

Civile Ord. Sez. U Num. 21869 Anno 2019

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: FALASCHI MILENA

Data pubblicazione: 30/08/2019

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORDINANZA

sul ricorso 16943-2018 proposto da:

EXITONE S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11,
presso lo studio dell'avvocato GIANLUIGI PELLEGRINO, che la
rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

168
19

my

C.N.S. - CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI Società Cooperativa, in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo costituito con le imprese Zephyro s.p.a. (già Prima Vera s.p.a.), Termotecnica Sebina s.r.l., Sof s.p.a. ed Exitone s.p.a., in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI VAL FIORITA 90, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO LILLI, che la rappresenta e difende;

- ricorrente successivo -

contro

CONSIP S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZALE DELLE BELLE ARTI 6, presso lo studio dell'avvocato SERGIO FIDANZIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANGELO GIGLIOLA;

SIRAM S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE LIEGI 32, presso lo studio dell'avvocato MARCELLO CLARICH, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati MAURO PISAPIA e SERGIO MENCHINI;

- controricorrenti -

nonchè contro

SOA GROUP SOCIETA' ORGANISMO DI ATTESTAZIONE S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 2532/2018 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 26/04/2018.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/03/2019 dal Consigliere MILENA FALASCHI.

RITENUTO IN FATTO

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (GURI) del 23.05.2012, veniva indetta da Consip s.p.a. una

procedura aperta per l'affidamento del Servizio Integrato Enegia per le Pubbliche Amministrazioni.

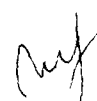
All'esito della procedura, la Consip s.p.a. aggiudicava il Lotto 2, riguardante la Regione Lombardia, alla Siram s.p.a..

Il Consorzio Nazionale Servizi (C.N.S.), secondo classificato, impugnava innanzi al T.A.R. Lombardia il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara, deducendo, per quanto qui interessa, che la Siram avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento per avere, in corso di gara, ceduto un ramo di azienda e, per l'effetto, perso il requisito di qualificazione per la categoria Società Organismi di Attestazione (SOA) OG11 (Impianti tecnologici). Il TAR Lombardia, con sentenza n. 2167/2015, respingeva il ricorso, ritenendo che la Siram fosse nel possesso della richiesta di classificazione per la categoria OG11, nonostante l'avvenuta cessione del ramo di azienda.

In virtù di appello interposto dal C.N.S., il Consiglio di Stato, con sentenza n. 813/2016, in riforma della decisione di primo grado, dichiarava l'inefficacia della convenzione stipulata tra Consip e Siram, disponendo il subentro del C.N.S. nel contratto, diversamente interpretando la norma comunitaria di cui alla Direttiva 2014/24/UE, oltre a non ritenere di effettuare rinvio pregiudiziale alla corte di Lussemburgo alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8/2015.

Avverso tale sentenza la Siram proponeva sia ricorso per cassazione, ex artt. 110 c.p.a. e 362 c.p.c., sia ricorso per revocazione per errore di fatto, ex artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4, c.p.c., dinnanzi al medesimo Consiglio di Stato.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 30302/2017, accertata l'insussistenza degli estremi dell'eccesso di potere giurisdizionale ovvero dell'usurpazione della funzione



amministrativa, dichiaravano l'inammissibilità del ricorso proposto dalla Siram.

Di converso, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2532/2018, oggetto del presente giudizio, accoglieva in sede rescindente il ricorso per revocazione proposto dalla Siram e, per l'effetto, revocava la sentenza impugnata, rimettendo il giudizio rescissorio all'udienza pubblica del 14.06.2018 per la discussione del merito.

In particolare, il Consiglio di Stato riteneva viziata la sentenza impugnata per avere del tutto ignorato di pronunciare sulla questione, proposta dalla Siram, della compatibilità europea della normativa interna in materia di appalto, limitandosi ad applicare la tesi formalistica, secondo la quale la cessione di un ramo d'azienda produrrebbe automaticamente la perdita del requisito di qualificazione per la categoria richiesta, nella specie SOA OG11. La sentenza impugnata, in altri termini, era incorsa in un errore percettivo nella lettura degli atti di causa, ritenendo che la questione posta dalla Siram non fosse quella sopra illustrata, bensì quella relativa alla necessità del perdurare (o meno) in capo alla società concorrente del requisito di qualificazione per categoria per tutta la durata della gara, quesito che era stato già risolto in senso affermativo dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2015.

Avverso tale sentenza il C.N.S. propone ricorso principale, articolato in un unico motivo, cui Consip e Siram hanno resistito con separati controricorsi.

Avverso la medesima sentenza propone, altresì, ricorso (in via incidentale) Exitone s.p.a., affidato ad un unico motivo, cui Consip e Siram hanno resistito con separati controricorsi.

Attivato il procedimento camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c., introdotto, a decorrere dal 30 ottobre 2016, dall'art. 1-bis, comma 1, lett. f), D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197 (applicabile al ricorso in oggetto ai

sensi dell'art. 1-bis, comma 2, del medesimo D.L. n. 168/2016), la causa è stata riservata in decisione.

In prossimità dell'adunanza camerale hanno depositato memorie illustrative la ricorrente incidentale, la Consip e la Siram.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Occorre preliminarmente rilevare che avverso la sentenza impugnata il Consorzio Nazionale Servizi (C.N.S.) ha proposto ricorso per cassazione notificato in data 12.06.2018; un ulteriore ricorso è stato presentato da Exitone s.p.a. in data 13.06.2018.

Orbene, nella costante giurisprudenza di questa Corte (fra le altre Cass. n. 18696 del 2015) è stato affermato il principio dell'unicità del processo di impugnazione contro una stessa sentenza, il quale comporta che, una volta avvenuta la notificazione della prima impugnazione (principale), tutte le altre debbono essere proposte in via incidentale nello stesso processo e pertanto ogni ricorso successivo al primo si converte in ricorso incidentale, indipendentemente dalla forma assunta.

Nel caso in esame, considerato che il ricorso proposto dal Consorzio Nazionale Servizi (C.N.S.) è stato notificato in data antecedente rispetto a quello presentato da Exitone s.p.a., il primo deve essere qualificato quale ricorso principale e il secondo quale ricorso incidentale.

Ciò premesso, in limine litis va esaminato il rilievo dei controricorsi riguardante la asserita non impugnabilità della sentenza, per difetto di giurisdizione, in quanto provvedimento non dotato del requisito della definitività.

La tesi è infondata, giacchè pur tenendo conto del peculiare regime del giudizio di revocazione, la pronuncia impugnata definisce in ogni caso la fase rescindente del giudizio.



Il giudizio per revocazione, infatti, si articola in due fasi: quella rescindente, volta a verificare se il ricorso è ammissibile e se sussiste una delle cause legali tipiche di revocazione (in caso di positivo riscontro, la sentenza viene "rescissa", ossia revocata); quella rescissoria, meramente eventuale, che consegue ad una pronuncia (necessariamente positiva) circa la sussistenza della causa di revocazione invocata; in questa seconda fase viene in rilievo l'obbligo per il giudice di rinnovare il giudizio, emendandolo del vizio o dei vizi che avevano afflitto quello precedente.

Quanto alla nozione di "errore di fatto" denunciabile ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., com'è noto, è previsto come motivo di revocazione allorchè consiste in una falsa percezione della realtà, in una svista obiettivamente ed immediatamente rilevabile, che abbia portato ad affermare o supporre l'esistenza di un fatto decisivo, incontestabilmente escluso dagli atti e documenti di causa, ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo, che dagli atti e documenti medesimi risulti positivamente accertato (giurisprudenza costante di questa Corte: cfr. per tutte Cass., Sez. Un. n. 26022 del 2008). Tale errore, oltre a riguardare un fatto sul quale la sentenza revocanda non si è pronunciata, deve essere essenziale e decisivo (nel senso che tra l'erronea percezione del giudice e la pronuncia da lui emessa deve sussistere un rapporto causale tale che senza l'errore la pronuncia medesima sarebbe stata diversa) e deve risultare sulla sola base della sentenza, nel senso che in essa sussista una rappresentazione della realtà in contrasto con gli atti e i documenti processuali regolarmente depositati (v. Cass. n. 75 del 1999). La falsa rappresentazione in cui si sostanzia l'errore revocatorio può avere ad oggetto tanto un fatto sostanziale quanto un fatto processuale, cioè tanto il dato storico quanto l'atto che lo immette all'interno del processo. Relativamente ad un documento, l'errore può riguardare, pertanto, il suo contenuto



dichiarativo (fatto sostanziale) ovvero la sua avvenuta produzione in giudizio secondo le norme di rito (fatto processuale).

Per assumere carattere revocatorio l'errore di fatto deve essere, altresì, decisivo. Tale requisito ricorre - e si passa così ad esaminare l'errore di diritto in cui sono incorse le resistenti nel formulare l'eccezione - allorché vi sia un necessario nesso di causalità tra l'erronea supposizione e la decisione resa (cfr. Cass. n. 11657 del 2006), nesso che deve risultare sulla base della sola sentenza nel senso che in essa sussista una rappresentazione della realtà in contrasto con gli atti e i documenti processuali regolarmente depositati (v. Cass. n. 75 del 1999 cit.). Tale causalità va intesa in senso non già storico ma logico-giuridico, perché non si tratta di stabilire se il giudice autore del provvedimento da revocare si sarebbe, in concreto, determinato in maniera diversa ove non avesse commesso l'errore di fatto, bensì di stabilire se la decisione della causa avrebbe dovuto essere diversa, in mancanza di quell'errore, per necessità, appunto, logico-giuridica (Cass. n. 3935 del 2009; anche Cass. n. 6367 del 1996 che indica il concetto di "causalità necessaria").

In altri termini, seguendo il ragionamento delle controricorrenti circa la non impugnabilità della sentenza pronunciata nella fase rescindente, si finirebbe con il giungere alla conclusione per cui sarebbe revocatorio solo l'errore la cui dimostrazione coincida con un nuovo esame di merito favorevole alla parte impugnante. Per tale via verrebbe inammissibilmente soppressa la distinzione logico-giuridica fra giudizio rescindente e giudizio rescissorio. Per contro, la fase rescissoria del giudizio per revocazione può essere contestuale a quella rescindente (v. Cass. nn. 2105/87 e 3961/76), ma non per questo vi si identifica, né in senso logico-giuridico né in senso temporale.

Questa Corte ha, infatti, affermato il principio secondo cui "nella fase rescindente del giudizio di revocazione, il giudice, una volta verificato l'errore di fatto (sostanziale o processuale) esposto ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4, deve valutarne la decisività a stregua del solo contenuto della sentenza impugnata, vale a dire operando un ragionamento di tipo controfattuale che, sostituita mentalmente l'affermazione errata con quella esatta, provi la resistenza della decisione stessa; ove tale accertamento dia esito negativo, nel senso che la sentenza impugnata risulti in tal modo priva della sua base logico-giuridica, deve procedere alla fase rescissoria attraverso un rinnovato esame del merito della controversia, che tenga conto dell'effettuato emendamento" (cfr Cass. n. 6881 del 2014).

Con la conseguenza che le statuizioni contenute nella sentenza non definitiva relativa alla fase rescindente hanno carattere di definitività (e valore di giudicato), stante l'incidenza diretta sulle determinazioni della sentenza revocanda, avendo per oggetto l'accertamento del denunciato vizio della sentenza impugnata.

L'eccezione non può, dunque, avere seguito.

Ciò chiarito, passando al merito, il ricorrente principale e la ricorrente incidentale propongono un unico ed analogo motivo di ricorso.

Con dette censure viene denunciato l'eccesso di potere giurisdizionale per diniego di giustizia fondato su un'abnorme violazione dei principi in tema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ai sensi degli artt. 99 e 112 c.p.c.. Ad avviso dei ricorrenti, il Consiglio di Stato avrebbe trasformato un'argomentazione difensiva della Siram nella deduzione di un errore di fatto, dovuto al mancato esame di un'istanza di rimessione alla Corte di giustizia, istanza in realtà mai formulata.

I motivi, e con esso entrambi i ricorsi, sono inammissibili.

Secondo la definizione consolidata nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite (cfr ex multis, Cass., Sez. Un., n.2582 del 2018; Cass., Sez. Un., n.11986 del 2017; Cass., Sez. Un., n.11380 del 2016), l'eccesso di potere giurisdizionale, quale vizio delle sentenze del giudice amministrativo denunziabile con ricorso per cassazione a norma dell'art.111, comma 8, Cost., è configurabile quando il giudice stesso, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, riservata alla pubblica amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e della convenienza dell'atto, esprimendo, pur nel rispetto della formula di annullamento, la volontà di sostituirsi a quella della amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità. Si tratta, dunque, di una violazione dei limiti esterni della giurisdizione, e solo in quanto tale può essere eventualmente rilevata da queste Sezioni Unite a norma dell'art.111, comma 8, Cost. e dell'art.362, comma 1, c.p.c., non potendo esse estendere il proprio sindacato, senza violare la norma costituzionale, anche al modo in cui la giurisdizione è stata esercitata, cioè ad eventuali errori in iudicando o in procedendo che rientrano nei limiti interni della giurisdizione, la violazione dei quali resta estranea al sindacato di questa Corte (cfr tra molte: Cass. Sez. Un., n.24742 del 2016; Cass., Sez. Un., n.7114 del 2016; Cass., Sez. Un., n.8993 del 2014).

Ciò posto, va rilevato che nella specie il Consiglio di Stato ha ritenuto la sentenza impugnata affetta da errore di fatto revocatorio per avere del tutto ignorato di pronunciare sulla questione, posta dalla Siram, relativa alla compatibilità europea della normativa interna in materia di appalto, incorrendo in un vizio percettivo nella lettura degli atti di causa, tanto da ritenere risolta la questione in senso positivo dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2015, che di



converso atteneva al diverso tema della permanenza del requisito di qualificazione per categoria, richiesta nel bando, per tutta la durata della gara.

L'affermazione corrisponde ad un'interpretazione del sistema normativo vigente, la quale in ogni caso costituisce legittima estrinsecazione della potestà giurisdizionale del giudice amministrativo, in ordine alla ricostruzione del sistema normativo invocato, in termini che non comportano né il diniego di tutela giurisdizionale, né la violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Né rileva a tal fine la circostanza della sussistenza o meno dell'istanza di rimessione alla Corte di Giustizia, valutazione che spetta comunque al Consiglio di Stato.

In ogni caso, i ricorrenti non ravvisano la violazione di un limite esterno alla giurisdizione, bensì la violazione di norme procedurali che per quanto abnorme non può comportare il superamento del limite esterno della giurisdizione (cfr Cass., Sez. Un., n. 13976 del 2017 e Corte cost. n. 6 del 2018).

Deve pertanto pronunciarsi la declaratoria di inammissibilità di entrambi i ricorsi.

Discende da quanto esposto la condanna dei ricorrenti, principale ed incidentale, in solido, alla rifusione in favore delle controricorrenti delle spese di lite, come liquidate in dispositivo, in relazione al valore della controversia.

Poiché i ricorsi sono stati proposti successivamente al 30 gennaio 2013 e sono dichiarati inammissibili, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte del ricorrente principale e della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo

di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibili i ricorsi;
condanna il ricorrente principale e la ricorrente incidentale, in solido, alla rifusione delle spese di legittimità che liquida per ciascuna controricorrente in € 13.800,00, oltre ad € 200,00 per esborsi e agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02, inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente principale, nonché della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, il 12 marzo 2019.

Il Presidente

Giuseppe...