

GIUSTIZIA CIVILE: Ricorso - Avverso decisioni del Consiglio di Stato - Motivi - Eccesso di potere giurisdizionale - Pronunzia resa ex art. 122 del C.p.a. - Esclusione.

Cass. civ., Sez. Unite, 16 marzo 2022, n. 8588

- in *Guida al diritto*, 22, 2022, pag. 64

“[...] non integra eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo per usurpazione della funzione amministrativa la pronuncia, resa ai sensi dell'art. 122 c.p.a., di inefficacia del contratto seguito ad aggiudicazione definitivamente annullata e di subentro del ricorrente nel rapporto contrattuale, essendo tali statuizioni istituzionalmente riservate a quel giudice e precluse all'autorità amministrativa, nè potendo configurarsi la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in pretesi errori di valutazione dei relativi presupposti [...]”.

Svolgimento del processo

che:

1. - In data 7 dicembre 2017, la AUSL di Bologna autorizzava l'indizione della gara di appalto relativa alla gestione dei servizi integrati di supporto alla persona presso l'Azienda Ospedaliero - Universitaria Policlinico (OMISSIS).

Procedutosi alla pubblicazione del bando e del disciplinare, all'esito della valutazione della documentazione tecnica presentata dai concorrenti e dell'attribuzione delle preferenze in base al metodo del confronto a coppie, l'appalto veniva aggiudicato, in data 25 gennaio 2019, al RTI guidato da Coopservice Soc. Coop. p.A., mentre il costituendo RTI guidato da Rekeep S.p.A. si posizionava al terzo posto, dietro la Dussmann Service s.r.l., classificatasi seconda nella graduatoria finale.

1.1. - La Rekeep S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo RTI con Servizi Ospedalieri S.p.A., L'Operosa Soc. Coop. a r.l. e Copma Soc. Coop. a r.l., nonchè L'Operosa Soc. Coop. a r.l., in proprio e nella qualità di mandante di detto costituendo RTI (di seguito anche solo "RTI Rekeep - L'Operosa"), denunciando (tra l'altro) la situazione di conflitto di interessi in capo al direttore della Struttura Complessa Servizi di Supporto alla Persona dell'A.O. Universitaria di (OMISSIS) ("ispiratore e autore del progetto di gara") e la mancanza del requisito di partecipazione in capo alla Dussmann Service s.r.l. per nullità e/o inefficacia del contratto di avvalimento con Eureka Soc. Coop., proposero ricorso, dinanzi al TAR per l'Emilia-Romagna, chiedendo, in via principale, l'esclusione e l'aggiudicazione in proprio favore, nonchè, in via subordinata, l'annullamento dell'intera gara, con consequenziale rinnovazione della stessa.

1.2. - L'adito TAR, con sentenza n. 840/2019, dichiarò il ricorso in parte inammissibile e lo respinse nel resto.

2. - Avverso tale sentenza proponeva appello "RTI Rekeep - L'Operosa", che il Consiglio di Stato, con sentenza resa pubblica il 20 agosto 2020, accoglieva e, per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR per l'Emilia-Romagna e in accoglimento del ricorso di primo grado, "annulla(va) gli atti di gara con esso impugnati nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione", nonché "dichiara(va) l'inefficacia della convenzione stipulata nei limiti della residua parte del rapporto contrattuale ancora da espletare".

2.1. - Il giudice di appello, per quanto ancora rileva in questa sede, osservava che: a) era ammissibile e fondata la censura sulla dedotta situazione di conflitto di interesse, investente la posizione dell'aggiudicataria Coopservice, con conseguente illegittimità del provvedimento di aggiudicazione; b) era ammissibile, in quanto tempestiva, la censura che deduceva la nullità e/o inefficacia del contratto di avvalimento tra la Dussmann Service s.r.l. e la Eureka Soc. Coop.; c) la censura stessa, "alla luce del portato dell'art. 89 del codice dei contratti (D.Lgs. n. 50 del 2016)", era anche fondata "sotto il profilo dell'evanescenza dell'impegno assunto dall'ausiliaria", in forza del quale "non vi (era) margine alcuno per riferire il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 89, comma 3 c.p.a., alla fattispecie del contratto di avvalimento contenutisticamente carente"; d) il citato art. 89, rendeva necessario che "le clausole del contratto di avvalimento non siano afflitte da eccessiva genericità, ma, al contrario, appaiano capaci di rendere puntualmente apprezzabili quali siano le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata, al fine di evitare che il requisito risulti attribuito in via meramente cartolare e non effettiva"; e) in tale prospettiva il requisito di partecipazione concernente il "fatturato pregresso dell'operatore economico" era da intendersi, in forza della "vincolante indicazione contenuta nella clausola del disciplinare" di gara ("non impugnata e, quindi, non eludibile"), "come requisito al contempo finanziario e tecnico operativo", deponendo in tal senso "l'univoca sua riconduzione al disposto del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 83, comma 1, lett. b) e c) - riferite rispettivamente alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali"; f) dal contratto di avvalimento stesso emergeva, altresì, che "l'ausiliaria, pur impegnatasi a fornire in modo continuativo le attrezzature compiutamente elencate nell'allegato 2, (aveva) del tutto eluso l'obbligo di indicazione puntuale della rimanente parte del suo contributo ausiliario", risultando "del tutto indeterminate le tre voci afferenti al personale, al know how, agli stabilimenti e alle modalità di coordinamento e gestione dei servizi"; g) le "lacune contenutistiche" del contratto di avvalimento erano tali, quindi, da giustificare l'esclusione dalla gara anche della seconda classificata; h) alla luce della richiesta di "RTI Rekeep - L'Operosa" di "subentrare nella

Convenzione sottoscritta dal raggruppamento controinteressato" e considerato che "il contratto ha ad oggetto prestazioni di durata che rivestono una proiezione temporale apprezzabile" e che "residua una considerevole parte del rapporto contrattuale ancora eseguibile da parte della subentrante", sussistevano "i requisiti stabiliti dall'art. 122 c.p.a., al fine di dichiarare l'inefficacia del contratto onde consentire al subingresso della ricorrente nella esecuzione della commessa (una volta espletate da parte della stazione appaltante le eventuali e ulteriori verifiche che a ciò si rendessero necessarie)".

3. - Per la cassazione di tale sentenza ricorre la Coopservice Soc. Coop p.A., affidando le sorti dell'impugnazione a due motivi.

Resistono con congiunto controricorso la Rekeep S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo RTI con Servizi Ospedalieri S.p.A., L'Operosa Soc. Coop. a r.l. e Copma Soc. Coop. a r.l., nonché L'Operosa Soc. Coop. a r.l., in proprio e nella qualità di mandante di detto costituendo RTI. Non hanno svolto attività difensiva in questa sede l'Azienda U.S.L. di Bologna, l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico (OMISSIS) e la Dussmann Service s.r.l..

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

che:

1. - Con il primo mezzo è denunciato "eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato nell'interpretazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 89, comma 1, relativo all'istituto dell'avvalimento, in maniera incompatibile con l'art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26.2.2014, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del T.F.U.E."

Parte ricorrente argomenta diffusamente sulla portata della normativa di settore, nazionale e sovranazionale, anche alla luce della lettura che ne ha dato la giurisprudenza amministrativa ed Europea, assumendo, quindi, che la sentenza impugnata, "nella misura in cui interpreta "a maglie larghe" del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 89, prevedendo in ogni caso la nullità del contratto senza alcuna possibilità di rettifica del medesimo nel caso in cui l'ausiliaria sia in possesso dei requisiti e senza che sussista alcun motivo di esclusione, non appare affatto compatibile con i principi e la ratio che sottendono l'art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'U.E. e, più in generale, con lo scopo dell'istituto dell'avvalimento, perseguito dal legislatore comunitario (cfr. sul punto, Corte di Giustizia Europea 7/4/2016 n. C-324/14)".

In ragione della denunciata "incompatibilità" sussisterebbe, pertanto, "un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione" in forza di quanto ritenuto dalla ordinanza di queste Sezioni Unite n.

19598 del 18 settembre 2020 e, quindi, della "decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione, applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia (nella specie, con le sentenze 5 settembre 2019, C333/18; 5 aprile 2016, C-689/13; 4 luglio 2013, C-10/12), esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo".

In subordine, le ricorrenti chiedono la rimessione ex art. 267 T.F.U.E. alla Corte di Giustizia U.E. del seguente quesito interpretativo: "Se l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'art. 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di mancata specificazione dei requisiti formali e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara senza consentirgli la rettifica del contratto nell'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria disponga dei requisiti generali e tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento e non sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80".

Sempre in via subordinata, le ricorrenti chiedono argomentando sulla rilevanza e non manifesta infondatezza - che venga sollevata questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 89, comma 1, come modificato dal D.Lgs. n. 56 del 2017, art. 56, comma 1, per violazione dell'art. 76 Cost., "nella parte in cui prevede, all'ultimo periodo, che la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria sia "a pena di nullità"".

1.1. - Il motivo è inammissibile in tutta la sua articolazione.

1.2. - Alla luce del più recente e ormai consolidato orientamento di queste Sezioni Unite, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione - che si verifica quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento) nonchè di difetto relativo di giurisdizione, riscontrabile quando detto giudice abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola

sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici, senza che tale ambito possa estendersi, di per sè, ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento.

Sicchè, tale vizio non è configurabile per errores in procedendo o in iudicando, 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 (tra le molte, successivamente alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, cfr.: Cass., S.U., n. 7926/2019, Cass., S.U., n. 8311/2019, Cass., S.U., n. 29082/2019, Cass., S.U., n. 7839/2020, Cass., S.U., n. 19175/2020, Cass., S.U., n. 18259/2021).

A tal riguardo, si è altresì precisato che la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto Europeo da parte del giudice amministrativo, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111 Cost., comma 8, atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il proprium della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sè sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione (Cass., S.U., n. 32773/2018; Cass., S.U., 10087/2020; Cass., S.U., n. 19175/2020).

Sicchè, il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto Europeo non integra, di per sè, l'eccesso di potere giurisdizionale denunciabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, atteso che anche la violazione delle norme dell'Unione Europea o della CEDU dà luogo ad un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che si sottrae al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione, nè può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio, essendo tale valutazione, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriera di incertezze, in quanto affidata a valutazioni contingenti e soggettive (Cass., S.U., n. 29085/2019; Cass., S.U., n. 6460/2020).

E, come già affermato da queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 30301/2017; Cass., S.U., n. 7839/2020; Cass., S.U., 21641/2021), la non sindacabilità da parte della Corte di Cassazione, ex art. 111 Cost., comma 8, delle violazioni del diritto dell'Unione Europea e del mancato rinvio pregiudiziale ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali (nella specie, il Consiglio di Stato) risulta compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed Europea, in quanto correttamente ispirato ad esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a

garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione.

Orientamento, questo, che ha trovato conferma assai di recente da parte della stessa Corte di Giustizia U.E. con la sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad*, emessa proprio sul rinvio pregiudiziale disposto dall'ordinanza n. 19598/2020 di questa Sezione Unite; sentenza che ha ritenuto non contrastante con il diritto dell'Unione una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, precluda la possibilità di contestare, nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro, la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa (cfr. anche Cass., S.U., n. 1454/2022).

1.3. - Nella specie, il Consiglio di Stato, con la sentenza impugnata (cfr. sintesi al p. 2.1. del "Ritenuto che", cui integralmente si rinvia), non ha affatto travalicato i limiti esterni della giurisdizione amministrativa, bensì ha esercitato, nel definire i presupposti e i limiti di applicabilità dell'istituto dell'avvalimento di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 89, l'attività ermeneutica che compete al giudice amministrativo, là dove le doglianze di parte ricorrente non solo non colgono appieno la ratio decidendi della sentenza impugnata, che dà rilievo essenziale al tenore delle clausole, non impugnate, del disciplinare di gara, ma, in ogni caso, prospettano degli *errores in iudicando* in riferimento all'applicazione del diritto dell'Unione, non suscettibili, quindi, di sindacato in questa sede.

1.4. - Inammissibili sono, infine, le richieste di rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. e di rimessione alla Corte costituzionale di questione di legittimità costituzionale, innanzi indicate.

Quanto al primo, alla luce di quanto sopra evidenziato va considerato (Cass., S.U., n. 1402/2016; Cass., S.U., n. 12796/2017; Cass., S.U., n. 6460/2020) che l'istanza di parte ricorrente riguarda la denuncia degli stessi vizi dedotti nei mezzi di censura ed attinenti alle modalità con le quali il Consiglio di Stato ha esercitato la propria giurisdizione nell'interpretazione delle norme di settore, per cui: da un lato, essa si palesa irrilevante in quanto postula la soluzione, in senso favorevole alla ricorrente, di questioni su cui, come detto, queste Sezioni Unite sono prive di potestà di sindacato; dall'altro, difetta il potere di questa Corte di disporre il richiesto rinvio pregiudiziale, in quanto alle Sezioni Unite, innanzi alle quali sia stata impugnata una decisione del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, spetta solo di vagliare il rispetto, da parte del giudice amministrativo, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, nei termini sopra precisati, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui veicolare quesiti interpretativi.

Quanto all'eccezione di illegittimità costituzionale, essa non investe una norma sulla giurisdizione, risultando, di conseguenza, esclusa in radice qualsiasi iniziativa in questa sede di rimessione al Giudice delle leggi, che, semmai, avrebbe dovuto essere sollecitata all'interno del giudizio svoltosi dinanzi al giudice amministrativo (Cass., S.U., 476/2015; Cass., S.U., n. 19175/2020).

2. - Con il secondo mezzo è prospettato "eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato nella parte in cui dopo aver dichiarato l'inefficacia del contratto si è pronunciata a favore del subingresso della ricorrente nel rapporto contrattuale prescindendo dall'esito delle "eventuali ed ulteriori verifiche" riservate alla stazione appaltante".

Il giudice di appello avrebbe "compiuto una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza del subingresso di Rekeep nell'esecuzione della commessa", senza neppure dare atto di aver deliberato i presupposti previsti dall'art. 122 c.p.a..

A tal riguardo, il Consiglio di Stato avrebbe, quindi, sconfinato nella sfera riservata all'amministrazione non già disponendo, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., l'inefficacia del contratto sottoscritto dalla Coopservice, ma allorchè si è pronunciato a favore del subingresso di Rekeep "a prescindere dall'esito delle "eventuali ed ulteriori verifiche" riservate all'amministrazione".

Inoltre, il giudice di secondo grado, dichiarando il 20 agosto 2020 l'inefficacia del contratto e pronunciandosi a favore del subingresso automatico di Rekeep, ha invaso la sfera dell'amministrazione, precludendo ad essa di poter far ricorso ai rimedi (revoca dell'aggiudicazione o risoluzione del contratto) previsti dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, art. 4-bis, proprio per i servizi di pulizia o lavanderia in ambito sanitario od ospedaliero.

2.1. - Il motivo è inammissibile.

Le decisioni del giudice amministrativo concernenti la legittimità dei provvedimenti della P.A. possono essere impugnate, con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, qualora siano affette da eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, vizio che è configurabile quando l'indagine svolta dal medesimo giudice amministrativo ecceda i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, dimostrandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero se la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, evidenzi l'intento dell'organo giudicante di sostituire la propria volontà a quella dell'Amministrazione mediante una pronuncia che, in quanto espressiva di un sindacato di merito ed avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, non lasci spazio ad ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (tra le molte, Cass., S.U., n. 2604/2021).

Sotto quest'ultimo profilo va, tuttavia, rammentato l'orientamento consolidato di questa Corte secondo cui non integra eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo per usurpazione della funzione amministrativa la pronuncia, resa ai sensi dell'art. 122 c.p.a., di inefficacia del contratto seguito ad aggiudicazione definitivamente annullata e di subentro del ricorrente nel rapporto contrattuale, essendo tali statuizioni istituzionalmente riservate a quel giudice e precluse all'autorità amministrativa, nè potendo configurarsi la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in pretesi errori di valutazione dei relativi presupposti (Cass., S.U., n. 14437/2018; Cass., S.U., n. 414/2020; Cass., S.U., n. 21651/2021).

2.2. - Ciò premesso, il Consiglio di Stato, con la decisione impugnata in questa sede (cfr. sintesi al p. 2.1. del "Ritenuto che", cui si rinvia integralmente), lungi dall'esercitare la propria giurisdizione sconfinando nel c.d. merito amministrativo, ha fatto applicazione dei poteri ad esso attribuiti dall'art. 122 c.p.a., senza, peraltro, precludere alla Amministrazione aggiudicatrice le verifiche eventualmente necessarie per consentire il subingresso di ""RTI Rekeep - L'Operosa" nell'esecuzione della commessa.

In tal senso, il motivo di parte ricorrente si palesa inammissibile anzitutto perchè "fuori fuoco" rispetto alla ratio decidendi della sentenza impugnata, adducendo, in contrasto con essa, che sia stato disposto il "subingresso di Rekeep a prescindere dall'esito delle eventuali ed ulteriori verifiche"; ciò che, di per sè, al di là dunque dell'applicabilità nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato del D.L. n. 76 del 2020, art. 4-bis, travolge anche il profilo di censura che si fonda sul tenore di detta norma (doglianza che, peraltro, si risolve anch'essa in una non consentita denuncia di error in iudicando).

3. - Il ricorso va, dunque, dichiarato inammissibile e parte ricorrente condannata al pagamento, in favore delle controricorrenti, delle spese del presente giudizio, come liquidate in dispositivo.

Non occorre provvedere alla regolamentazione di dette spese nei confronti delle parti rimaste soltanto intimare.

P.Q.M.

dichiara inammissibile il ricorso;

condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, in favore delle controricorrenti, in complessivi Euro 7.200,00, 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 del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del citato art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 8 febbraio 2022.

Depositato in Cancelleria il 16 marzo 2022