

DINIEGO DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI APPALTI

«Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in iudicando, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

Nella pronuncia in esame la Suprema Corte ha affrontato una controversa questione relativa al diniego di giurisdizione e, più specificamente, se, relativamente al ricorso al giudice amministrativo, presentato dal concorrente escluso da una gara di appalto, con il quale sia posta in contestazione tanto la propria esclusione quanto l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario, la declaratoria di improcedibilità dei motivi di ricorso concernenti l'ammissione dell'aggiudicatario, quale conseguenza del rigetto dei motivi relativi all'esclusione del ricorrente, integri gli estremi del diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, sull'assunto che tale declaratoria violi una norma di diritto dell'Unione europea come interpretata dalla Corte di giustizia.

Sul punto, giova preliminarmente rilevare che il sindacato esercitato dalle Sezioni Unite della Cassazione rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ha ad oggetto l'osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione e non anche dei suoi limiti interni (quali, ad es., gli errori *in iudicando* o *in procedendo*) pur quando ciò abbia determinato violazioni dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Tale premessa è parimenti valevole con riferimento alle norme del diritto dell'Unione europea, la cui violazione non costituisce, in quanto tale, vizio attinente alla giurisdizione, neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.

A tale tradizionale interpretazione, c.d. "statica", del concetto di giurisdizione rilevante in tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, si è più recentemente affiancata una ulteriore interpretazione, c.d. "dinamica" o "funzionale" secondo la quale rientra nell'ambito della giurisdizione l'interpretazione della norma che quest'ultima attribuisca, non solo in

quanto opera una ripartizione tra gli ordini di giudici, tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela che a livello giurisdizionale possono essere impartite a garanzia che la protezione assicurata dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio. Sarà quindi considerata norma attinente alla giurisdizione non solo quella volta a determinare i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che specifica i contenuti del potere specificando le forme di tutela finalizzate all'estrinsecazione del potere stesso.

Con riguardo all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (attribuito dall'art. 111, ultimo comma, Cost. alla Corte di Cassazione) non ricomprende anche l'operare di una verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto eurounitario. Ciò posto, sarà da cassare, poiché affetta da vizio di difetto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, si rilevi fondata su una interpretazione delle norme volta a negare alla parte la possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo; accesso che invece è garantito in base all'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia.

Conseguentemente è da ritenersi contrastante con il diritto dell'Unione europea, così come statuito dalla Corte di Giustizia, una norma nazionale che, per quanto concerne ricorsi simmetricamente escludenti relativi a una procedura di appalto pubblico con due soli concorrenti, consenta al giudice di non procedere all'esame nel merito delle censure che un concorrente abbia azionato avverso l'ammissione del secondo concorrente quale conseguenza dell'accoglimento del ricorso di quest'ultimo rispetto all'ammissione del primo. Condizione ineliminabile è che le contestazioni incrociate siano mosse nell'ambito di un unico processo e che l'esclusione del concorrente, prima che venga proposto il ricorso, non sia già divenuta definitiva. Il principio secondo il quale sono esaminabili entrambi i ricorsi simmetricamente escludenti relativi a una procedura di appalto pubblico con due soli concorrenti trova applicazione anche nel quando le questioni concernenti l'esclusione dei due concorrenti non sono poste con due ricorsi contrapposti degli stessi, bensì, rispettivamente, con il ricorso principale e con i motivi aggiunti proposti dal medesimo concorrente. Infatti, seppur dovessero essere disattese le censure avverso la propria esclusione, non potrà ritenersi carente, rispetto ai motivi aggiunti, l'interesse del ricorrente alla contestazione dell'ammissione del concorrente dichiarato aggiudicatario, dato che anche il possibile annullamento dell'aggiudicazione non avrebbe come effetto necessario quello del rinnovo della gara, che invece è rimesso, diversamente, alla discrezionalità dell'amministrazione appaltante.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – sentenza 29 dicembre 2017 n. 41226 –

Pres.ff. Rordorf, Rel. De Chiara - Impresa di costruzioni Ing. e. Mantovani s.p.a. (Avv.ti Antonini, Sandulli e Vaccarella) c. I.Co.P. s.p.a. Avv.ti Cancrini e Vagnucci), Autorità Portuale di Trieste (Avv.ra Stato) e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (n.c.) – (accoglie il primo motivo di ricorso; cassa con rinvio la sentenza del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2014, n. 6284).

FATTI DI CAUSA

1. Il Tar di Trieste respinse il ricorso proposto dall'Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani s.p.a. (di seguito Mantovani s.p.a.), in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con VGT Venice Green Terminal s.r.l. e Samer Seaports & Terminals s.r.l., a loro volta impugnanti anche in proprio, avverso la delibera 7 maggio 2014 con cui l'Autorità portuale di Trieste aveva escluso il raggruppamento dalla gara per la concessione di progettazione, costruzione e gestione di piattaforma logistica portuale, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in precedenza disposta in suo favore, e avverso la coeva e conseguente delibera di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'altro raggruppamento temporaneo concorrente, con capogruppo la I.Co.P. s.p.a.

In particolare, rigettati i motivi di ricorso con i quali era stata contestata l'esclusione dalla gara del raggruppamento ricorrente per vizi inerenti ai requisiti soggettivi di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il Tar dichiarò improcedibili, nonché infondati nel merito, i motivi aggiunti dedotti dalla ricorrente a contestazione, per vizi analoghi, dell'ammissione alla gara del raggruppamento I.Co.P.; dichiarò inoltre improcedibile il ricorso incidentale della I.Co.P. s.p.a. per difetto di interesse.

2. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello principale del raggruppamento Mantovani ribadendo, anzitutto, l'improcedibilità dei motivi aggiunti, riproposti in appello, con cui veniva contestata l'ammissione alla gara del raggruppamento avversario, motivi che dunque non ha esaminato nel merito. Ha in proposito osservato che non poteva trovare applicazione l'orientamento, favorevole all'esame di tutti i motivi di esclusione, riferiti a entrambe le parti concorrenti, assunto dall'Adunanza plenaria con la sentenza 25/02/2014, n. 9: non ricorreva, infatti, una ipotesi di censure simmetricamente escludenti, riferita dal precedente in questione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, laddove, nel caso in esame, il rapporto verteva tra censure proposte con il ricorso principale e censure proposte con motivi aggiunti al ricorso principale dalla medesima parte ricorrente. Inoltre l'interesse finale alla ripetizione della gara per effetto dell'esclusione di entrambi i concorrenti, a base dell'azione delle appellanti, non aveva corrispondenza con un dovere giuridico della stazione appaltante di disporre tale ripetizione, rientrando invece nel suo potere discrezionale.

Il Consiglio di Stato ha altresì respinto i motivi attinenti all'esclusione del raggruppamento appellante principale per vizi delle dichiarazioni relative ai requisiti di cui al richiamato art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 riferite allestitore della mandante VGT s.r.l., ing. Mantoni, ed all'ex presidente e all'ex direttore amministrativo della mandataria società Mantovani.

Ha infine dichiarato rispettivamente inammissibile per carenza di interesse e improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse le censure articolate dalla I.Co.P. s.p.a. con l'appello incidentale.

3. Le società del raggruppamento Mantovani hanno proposto ricorso per cassazione con due motivi, con i quali si denuncia, rispettivamente, diniego di giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale.

La I.Co.P. s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'altro raggruppamento di imprese, ha resistito con controricorso.

L'Avvocatura generale dello Stato ha depositato, per conto dell'Autorità portuale di Trieste, "atto di costituzione" ai fini della partecipazione alla discussione.

Le parti private hanno presentato anche memorie.

La causa è pervenuta all'udienza odierna dopo un rinvio a nuovo ruolo disposto d'ufficio al fine di svolgere un approfondimento sul tema del sindacato della Corte di cassazione sul rifiuto o diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, basato sulla ricostruzione dei contributi della giurisprudenza e della dottrina a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia l'illegittimo rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale, posto in essere dal Consiglio di Stato ricusando di esaminare nel merito le questioni, già sollevate nel giudizio di primo grado con i motivi aggiunti, aventi ad oggetto la contestazione della sussistenza dei requisiti di ammissione alla gara, di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, in capo al raggruppamento I.Co.P., a favore del quale era stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva.

L'illegittimità del rifiuto deriva, ad avviso delle ricorrenti, dalla violazione dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza 4 luglio 2013 C-100/12, Fastweb, secondo la quale tale norma esclude che l'esame del ricorso principale proposto da un concorrente contro l'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente sia precluso dall'accoglimento del ricorso incidentale con cui si deduca, fondatamente, che il ricorrente principale non doveva essere ammesso alla gara; principio, questo, affermato per impedire che l'aggiudicatario, attraverso la

deduzione dell'illegittima ammissione del concorrente, sottragga al sindacato giurisdizionale la legittimità dell'aggiudicazione, ma che ha valenza non limitata all'ipotesi di ricorso incidentale contrapposto a ricorso principale, bensì estesa a tutti i casi di ricorso proposto dal concorrente escluso, ancorché fondatamente, dalla gara, il quale, per l'ordinamento dell'Unione europea, conserva comunque il diritto a ricorrere avverso l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario.

Ciò integra, sempre ad avviso delle ricorrenti, gli estremi di quel radicale stravolgimento delle norme dell'Unione europea di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia, che ridonda in eccesso di giurisdizione, come affermato da Cass. Sez. U. 06/02/2015, n. 2242.

2. Va anzitutto chiarito che il motivo è ammissibile per le ragioni appresso indicate, alla cui illustrazione si ritiene utile premettere una sintetica ricostruzione del contesto normativo e giurisprudenziale in cui si inserisce la specifica questione di ammissibilità riguardante il motivo di ricorso in esame.

2.1. L'art. 111, ult. comma, Cost., dispone che il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione», ripetendo sostanzialmente la formula del primo comma, n. 1, dell'art. 360 e del primo comma dell'art. 362 cod. proc. civ., cui si sono aggiunti, più di recente, l'art. 110 cod. proc. amm. e l'art. 207 cod. giust. cont. È inutile sottolineare che l'aggettivo «soli» sta chiaramente ad indicare il carattere limitativo della previsione costituzionale: limitativo, cioè, rispetto all'ambito del sindacato esercitabile dalla Corte di cassazione sulle sentenze dei giudici speciali in genere, consentito invece per qualsiasi «violazione di legge» dal penultimo comma del medesimo art. 111 Cost.

2.2. Nella giurisprudenza di queste Sezioni unite è costante l'affermazione che il sindacato da esse esercitato sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ha per oggetto l'osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione, non già dei suoi limiti interni.

Il punto è chiarire cosa si intenda, più precisamente, per limiti "esterni".

Tradizionalmente si afferma che un vizio attinente alla giurisdizione si registra allorché il Consiglio di Stato (e discorso analogo vale per la Corte dei conti) abbia ecceduto l'ambito della propria giurisdizione invadendo quello della giurisdizione del giudice ordinario o di altro giudice speciale, o l'ambito riservato al legislatore

o all'autorità amministrativa, o abbia esteso anche al merito il giudizio sull'atto amministrativo nei casi in cui il ricorso è consentito per soli vizi di legittimità, oppure, al contrario, abbia infondatamente negato di essere titolare del potere giurisdizionale sull'assunto che esso spetti al giudice ordinario o ad altro giudice speciale ovvero non spetti ad alcun giudice.

In tal senso, per giurisdizione viene inteso, appunto, l'ambito della funzione giurisdizionale esercitabile in generale, ovvero quello esercitabile dall'ordine giudiziario, ordinario o speciale, di appartenenza del giudice adito, ossia l'insieme delle cause che la legge consente siano portate davanti a un giudice o a uno specifico ordine di giudici: le questioni di giurisdizione riguardano, cioè, il "riparto" oppure il "difetto assoluto" di giurisdizione, a seconda che si tratti dell'individuazione della magistratura competente o dell'inesistenza di una qualsiasi magistratura competente, per essere la controversia non risolvibile davanti a un giudice. Il limite esterno è perciò quello della giurisdizione in generale (le liti che possono essere portate davanti a un giudice) o il confine che separa gli ambiti di competenza dei vari ordini giudiziari.

In tale contesto, di diniego o rifiuto di giurisdizione si è parlato con riferimento alle ipotesi in cui il Consiglio di Stato neghi l'esercizio del suo potere giurisdizionale sul presupposto che la domanda non possa essere oggetto, in assoluto, di funzione giurisdizionale o che non rientri nell'ambito a lui attribuito, rientrando invece in quello riservato ad un altro ordine giudiziario (cfr., fra le altre, Cass. Sez. U. 06/04/1963, n. 895; 07/07/1967, n. 1673; 28/09/1968, n. 2993; 08/10/1968, 3152; 21/03/1970, n. 744; 04/03/1974, n. 593; 25/01/1977, n. 359), fermo restando che anche la declaratoria di inammissibilità della domanda postula l'affermazione implicita del potere giurisdizionale dell'organo che l'ha emessa (per l'espressa enunciazione di tale principio v. Cass. Sez. U. 24/10/1977, n. 5453), sicché non costituisce diniego di giurisdizione l'esclusione, ad esempio, della legittimazione ad agire (Cass. Sez. U. 11/05/2006, n. 10828).

Ai limiti interni della giurisdizione attengono in genere gli errori in iudicando o in procedendo, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono vizio attinente alla giurisdizione (tra i numerosissimi precedenti Cass. Sez. U. 12/06/1999, n. 325; 04/11/2002, n. 15438; 19/02/2004, n. 3349), ancorché si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo consacrati nel novellato art. Ili Cost. (Cass. Sez. U. 15/01/2002, n. 385; 15/07/2003, n. 11091; 30/12/2004, n. 24175; 06/07/2005, n. 14211; 11/05/2006, n. 10828; 16/02/2007, n. 3615; 16/02/2009, n. 3688; 09/06/2011, n. 12539; 25/07/2011, n. 16165; 20/07/2012, n. 12607; 18/05/2017, n. 12497).

Ciò vale anche - si afferma - per le norme del diritto dell'Unione europea, la cui violazione, per giurisprudenza parimenti consolidata, non costituisce, in quanto tale, vizio attinente alla giurisdizione (Cass. Sez. U. 04/02/2014, n. 2403; 17/11/2015, n. 23460), neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. (Cass. Sez. U. 29/04/2005, n. 8882; 02/12/2005, n. 26228; 31/10/2008, n. 26299; 01/03/2012, n. 3236; 05/07/2013, n. 16886).

Si è da tempo chiarito, inoltre, che la questione relativa alla mancanza, nell'ordinamento, di una norma che riconosca e tuteli la posizione soggettiva dedotta in giudizio non costituisce questione di

giurisdizione, bensì di merito, attenendo al fondamento della domanda (cfr. Cass. Sez. U. 15/06/1987, n. 5256; 17/03/1989, n. 1353; 22/05/1995, n. 5605; 03/10/1996, n. 8643; 22/10/1997, n. 10376; 07/03/2001, n. 90; 10/07/2003, n. 10841; 23/12/2005, n. 28500; 04/08/2010, n. 18052; 24/07/2013, n. 17929; 16/01/2015, n. 647). Conseguentemente assai scarse sono le ipotesi di diniego o rifiuto di giurisdizione in senso stretto, cioè non consistente nella declinatoria della giurisdizione in favore del giudice ordinario o di altro giudice speciale.

2.3. In epoca più recente, peraltro, alla tradizionale interpretazione "statica" - propria delle disposizioni codicistiche - del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si è andata affiancando una ulteriore interpretazione, "dinamica" o "funzionale", sottesa agli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, Cost. e al primo comma dello stesso art. 111, come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

A tale nuova concezione della giurisdizione, intesa «nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento», si sono rifatte, in particolare, queste Sezioni unite nella sentenza 23/12/2008, n. 30254 (che sviluppa implicazioni delle precedenti ordinanze 13/06/2006, nn. 13659 e 13660 e 16/11/2007, n. 23741), con cui è stata ritenuta attinente alla giurisdizione la questione riguardante la c.d. pregiudiziale amministrativa in tema di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

Sulla premessa della evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso appena detto, dovuta a molteplici fattori (quali il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto dell'Unione europea; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc.), le Sezioni Unite hanno affermato che: «attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce (...) non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio»; sicché «è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca». Pertanto, hanno concluso che incorre in diniego di giurisdizione il giudice amministrativo che neghi l'erogazione della tutela meramente risarcitoria degli interessi legittimi sull'errato presupposto della necessità anche di quella demolitoria.

È bene chiarire che il riferimento ai fattori di cui sopra - e in particolare al principio del primato del diritto dell'Unione europea e al principio del giusto processo - costituisce soltanto un richiamo del contesto in cui si è sviluppata l'indicata evoluzione del concetto di giurisdizione, ma non postula certamente, nella sentenza in esame e nella successiva giurisprudenza delle Sezioni unite, la diretta attinenza di tali principi, in se stessi, alla giurisdizione nel senso che qui rileva. L'apporto innovativo della sentenza 30254/2008 è dato dal superamento della concezione statica della giurisdizione (titolarità del potere giurisdizionale o regolamento di confini tra ordini giudiziari) e dall'allargamento della categoria delle questioni di giurisdizione a quelle attinenti al contenuto del potere giurisdizionale in relazione alle forme di tutela in cui esso si estrinseca - il contenuto essenziale del potere, secondo le successive Cass. Sez. U. 06/09/2010, n. 19048 e 20/01/2014, n. 1013 - ma resta ferma, anche nella giurisprudenza di legittimità posteriore, l'esclusione da tale categoria delle questioni attinenti alla mera violazione del diritto dell'Unione europea (cfr. Cass. Sez. U. 2403/2014, 23460/2015, 3236/2012, 16886/2013, citt.) e dei principi del giusto processo (Cass. Sez. U. 3688/2009, 12539/2011, 16165/2011, 12607/2012, 12497/2017, citt.).

2.4. L'apertura alla nuova concezione della giurisdizione quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive ha successivamente trovato ulteriore specificazione nell'orientamento secondo cui, alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia (tra le molte, Cass. Sez. U. 14/09/2012, n. 15428; 30/10/2013, n. 24468; 12/12/2013, n. 27847; 04/02/2014, n. 2403; 06/02/2015, n. 2242; 31/05/2016, n. 11380; 17/01/2017, n. 964; 19/09/2017, n. 21620).

2.5. Non è inutile precisare, peraltro, che questo nuovo concetto di giurisdizione attiene alla sola determinazione dei casi di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del

Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 111, ult. comma, Cost., non anche, perciò, alle disposizioni dei codici di rito riguardanti la determinazione dei casi in cui il giudice di appello deve rimandare le parti davanti al primo giudice (art. 353 cod. proc. civ., art. 105 cod. proc. amm., art. 199 cod. giust. cont.).

2.6. In questo quadro giurisprudenziale si colloca la questione specifica posta dal ricorrente raggruppamento Mantovani, sintetizzabile nei seguenti termini: se, in relazione a ricorso al giudice amministrativo con cui il concorrente escluso da una gara di appalto contesti sia la propria esclusione che l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario, la declaratoria di improcedibilità dei motivi di ricorso riguardanti l'ammissione dell'aggiudicatario, quale conseguenza del rigetto dei motivi riguardanti l'esclusione del ricorrente, integri gli estremi del diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, sul presupposto che tale declaratoria viola una norma

di diritto dell'Unione europea come interpretata dalla Corte di giustizia.

2.6.1. Può osservarsi che l'ordinamento impone al giudice di non passare all'esame del merito della lite tutte le volte che si verificano situazioni ostative, quali il difetto di presupposti processuali o di condizioni dell'azione. Il difetto di giurisdizione è soltanto una di tali possibili situazioni, e le questioni che impediscono l'esame del merito della lite *litis ingressum impediens* non sono di per sé qualificabili come questioni attinenti alla giurisdizione, neppure nella nuova accezione funzionale di cui si è detto.

Il raggruppamento Mantovani censura il mancato esame dei motivi di ricorso, da parte del Consiglio di Stato, per difetto di legittimazione o interesse ad agire del ricorrente, ossia per il difetto di condizioni dell'azione, che sono cosa diversa dalla giurisdizione. In tal senso, non viene dunque posta una questione di giurisdizione.

2.6.2. Né quella posta con il motivo di ricorso in esame è qualificabile come questione attinente alla giurisdizione per il fatto che viene dedotta, a suo fondamento, la violazione di una norma dell'Unione europea, dovendo confermarsi, invece, il già richiamato orientamento negativo assunto in proposito dalla giurisprudenza di queste Sezioni unite.

Nessuna ragione, invero, consente di affermare che l'appartenenza della norma violata all'ordinamento dell'Unione europea imponga, di per sé, tale qualificazione.

Non lo consente, in particolare, la considerazione della "gravità" della violazione per la sua incidenza sulla effettività dell'ordinamento sovranazionale e per le possibili conseguenze negative cui espone il nostro paese di fronte a tale ordinamento, anche in termini di responsabilità erariale per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza nei confronti dei soggetti lesi nei diritti tutelati dalle norme del medesimo ordinamento (responsabilità in effetti richiamata da Cass. Sez. U. 2242/2015, cit., ma *ad abundantiam* nell'ambito di un ragionamento più articolato). Per quanto, infatti, ci si dia carico di ciò, resta il fatto che le norme dell'Unione hanno i contenuti più vari, tutt'altro che necessariamente attinenti al tema della giurisdizione. L'elevare, perciò, l'importanza di tali norme a dato qualificante delle stesse, nel senso che si tratti di norme sulla giurisdizione, resta operazione eccedente i limiti dell'interpretazione del diritto positivo, al quale il giudice per dettato costituzionale è imprescindibilmente soggetto.

Né integra una questione di giurisdizione la violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni relative all'interpretazione delle norme dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.

Non la integra secondo l'accezione tradizionale della giurisdizione come riparto tra ordini giudiziari, perché le norme sul riparto di giurisdizione, tipiche ed esclusive dell'ordinamento nazionale italiano, non contemplano la Corte di giustizia dell'Unione europea tra i destinatari del riparto stesso. E del

resto un'interpretazione evolutiva o analogica di tali norme, nel senso di coinvolgere nel riparto anche la Corte di giustizia, implicherebbe la collocazione della Corte sovranazionale sullo stesso piano di uno dei vari ordini giudiziari nazionali, ai fini del regolamento della competenza giurisdizionale da parte della Corte di cassazione, con una evidente disarmonia sistematica.

Né la violazione dell'obbligo di cui all'art. 267 T.F.U.E. integra una questione di giurisdizione nel senso funzionale indicato da Cass. Sez. U. 30254/2008, cit., dato che non è la Corte di giustizia ad erogare la tutela giurisdizionale nel caso concreto, bensì il giudice di rinvio, ossia il giudice nazionale. La Corte di giustizia, infatti, come queste Sezioni unite hanno già avuto occasione di osservare (Cass. sez. U. 26228/2005, 16886/2013, citt.), nell'esercizio della funzione di cui trattasi opera come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione di tutela in concreto dei diritti, sebbene attenendosi alle indicazioni ermeneutiche della Corte sovranazionale.

2.6.3. Il raggruppamento di imprese ricorrente, però, evidenzia un altro profilo in base al quale le sue censure sarebbero da considerare attinenti alla giurisdizione: la denuncia di quel radicale stravolgimento delle norme dell'Unione europea come interpretate dalla Corte di giustizia, incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale, che ridonda in rifiuto di giurisdizione secondo quanto affermato da Cass. Sez. U. 2242/2015, cit.

Sotto tale profilo la censura può effettivamente ritenersi attinente alla giurisdizione in base alle considerazioni che seguono.

Conviene, per chiarezza, riportare testualmente il principio di diritto enunciato nel precedente invocato dal ricorrente: «In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo

dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, terzo comma, T.F.U.E. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia».

A tale principio va data continuità. È peraltro utile soffermarsi sulle ragioni a fondamento della sua seconda parte.

Le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell'Unione europea, vanno considerate

quali ipotesi di radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in manifesto diniego di giustizia, nel senso indicato da Cass. Sez. U. 15428/2012, cit., e successive conformi (tra le quali Sez. U. 2403/2014, cit., richiamata anche da Cass. Sez. U. 2242/2015), in considerazione anzitutto della particolare posizione istituzionale della Corte di giustizia e del principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale.

L'interpretazione del diritto dell'Unione elaborata dalla Corte di giustizia è formalmente vincolante per i giudici nazionali, che da essa non possono discostarsi, come si ricava dall'istituto del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., costituente un vero e proprio obbligo per i giudici di ultima istanza; obbligo derogabile, secondo quanto chiarito dalla stessa Corte di giustizia nella fondamentale sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, Cilfit, soltanto nei casi in cui esiste già una sua interpretazione o in cui il significato della

disposizione normativa si impone con evidenza tale da non lasciare adito a ragionevoli dubbi. Per il principio di prevalenza del diritto dell'Unione, quale è andato configurandosi nelle convergenti giurisprudenze della Corte costituzionale e della Corte di giustizia, inoltre, i giudici nazionali sono tenuti a non applicare il diritto interno tutte le volte che questo contrasti con norme dell'Unione direttamente applicabili. Tali sono le norme che, avendo un contenuto chiaro, preciso e incondizionato, attribuiscono ai soggetti, senza necessità di un provvedimento statale di attuazione, situazioni giuridiche tutelabili in giudizio (come avviene, ad es., per i regolamenti, ma anche per le direttive *self executing* o per le stesse norme dei trattati aventi le medesime caratteristiche). L'applicazione, da parte del giudice nazionale, di una norma di diritto interno contrastante (o secondo un'interpretazione contrastante) con una norma dell'ordinamento dell'Unione, quale risultante dall'interpretazione della Corte di giustizia, equivale pertanto a violazione del diritto dell'Unione.

Allorché, inoltre, l'applicazione della norma interna si traduce nel disconoscimento del diritto ad ottenere dal giudice una decisione di merito, garantito invece all'attore dall'ordinamento dell'Unione, tale applicazione è ben qualificabile come radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in denegata giustizia. Ciò per due concomitanti ragioni: per il carattere manifesto della violazione (assai più che nella stessa ipotesi di violazione di un atto "chiaro", ma non ancora interpretato dal giudice dell'Unione), essendosi esaurito, con l'espreso intervento della Corte di giustizia, ogni margine di opinabilità per il giudice nazionale, che perciò si pone in aperto contrasto con tale Corte; e perché l'erronea applicazione della norma interna incide in senso limitativo sul fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale come definito dall'ordinamento dell'Unione a garanzia (anche) della propria effettività.

A quest'ultimo proposito si rammenta che la disciplina dei profili processuali è in linea di principio riservata alla discrezionalità dei singoli Stati membri. Tale discrezionalità, però, ha un limite

fondamentale posto a garanzia dell'effettività dell'ordinamento dell'Unione, e cioè il diritto, riconosciuto a ogni persona che lamenti la violazione di diritti o libertà garantiti da tale ordinamento, a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Una norma dell'Unione che imponga al giudice nazionale, in determinati casi, di esaminare nel merito la domanda di tutela di un diritto riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione stessa, costituisce applicazione di tale principio. Pertanto, la decisione del giudice nazionale che neghi l'esame del merito della domanda in applicazione di una regola processuale interna contrastante con il diritto dell'Unione direttamente applicabile, quale risultante dall'interpretazione della Corte di giustizia, nega apertamente all'attore la tutela giurisdizionale (nell'ampiezza) riconosciutagli invece dal diritto dell'Unione.

2.6.4. Può, in conclusione, enunciarsi il seguente principio di diritto: «Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori *in procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

3. Il motivo di ricorso in esame è altresì fondato.

3.1. Va premesso che della effettività dello scostamento rispetto alle norme dell'Unione europea, come interpretate dalla Corte di giustizia, giudicano queste Sezioni unite, quale giudice della questione di giurisdizione in cui lo scostamento - per quanto sopra chiarito - si sostanzia. E dunque alle Sezioni unite spetta anche individuare e interpretare il precedente o i precedenti della Corte sovranazionale in cui l'interpretazione delle norme di diritto dell'Unione è stata enunciata.

3.2. Con la sentenza 4 luglio 2013 C-100/12, *Fastweb*, cit., la Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale riguardante l'interpretazione della già richiamata direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, ha statuito che l'art. 1, par. 3, di tale direttiva (che recita: «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione») «deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questo presentata avrebbe dovuto essere esclusa

dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale».

Con la successiva sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, la medesima Corte ha ulteriormente chiarito che l'interpretazione della predetta norma comunitaria «osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente».

In altri termini, la Corte ha affermato che contrasta con il diritto dell'Unione una norma nazionale che, con riferimento a ricorsi simmetricamente escludenti (secondo la definizione risultante dalla già richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014) relativi a una procedura di appalto pubblico con due soli concorrenti, consenta al giudice di non esaminare nel merito le censure rivolte da un concorrente avverso l'ammissione del (e la conseguente aggiudicazione al) secondo concorrente quale effetto dell'accoglimento del ricorso di quest'ultimo avverso l'ammissione del primo.

L'unica condizione è che le contestazioni incrociate siano mosse nell'ambito di un unico processo e che l'esclusione del concorrente non sia già divenuta definitiva, anche a seguito di rigetto della relativa impugnazione con decisione passata in giudicato, prima della proposizione del ricorso (Corte di giustizia, 21/12/2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*; 11/05/2017, *Archus*).

3.3. La sentenza impugnata - e con essa il controricorso del raggruppamento I.Co.P. - ritiene inapplicabile detto principio alla fattispecie in esame perché le questioni relative all'esclusione dei due concorrenti non sono poste con due ricorsi contrapposti degli stessi, bensì, rispettivamente, con il ricorso principale e con i motivi aggiunti proposti dal medesimo concorrente, il raggruppamento Mantovani; e perché difetterebbe comunque l'interesse di quest'ultimo, una volta disattese le censure avverso la propria esclusione, a coltivare la contestazione dell'ammissione del concorrente dichiarato aggiudicatario, in quanto anche l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione non comporterebbe necessariamente il rinnovo della gara, affidato invece alla discrezionalità dell'amministrazione appaltante.

Si tratta di obiezioni superabili.

3.3.1. La prima di esse viene argomentata, nella sentenza impugnata, con il semplice riferimento alla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014, cit., che, aggiornando la precedente giurisprudenza del giudice amministrativo, ha fatto applicazione, nel caso appunto di ricorsi contrapposti, dei principi enunciati dalla sentenza Fastweb. Nel controricorso, invece, il riferimento a detto precedente dell'Adunanza plenaria è più puntuale, richiamandosi il passaggio in cui viene evidenziato il carattere eccezionale dei principi in questione, che non troverebbero applicazione, dunque, «in tutte le altre ipotesi» e perciò, seconda la controricorrente, nell'ipotesi di mancanza di contestazioni reciproche dell'ammissione mediante ricorso principale e ricorso incidentale.

Senonché il carattere eccezionale del principio enunciato dalla sentenza Fastweb deriva, secondo la sentenza 9/2014, dal carattere «simmetrico» delle reciproche censure delle parti, ossia dalla circostanza che esse si riferiscono «alla medesima sub-fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara»; sicché le altre ipotesi cui fa riferimento l'Adunanza plenaria sono «quelle (...) non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente» (per comunanza intendendosi appunto la simmetria nel senso appena detto), non certo le ipotesi - cui l'Adunanza plenaria non fa alcun riferimento - in cui le censure non siano portate da ricorsi contrapposti.

Tanto premesso, deve osservarsi che il ragionamento della sentenza Fastweb non valorizza, in realtà, la circostanza - pur presente nella relativa fattispecie - che le censure reciproche delle parti fossero portate da ricorsi contrapposti, ma si concentra sulla questione posta dal giudice di rinvio, giustamente sottolineata nelle difese di parte ricorrente.

Tale questione consisteva nella compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea della giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui «la legittimazione a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico spett(a) soltanto al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura di aggiudicazione» e «l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura avrebbe una portata retroattiva e l'esclusione definitiva di quest'ultimo dalla suddetta procedura comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l'esito della procedura stessa».

Per rispondere, la Corte di giustizia applica una tecnica di *distinguishing* nel richiamare il proprio precedente 19 giugno 2003, C-249/01, Hackermuller. In quel caso si trattava di un concorrente che aveva presentato ricorso avverso l'aggiudicazione in favore di un altro concorrente e il suo ricorso era stato respinto perché il giudice aveva d'ufficio rilevato a suo carico una causa di esclusione dalla gara. La Corte aveva riconosciuto il diritto del ricorrente a contestare davanti al giudice le ragioni dell'esclusione, pur riconoscendo, altresì, che all'esito del giudizio ben poteva rigettarsi il ricorso una volta confermata la sussistenza di legittime ragioni di esclusione del

ricorrente dalla gara. Nella sentenza Fastweb si estende tale insegnamento anche al caso in cui l'eccezione di inammissibilità del ricorso non sia sollevata d'ufficio, bensì con ricorso incidentale dell'aggiudicatario. Si aggiunge, però, che il caso preso in esame dalla sentenza Hackermuller era diverso rispetto a quello da scrutinare, nel quale il giudice di rinvio riferiva che le offerte di entrambi i concorrenti erano da escludere per motivi identici (la richiamata sentenza n. 9/2014 dell'Adunanza plenaria interpreterà poi la nozione di identità dei motivi nel senso di simmetria sopra richiamato). «Dinanzi a una simile constatazione - prosegue la sentenza Fastweb - il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare» (punto 33).

Risulta chiaro da quanto sopra che, nel ragionamento della Corte di giustizia, il riferimento alla presenza di due ricorsi contrapposti è puramente accessorio, mentre il cuore della sua argomentazione consiste, appunto, nel distinguere, rispetto al caso Hackermuller, l'ipotesi dell'inammissibilità delle offerte di entrambi i concorrenti per motivi identici; dunque una distinzione operata sotto un profilo che non riguarda la reciprocità dei ricorsi, bensì il carattere simmetrico delle ragioni di esclusione dalla gara, indubbiamente presente anche nella fattispecie che ci occupa.

3.3.2. La seconda obiezione, relativa al difetto d'interesse a coltivare la contestazione dell'ammissione dell'aggiudicatario, a causa della discrezionalità della stazione appaltante nel decidere sul rinnovo della gara, è poi smentita anche dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare dalla sentenza 11 maggio 2017, C-131/16, Archus, richiamata nelle difese del raggruppamento ricorrente. Nella sua motivazione viene reso ancora più esplicito l'enunciato della sentenza Fastweb relativo alla possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare, spiegando: «Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro, nell'ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto» (punto 52). Con il che è definitivamente chiarito che basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione.

3.4. Sennonché ad avviso del raggruppamento controricorrente tale eventualità è nella specie da escludere, considerato che è stato già stipulato il contratto, del quale l'art. 125 cod. proc. amm. vieta la caducazione a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; resterebbe pertanto a

disposizione del raggruppamento avversario soltanto la via del risarcimento del danno, tuttavia non praticabile una volta accertata l'illegittimità della sua partecipazione alla gara.

Il raggruppamento ricorrente evidenzia anzitutto che non è questa la ragione posta a base della sentenza impugnata. Osserva inoltre che l'art. 125 cod. proc. amm. si limita ad escludere il potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto all'esito del giudizio sull'aggiudicazione, ma non priva l'amministrazione appaltante del potere/dovere di risolvere il contratto stesso in autotutela una volta che il giudice amministrativo abbia accertato l'illegittimità dell'aggiudicazione per mancata dimostrazione dei requisiti di affidabilità morale dell'aggiudicatario. Anzi, è significativo al riguardo che il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (non applicabile nella specie *ratione temporis*) preveda espressamente, all'art. 108, la risolvibilità del contratto stipulato con soggetti privi dei suddetti requisiti e, all'art. 176, relativo alle concessioni, preveda negli stessi casi addirittura la cessazione automatica del rapporto. Aggiunge che esso ricorrente aveva espressamente eccepito davanti al giudice a quo - senza peraltro avere risposta - l'illegittimità costituzionale e l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea del richiamato art. 125 cod. proc. amm., per violazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale contro la violazione delle norme poste a garanzia della buona amministrazione e della libera concorrenza. Sollecita, pertanto, in subordine, anche queste Sezioni unite a sollevare le relative questioni davanti alla Corte costituzionale e/o alla Corte di giustizia.

3.4.1. Nella sentenza impugnata non si fa alcun riferimento alla intangibilità del contratto di appalto già stipulato, ai sensi dell'art. 125 cod. proc. amm., come evidenzia correttamente parte ricorrente. Il diniego di entrare nel merito dei motivi di censura dell'ammissione alla gara del raggruppamento I.Co.P. è motivato esclusivamente in base alla mancanza di ricorsi contrapposti e al difetto d'interesse del ricorrente raggruppamento Mantovani a coltivare i predetti motivi una volta accertata la legittimità della sua esclusione, atteso il carattere discrezionale di una eventuale opzione dell'amministrazione per il rinnovo della gara.

Poiché le considerazioni svolte dal raggruppamento controricorrente sono estranee alla ratio decidendi della sentenza impugnata, il loro esame esula dai limiti dello scrutinio affidato a queste Sezioni unite, restando peraltro le relative questioni aperte nel prosieguo del giudizio.

3.4.2. Poiché, infine, la regola di diritto posta a base della sentenza impugnata contrasta con la giurisprudenza della Corte di giustizia, per quanto sopra chiarito, e ha incidenza limitativa dell'accesso della parte alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, la sentenza stessa è viziata da diniego di giurisdizione.

4. Con il secondo motivo di ricorso si denuncia, all'opposto, l'eccesso di potere giurisdizionale compiuto dal Consiglio di Stato nel respingere le censure avverso l'esclusione del raggruppamento Mantovani per difetto dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, nella

parte riguardante le dichiarazioni rese a proposito dei sig.ri Baita e Buson, ex presidente ed ex direttore amministrativo della Mantovani s.p.a.

Nella parte narrativa del ricorso si fa presente che nel provvedimento di esclusione, dopo avere dato atto della posizione dell'ing. Mantoni, institore della mandante VGT s.r.l., si aggiungeva, «in termini meramente descrittivi e senza trarne specifiche conclusioni in rapporto all'incapacità di contrarre, a differenza di quanto fatto con riferimento alla dichiarazione dell'ing. Mantoni», che il legale rappresentante della Mantovani s.p.a, nel rendere la dichiarazione relativa ai sigg.ri Baita e Buson, aveva omesso di segnalare la circostanza che i medesimi, già cessati dalle rispettive cariche, erano risultati destinatari di misure restrittive cautelari disposte dal Tribunale di Venezia per associazione a delinquere per frode fiscale, nonché della successiva condanna ad un anno e dieci mesi di reclusione ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.

Si osserva quindi, nella illustrazione del motivo di ricorso, che il Consiglio di Stato ha motivato il rigetto delle censure deN'appellante (il cui contenuto non viene specificato nel ricorso per cassazione) osservando che, se pure l'immediata rimozione dei predetti dirigenti poteva costituire indice di dissociazione dai medesimi, non poteva superarsi il rilievo della mancata comunicazione della sentenza, divenuta irrevocabile pur sempre prima dell'aggiudicazione - benché dopo la dichiarazione del legale rappresentante della Mantovani s.p.a. - e quindi in una fase del procedimento in cui la stazione appaltante conservava in pieno il potere di verificare la sussistenza dei requisiti generali prescritti dalla legge.

Si conclude censurando «il fatto che il provvedimento di esclusione "convalidato" dal Consiglio di Stato non si fonda affatto sulla "non veridicità" della dichiarazione relativa ai sigg. Baita e Buson, ma esclusivamente su quella relativa all'ing. Mantoni», sicché la sentenza impugnata «non ha giudicato della legittimità del provvedimento emesso dall'Amministrazione ed impugnato dal RTI Mantovani, ma lo ha arbitrariamente integrato (usurpando il potere della P.A.) e lo ha contestualmente dichiarato legittimo».

5. Il motivo è inammissibile.

Nel ricorso non viene indicato il contenuto dell'atto di appello riguardante la posizione dei sig.ri Baita e Buson. La sentenza impugnata lo sintetizza nei seguenti termini, non smentiti nel ricorso: «Oppone l'appellante le censure già formulate in prime cure, in particolare che la ditta "ha immediatamente sostituito i due dirigenti dimostrando in tal modo la sua dissociazione", e l'assenza di sentenze irrevocabili a carico dei soggetti al momento della loro cessazione dalla carica». Se così è, la motivazione esibita dalla sentenza impugnata costituisce nient'altro che la risposta (condivisibile o meno) alle censure dell'appellante, basata non già sulla arbitraria integrazione, bensì su una determinata interpretazione del provvedimento: interpretazione tutt'altro che arbitraria, visto che lo stesso appellante dimostrava, con il formulare quelle censure,

di condividerla.

6. In conclusione, in accoglimento del primo motivo di ricorso, la sentenza impugnata va cassata con rinvio allo stesso Consiglio di Stato (sulla necessità di rinviare al Consiglio di Stato allorché questi sia dotato di *potestas iudicandi* e la motivazione della cassazione consista soltanto nell'errata estensione dell'esercizio della giurisdizione cfr. Cass. Sez. U. 17/02/2012, n. 2312; 05/10/2015, n. 19787).

La complessità delle questioni esaminate e le puntualizzazioni occorse riguardo alla stessa giurisprudenza di queste Sezioni unite giustifica la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara inammissibile il secondo. Cassa la sentenza impugnata e rinvia al Consiglio di Stato in diversa composizione. Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10 ottobre 2017.

Depositata in Cancelleria il 29 dicembre 2017.



DE IUSTITIA
RIVISTA DI INFORMAZIONE GIURIDICA