali di verifica del rispetto in particolare dell'art. 38, 1 comma, lett. f), d.leg. 12 aprile 2006 n. 162, che prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di concessioni ed appalti pubblici di lavori, servizi e forniture i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale - è rimasto nei confini propri della giurisdizione del giudice amministrativo.

Ai fini dell'applicazione di tale disposizione del codice dei contratti pubblici non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa.

In conclusione va ribadito quanto già affermato da questa Corte (Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428) secondo cui, quanto al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione (ex art. 362, primo comma, c.p.c.), è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia, e non già nel caso, quale quello in esame, di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge.

3. Il ricorso è quindi infondato.

Alla soccombenza consegue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione nella misura liquidata in dispositivo.

**P.Q.M.**

**La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione liquidate in Euro 200,00 (duecento) per esborsi oltre Euro 6.000,00 (seimila) per compensi d'avvocato ed oltre accessori di legge in favore del comune di Tarante, nonché in Euro 200,00 (duecento) per esborsi ed in Euro 5.000,00 (cinquemila) per compensi d'avvocato oltre accessori di legge in favore della società Emmegi.**