



23 12 / 12

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

APPT. PUS

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 6277/2011

SEZIONI UNITE CIVILI

Cron. 2312

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep. C-1

- Dott. ROBERTO PREDEN - Primo Pres.te f.f. - Ud. 17/01/2012
- Dott. SALVATORE SALVAGO - Consigliere - PU
- Dott. ALFONSO AMATUCCI - Consigliere -
- Dott. CARLO PICCININNI - Consigliere -
- Dott. LUIGI MACIOCE - Rel. Consigliere -
- Dott. GIOVANNI MAMMONE - Consigliere -
- Dott. ANGELO SPIRITO - Consigliere -
- Dott. PAOLO D'ALESSANDRO - Consigliere -
- Dott. STEFANO PETITTI - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 6277-2011 proposto da:

~~.....~~, in persona del legale
rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 349, presso lo
studio dell'avvocato ~~SALVATORE MARIA ALESSANDRO~~, che la
rappresenta e difende unitamente all'avvocato ~~.....~~

2012

8

~~XXXXXX~~, per delega a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

contro

~~XXXXXX~~ ~~MASSIMO~~ ~~ROBILONE~~ S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA UDINE 6, presso lo studio dell'avvocato ~~XXXXXX~~, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati ~~XXXXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXXXX~~, per delega a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la decisione n. 5029/2010 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 28/07/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/01/2012 dal Consigliere Dott. LUIGI MACIOCE;

uditi gli avvocati Maria Alessandra SANDULLI, Carmine PUNZI, Enzo PERRETTINI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DOMENICO IANNELLI, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

RG 6277/2011.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La soc. ~~XXXXXXXXXX~~ (XXXXXX) con provvedimento 21.5.2009 ha escluso le offerte presentate dalla soc. ~~XXXXXXXXXX~~ (PMA) per l'affidamento di lotti di servizi di pulizia del materiale rotabile di cui al bando pubblicato il 19.12.2008 e, con altri atti, ha disposto la caducazione delle aggiudicazioni di lotti già assegnati. Gli atti, e per quel che occupa la delibera di esclusione, hanno tratto fondamento nella valutazione ostativa consentita dall'art. 38 c. 1 lett. F del d.lgs. 163 del 2006, per essere emersi dai pregressi rapporti contrattuali (accordi quadro 838 e 844 del 13.2.2006) gravi negligenze e innumeri contestazioni, sfociate nella delibera di procedere a risoluzione per inadempimento.

Il TAR adito da PMA, in impugnazione dell'atto di esclusione, ha con sentenza 11789 del 2009 rigettato il ricorso sul rilievo che la causa di esclusione ex art. 38 non presupponesse il giudicato sull'inadempimento pregresso ma solo la esistenza di una valutazione negativa (in termini di inaffidabilità) fatta dalla Amministrazione aggiudicatrice.

L'appello di PMA è stato accolto dal Consiglio di Stato, all'esito di articolata consulenza tecnica, con la sentenza 5029 in data 28.7.2010.

Il Consiglio di Stato nella motivazione, ed alla stregua degli atti afferenti il rapporto 2006-2009, ha premesso:

che la indiscutibile giurisdizione del G.O. sul rapporto non sottrae la possibilità che il G.A. chiamato a valutare la ostatività ex art. 38 citato la possa sindacare per i vizi propri dell'atto amministrativo nel quale la ostatività viene affermata,

che l'art. 38 non contiene una previsione sanzionatoria ma appresta una cautela per l'Amministrazione nel segno della necessaria permanenza della fiducia verso il contraente,

che pertanto la esistenza dei presupposti tratti dal passato per formulare prognosi *de futuro* ben può essere dal G.A. valutata

incidentalmente e la conclusione del venire meno della fiducia ben può essere sindacata per la sua congruità e immunità da eccesso di potere.

Su tali premesse, avendo riguardo agli accertamenti peritali, il Consiglio di Stato ha ritenuto esistere indici sintomatici di un eccesso di potere e quindi di un indebito fine di esclusione: si fa cenno alla contraddizione tra gravi inadempienze e successivi rinnovi o proroghe dei contratti ed alla ammissione alla fase di prequalifica della gara; si sollevano dubbi sulla attendibilità degli accertamenti tecnici delle inadempienze effettuati dalla soc. SGS; si formula quindi il sospetto che l'esclusione sia stata determinata da ragioni diverse dalla caduta della fiducia.

Ricorre con atto del 10.3.2011 ai sensi dell'art. 362 c. 1 c.p.c. la soc. ~~Trenitalia~~ sostenendo quanto appresso.

Con un primo motivo si censura che il Consiglio di Stato, all'esito della decisione di riesaminare sul piano istruttorio i dati contrattuali del pregresso rapporto, come fatto palese dai quesiti afferenti la "attendibilità" delle indagini effettuate da SGS, ha chiaramente travalicato nella sfera della cognizione del rapporto spettante al G.O.

Con un secondo motivo, d'altro canto, ci si duole del fatto che la decisione abbia invaso l'area della necessaria discrezionalità di apprezzamento del dato fiduciario appartenente alla P.A. sostanzialmente strumentalizzando il sindacato per eccesso di potere utilizzato per far emergere non già i suoi indici sintomatici ma solo la *inattendibilità* delle valutazioni di risoluzione del rapporto.

La s.p.a. P.M.A. resiste con controricorso 18.4.2011 nel quale eccepisce la inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e la inammissibilità od infondatezza dei due motivi. Trenitalia ha depositato memoria finale ed i difensori hanno discusso oralmente la causa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene il Collegio che, infondato il primo motivo ed in parte fondato il secondo, il ricorso di ~~Trenitalia~~ debba essere accolto.

La questione di rilievo, ad avviso del Collegio, non è certo quella rappresentata dalla accusa, mossa alla decisione, di invasione *ai danni della sfera cognitiva propria del G.O.*, giudice del rapporto e degli inadempimenti, quale articolata nel primo motivo, perché il

Consiglio di Stato nella impugnata sentenza non ha invaso quell'ambito, essendo compresa nella sua potestà giurisdizionale, nell'ottica del sindacato sull'eccesso di potere, la valutazione incidentale dei fatti emergenti dal pregresso rapporto da porre a raffronto con le ragioni addotte a fondamento della decisione di non proseguirlo o di non rinnovarlo.

La questione sottoposta dal secondo motivo del ricorso, ed invece di indubbio rilievo, è quella della ampiezza del sindacato sulla decisione di esclusione per "deficit di fiducia", che è frutto di una valutazione discrezionale della P.A. e sulla quale il controllo del giudice deve essere svolto *ab extrinseco*, e diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non mai *sostitutivo* (come si accusa nella specie abbia fatto il Consiglio di Stato).

Che la eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione costituisca ipotesi di "sconfinamento" vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto, è approdo indiscutibile nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite (S.U. **137 del 1999, 19604 del 2003, 28263 del 2005, 9443 del 2011 e 23302 del 2011**) al quale il Collegio intende dare piena continuità.

Tanto premesso, e prendendo dunque le mosse dalla necessaria chiarificazione della portata dell'art. 38 c. 1 lett. F del d.lgs. 163 del 2006, ritiene il Collegio di dover condividere l'approdo ermeneutico al quale, all'esito di attenta analisi, è pervenuta la giurisprudenza del Giudice Amministrativo (da ultimo, e tra le tante, con la sentenza del Consiglio di Stato n. **409 del 2011**) ed al quale la stessa sentenza qui impugnata presta inequivoca adesione.

Si è infatti espressamente rammentato che gli elementi fondanti la valutazione di *deficit di fiducia* vengono tratti, secondo il modello normativo, da dati esterni al rapporto contrattuale quali la mala fede, la grave colpa o la grave carenza di professionalità e si è altrettanto chiaramente posto in risalto come il bene protetto dalla



predetta clausola di esclusione è quello dell'elemento fiduciario a sostegno della perseguibilità del rapporto committente-appaltatore, quindi un elemento a carattere squisitamente soggettivo, quello della *affidabilità*.

Si è del pari segnalato che la inequivocità di significato degli scarni parametri offerti dal legislatore attesta la scelta di riconoscere in capo all'appaltante un ampio spazio di apprezzamento circa la *permanenza* del requisito della affidabilità.

Si è altrettanto esattamente ricordato che là dove la norma esige che tale esercizio di discrezionalità sfoci in una *motivata valutazione* della stazione appaltante, si sottrae la detta valutazione di frattura dell'elemento fiduciario dall'area dell'arbitrio e se ne consente il tradizionale sindacato giurisdizionale di cui agli art.2 e 3 legge 1034 del 1971 esteso a tutte le ipotesi riconducibili all'eccesso di potere onde portare ad emersione eventuali utilizzazioni strumentali del predicato deficit di fiducia, dissimulanti l'uso della clausola *de qua* per finalità diverse da quelle perseguite con il ridetto art. 38 c. 1 lett. F del d.lgs. 163 del 2006.

Ebbene, si afferma da ~~Fontana~~ che gli indici evidenziati dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata in questa sede come rivelatori di eccesso di potere sono, i primi due, accostabili al canone di evidente contraddittorietà (e quindi in tesi rientranti nel sindacato proprio della giurisdizione di legittimità) e, gli altri, traducibili in mera *non condivisione* della valutazione, con il risultato di portare allo scoperto - sempre ad avviso di ~~Fontana~~ - lo sconfinamento del giudizio in una indebita *sovrapposizione* alla valutazione fatta dalla appaltante sui caratteri del rapporto pregresso.

Il ricorso formula al proposito una osservazione certamente non implausibile, quella per la quale il parametro di *inattendibilità* - adottato (pag. 9 della sentenza impugnata) per individuare, sulla base delle risultanze della CTU, valutazioni tecniche inaccettabili (perché affette da pretesi *errori madornali* secondo l'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato nella nota sentenza **601 del 1999**), parametro da queste Sezioni Unite (S.U. **14893 del 2010**) ritenuto certamente rispettoso dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa nel sindacato delle valutazioni concorsuali delle commissioni esaminatrici -



appare non poco *inappropriato* ove utilizzato nello scrutinio di legittimità di scelte ad alto tasso di "soggettività" quale quella dalla legge consentita alla stazione appaltante.

La evidenza dell'errore è un criterio certamente *suggestivo* per la sua astratta attitudine selettiva ma, altrettanto certamente, è criterio aperto ad una lettura *soggettiva* che ne sconsiglia la utilizzabilità come sintomo del censurabile eccesso di potere le volte in cui l'ambito valutativo riservato alla P.A. non sia segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e la adeguatezza, ma sia qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta (come nel caso del più volte citato *deficit di fiducia* delineato dall'art. 38 c. 1 lett. F del d.lgs. 163 del 2006), riserve il cui rispetto è limite anche all'esercizio della giurisdizione.

Ed è di tal previsione, raccogliendo lo stimolo critico contenuto nel ricorso, che occorre delineare l'ambito per quel che interessa.

Ritiene il Collegio che, in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di *inaffidabilità* dell'Impresa - esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale - il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba 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.

Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto e specularmente, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della *non pretestuosità* della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera *non condivisibilità* della valutazione stessa (ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente).

L'adozione di siffatti criteri di non condivisione, infatti, nella parte in cui comporta una sostituzione nel momento valutativo riservato all'appaltante, determina non già un mero errore di giudizio

(insindacabile in questa sede) ma uno sconfinamento nell'area *ex lege* riservata all'appaltante stesso e quindi vizia, per ciò, solo, la decisione, tale sconfinamento essendo ravvisabile secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza delle Sezioni Unite, anche assai lontana nel tempo, anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione (S.U. n. **2525** del **1964**).

Nella decisione in disamina il Consiglio di Stato, riformando il contrario *decisum* del primo giudice, è pervenuto conclusivamente (pag. 10) ad esibire il "ragionevole dubbio" della pretestuosità delle ragioni poste a base dell'impugnato provvedimento dopo aver evidenziato, oltre a segnali logici di contraddizione del rifiuto, specifiche ragioni di non condivisione della valutazione finale.

La sentenza, infatti, prende le mosse dalla esposizione di segnali di contraddittorietà nel comportamento della stazione appaltante nella gestione del rapporto con P.M.A., rispetto alla conclamata valutazione di inaffidabilità dell'Impresa, contraddizione insita nell'aver prorogato il rapporto in essere ed ammesso P.M.A. alla fase di prequalifica della nuova gara "*nonostante*" potessero già allora emergere i fatti incidenti sulla "fiducia". La statuizione, censurata anch'essa in questa sede, si sottrae di per sé sola alla censura di sconfinamento per la evidente inerenza al sindacato di legittimità della decisione di ricondurre al criterio della contraddittorietà i dati ravvisati ed esposti (e la cui plausibilità sfugge totalmente al sindacato ex art. 362 c. 1 c.p.c. rimesso a questa Corte).

Ma la sentenza, ritenendo non sufficiente tale elemento per pervenire ad un giudizio di illogicità del criterio di valutazione, ha inteso giustapporre alla appena riportata statuizione una articolata proposizione volta a desumere - dal confronto critico tra rapporto "accusatorio" rassegnato a ~~Tribunale~~ dalla soc. di indagine ~~SOB~~ e la relazione di CTU disposta dal giudice amministrativo - gravi vizi di attendibilità e plausibilità del primo, tali da interagire con le denunciate contraddizioni pervenendo a formare un complesso di elementi sintomatici dell'eccesso di potere per "sviamento".

A tal riguardo è indiscutibile, contrariamente alla opinione di ~~questo~~, la piena inclusione - nella potestà di esercitare il sindacato

dell'eccesso di potere - della scelta di accertare pienamente i fatti, anche avvalendosi di un consulente ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. 104 del 2010 al fine di eseguire indagini su materie di elevato profilo tecnico (al proposito Cons. Stato, n. **6980** del **2011**), la cognizione di legittimità del giudice amministrativo essendo in tal guisa *completata* sotto il profilo del pieno controllo dei fatti, come perverso imposto dalla esigenza di dare piena attuazione al disposto della Convenzione Europea (da ultimo decisione del 27.9.2011 in caso A.Menarini Diagnostics c. Italia).

Ma non è l'accertamento operato ad essere significativo in relazione alla questione sottoposta dal ricorso.

Ed infatti, l'accertamento effettuato dal consulente del giudice ha indotto il Consiglio di Stato ad affermare che l'accertamento posto da ~~XXXXXXXXXX~~ a fondamento della sua valutazione era inappropriato metodologicamente e contraddetto, nella sua idoneità a raffigurare gravi inadempimenti dell'appaltatore, dalla reale emersione di *minori* inadempimenti.

Il Consiglio di Stato ha quindi preso atto dell'obiezione difensiva di ~~XXXXXXXXXX~~ per la quale l'atto impugnato si fondava anche su "*innumerevoli contestazioni penali e detrazioni*" ma ha valutato che, *ciò nonostante*, le contraddizioni dianzi riscontrate e la inattendibilità del rapporto SGS disvelata dal CTU, facevano ritenere sussistente l'eccesso di potere per uso distorto della facoltà di rifiuto riconosciuta dalla legge.

Emerge quindi con chiarezza che la decisione finale di ravvisare la pretestuosità del sopravvenuto deficit di fiducia allegato da ~~XXXXXXXXXX~~ si è fondata in modo comunque *determinante* (secondo la stessa costruzione logica della decisione), e se pur nella dichiarata individuazione di un eccesso di potere, che della discrezionalità, amministrativa o tecnica, costituisce il limite (Cons. Stato **8091** del **2010** e **4902** del **2010**), sulla valutazione di inidoneità dei dati adottati a sostenere la decisione stessa, e quindi sulla *valutazione di insufficienza oggettiva di quei dati a far considerare plausibile la caduta soggettiva della fiducia*.

E poiché il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione

appaltante la facoltà di determinare essa stessa *il punto di rottura dell'affidamento nel contraente*, una decisione che, quale quella in disamina, non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate ma *valuti solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura*, incorre, all'evidenza, nel denunciato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione.

L'accoglimento del ricorso impone, a questo punto, di valutare l'ambito della pronuncia cassatoria in relazione alla decisione attinta dalla pronuncia ed al procedimento di appello che essa ha concluso.

E tale valutazione deve partire dalla fissazione di due dati, quelli per i quali:

1. la sentenza cassata è stata emessa da un giudice che – esso solo e non altri – era ed è dotato di piena giurisdizione sulla controversia sottoposta,
2. la ragione per la quale nondimeno è consentito il sindacato di queste Sezioni Unite sta nel fatto che quel giudice possa aver superato (come nella specie ha superato), nella cognizione del rapporto in esame, *non* le regole del proprio giudizio *ma* le regole della stessa propria cognizione, con la conseguenza per la quale l'effetto rescindente di tale seconda ipotesi di superamento (la sola che la Costituzione consente di porre in rilievo) non potrà espropriare il giudice del potere giurisdizionale di riesaminare il rapporto stesso.

Né ad avviso del Collegio sussistono ostacoli a dare corso, dopo la pronuncia di cassazione, a tale doverosa "restituzione".

Come di recente considerato da queste Sezioni Unite (ord. n. **10174** del **2011**) l'art. 382 del codice di rito civile, a seguito della introduzione nell'ordinamento delle norme che attuano il principio della *translatio iudicii* (delineato da S.U. n. **4109** del **2007** e applicato da Corte Cost. n. **77** del **2007**), e segnatamente degli artt. 59 legge 69 del 2009 ed 11 del d.lgs. 104 del 2010, deve essere interpretato nel senso che la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto qualora non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, in tutti gli altri casi essendo statuito che

