

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito

L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e della convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, attraverso un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza del 3.3.2020, n. 5904

...omissis...

1. Con l'unico motivo d'impugnazione, le ricorrenti denunciano la violazione o la falsa applicazione dell'art. 111 Cost. e del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 110, nonché l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera della Pubblica Amministrazione. Premesso che l'affermazione secondo cui l'Impresa S. non si era completamente dissociata dal suo amministratore trae origine dall'errata convinzione che, nonostante la cessazione dalla carica di direttore tecnico, il D. avesse conservato l'incarico di direttore operativo, che era stato invece revocato con la medesima delibera del 24 febbraio 2014, sostengono che, nel confermare la configurabilità della fattispecie di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. c), il Consiglio di Stato ha sostituito la motivazione della determinazione impugnata, avendo ritenuto che il rapporto di collaborazione fosse definitivamente cessato dal mese di settembre 2014, laddove il provvedimento di esclusione affermava che esso era proseguito fino alla data dell'esclusione dalla gara, ed avendo conseguentemente proceduto alla valutazione delle misure di dissociazione adottate dalla società, non prese in esame dall'ARO. Sostengono che in tal modo il Giudice amministrativo non solo si è sostituito all'Amministrazione aggiudicatrice in un apprezzamento discrezionale ad essa istituzionalmente riservato, ma lo ha rimodulato in pejus per l'Impresa, avendo fatto dipendere l'esclusione da un fatto meno grave di quello indicato nel provvedimento impugnato. A loro avviso, la sentenza avrebbe dovuto invece limitarsi a dare atto dell'estromissione del D. dalla struttura organizzativa della società a decorrere dal mese di settembre 2014, e rimettere all'Amministrazione ogni successiva valutazione in ordine all'adeguatezza delle misure di dissociazione poste in essere dall'Impresa S., non esaminate nella determinazione, la quale aveva ritenuto dirimente la prosecuzione del rapporto di collaborazione. In particolare, nel conferire rilievo all'inadeguatezza dell'importo richiesto al D. a titolo di indennità risarcitoria, quale indizio dell'incompleta dissociazione della società dal proprio amministratore, il Giudice amministrativo ha preso in considerazione un elemento che non aveva formato oggetto di valutazione da parte dell'ARO, in tal modo sostituendo la propria volontà a quella dell'Amministrazione, con conseguente superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

1.1. Il ricorso è inammissibile.

Com'è noto, infatti, l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e della convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, attraverso un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (cfr. tra le più recenti, Cass., Sez. Un., 24/05/2019, n. 14264; 26/11/2018, n. 30526; 2/02/2018, n. 2582).

Tali vizi non sono riscontrabili nella sentenza impugnata, la quale, nel procedere alla verifica dell'intervenuta dissociazione dell'Impresa S. dalla condotta penalmente illecita del suo direttore tecnico, nei confronti del quale era stata pronunciata sentenza ex art. 444 c.p.p., non ha espresso alcun apprezzamento in ordine all'opportunità ed alla convenienza del provvedimento di esclusione dalla gara, ma si è mantenuta

nell'ambito del sindacato di legittimità, sollecitato in riferimento al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. c), essendosi limitata, nel confermare la sussistenza dei presupposti necessari per l'esclusione, al doveroso accertamento dei fatti rilevanti ai fini dell'applicazione di tale disposizione. Rilevato infatti che il direttore tecnico che aveva riportato la predetta condanna era cessato da tale carica nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando di gara, ha ritenuto applicabile l'ultimo periodo dell'art. 38, comma 1, lett. c), cit., il quale richiede l'accertamento della dissociazione, osservando che il rapporto di collaborazione con il soggetto indicato era proseguito fino al mese di settembre 2014, e traendone, con il concorso di altri elementi risultanti dalla documentazione prodotta, il convincimento che l'Impresa S. non avesse effettivamente e completamente preso le distanze dalla condotta illecita.

Nessun rilievo può assumere, ai fini della configurabilità del vizio lamentato, la duplice circostanza, fatta valere dalle ricorrenti, che l'amministratore fosse stato rimosso dalla carica di direttore operativo non già successivamente, ma contestualmente alla cessazione da quella di direttore tecnico, e che nella motivazione del provvedimento di esclusione si affermasse che il rapporto di collaborazione era proseguito fino all'attualità, anziché fino al mese di settembre 2014: si tratta infatti di elementi di dettaglio inidonei a modificare la fattispecie posta a fondamento del provvedimento di esclusione, il cui nucleo essenziale, puntualmente riscontrato nella specie dal Giudice amministrativo, è costituito dalla condanna di uno dei soggetti indicati per gravi reati incidenti sulla moralità professionale e, in caso di cessazione dalla carica nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando di gara, dalla mancata dimostrazione della completa ed effettiva dissociazione dell'impresa dalla condotta penalmente sanzionata. Ai fini della sussistenza del primo presupposto, doveva considerarsi sufficiente la circostanza che il D. avesse ricoperto la carica di direttore tecnico, non essendo quella di direttore operativo inclusa nell'elenco dei possibili destinatari della condanna il cui concorso o la cui collaborazione nell'impresa precludono la partecipazione della stessa alla gara, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163; a conservazione della carica di direttore operativo poteva assumere rilievo esclusivamente ai fini della prova della prosecuzione sotto altra veste della collaborazione tra l'impresa ed il condannato, che aveva tuttavia costituito oggetto di valutazione già nell'ambito della motivazione del provvedimento di esclusione, in quanto il D. era cessato dalle funzioni di direttore tecnico nell'anno antecedente all'indizione della gara. E' in quest'ottica che l'Amministrazione aveva dato atto della prosecuzione del rapporto di collaborazione, correttamente riscontrata dalla sentenza impugnata, sia pure in riferimento ad un periodo più breve di quello risultante dal provvedimento, ma ritenuto comunque rilevante ai fini dell'esclusione, in concorso con altri elementi.

Giova d'altronde sottolineare che, nell'ambito dell'accertamento richiesto dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. c), la verifica della mancata dissociazione dell'impresa dalla condotta illecita del titolare, del socio, dell'amministratore o del direttore tecnico attinto dalla condanna penale, così come quella della qualità rivestita da quest'ultimo, non presenta alcun profilo di discrezionalità, trattandosi di circostanze oggettivamente riscontrabili, il cui controllo non può quindi tradursi in un'invasione della sfera del merito amministrativo. Al di fuori delle ipotesi specificamente previste dalla norma in esame con richiamo all'art. 45, par. 1, della direttiva n. 2004/18/CE, la discrezionalità dell'Amministrazione risulta infatti limitata all'apprezzamento della gravità del reato e della sua idoneità ad incidere sulla moralità professionale del condannato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17/06/2014, n. 3092; 27/03/2012, n. 1799; 8/7/2010, n. 4440), in ordine alle quali la sentenza impugnata non ha formulato alcun apprezzamento, trattandosi di profili che, per quanto risulta, non hanno costituito oggetto di censura nell'ambito del giudizio.

Peraltro, anche a voler ritenere che il Giudice amministrativo sia incorso in errore nell'individuazione del thema decidendum e nell'applicazione della norma invocata, avendo attribuito al provvedimento impugnato un contenuto diverso da quello effettivo ed avendo quindi ritenuto necessario un accertamento non richiesto dalla legge, dovrebbe ugualmente escludersi la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale, trattandosi di vizi incidenti rispettivamente sull'interpretazione dell'atto amministrativo e su quella della legge da applicare, le quali costituiscono il proprium della funzione giurisdizionale, e non possono quindi dar luogo ad uno sconfinamento nell'area riservata alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 11/07/2018, n. 18240; 31/05/2016, n. 11380).

2. Le spese processuali seguono la soccombenza, e si liquidano come dal dispositivo.
pqm

dichiara inammissibile il ricorso. Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida per ciascuno dei controricorrenti in Euro 15.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso dal comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 5 novembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 3 marzo 2020

www.LaNuovaProceduraCivile.com

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Casella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Iaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Postillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

