

Le Sezioni Unite confermano la Plenaria n. 8/2014 in tema di individuazione dei limiti del sindacato di legittimità sulle offerte anomale.

di Silvia Salamina

Data di pubblicazione: 8-8-2014

Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2014, n. 16239

Presidente f.f. Rovelli; Relatore Amatucci

In tema di individuazione dei limiti del sindacato di legittimità sulle offerte anomale nelle gare d'appalto, in linea con l'orientamento già espresso dalle Sezioni Unite, va data continuità alle conclusioni cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 8/2014, secondo cui: (a) la sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, come tale sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà; (b) possono essere dunque introdotti in giudizio elementi che, sul piano sintomatico, rendano evidente il vizio di eccesso di potere (o l'assenza del vizio) in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia; (c) siffatto sindacato non è precluso dall'art. 34, comma 2, c.p.a., che fa divieto al giudice amministrativo di pronunziarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", poiché la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte sono già pervenute all'esame della stazione appaltante.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -

Dott. FINOCCHIARO Mario - Presidente di sez. -

Dott. RORDORF Renato - Presidente di sez. -

Dott. PICCIALLI Luigi - Consigliere -

Dott. AMATUCCI Alfonso - rel. Consigliere -

Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere -

Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere -

Dott. CHIARINI Maria Margherita - Consigliere -

Dott. GRECO Antonio - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6846-2009 proposto da:

CONSORZIO STABILE OPERAE, in persona del direttore generale pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA EMILIA 88, presso lo studio dell'avvocato VINTI STEFANO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato PEZZANA ALDO, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

VIANINI LAVORI S.P.A., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI costituita con la TOTO s.p.a. e Profacta s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso lo STUDIO LEGALE SANINO, rappresentata e difesa dagli avvocati SANINO MARIO, RUGGIERO GIANPAOLO, per delega a margine del controricorso;

- ricorrente -

contro

AUTOSTRADe PER L'ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE 2, presso lo studio dell'avvocato CLARIZIA ANGELO, che la rappresenta e difende, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

e contro

ANAS S.P.A., COMMISSIONE DI GARA "C", MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE;

- intimati -

avverso la decisione n. 2404/2008 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 21/05/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/02/2014 dal Consigliere Dott. ALFONSO AMATUCCI;

uditi gli avvocati Federica CORSINI per delega dell'avvocato Stefano Vinti, Nino PAOLANTONIO per delega dell'avvocato Angelo Clarizia, Gianpaolo RUGGIERO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VELARDI Maurizio che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1.- La gara per l'affidamento - col criterio di aggiudicazione al prezzo più basso su base d'asta di Euro 409.343.550, nonché per altri importi non soggetti a ribasso - dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento del tratto autostradale tra (OMISSIS) si concluse, in data 1.8.2006, con l'aggiudicazione all'Associazione temporanea di imprese costituita dalle s.p.a. Vianini Lavori, Toto e Profacta.

Determinata nel 20,86% la soglia di anomalia del ribasso e rilevato che risultavano superiori a tale percentuale le offerte sia del Consorzio Stabile Operae (del 24,11% inferiore rispetto al prezzo base) e dell'Associazione (inferiore del 22,3%), la commissione di gara, a seguito dei chiarimenti richiesti alle società partecipanti e delle conclusioni della commissione tecnica interna, considerò anomala l'offerta del Consorzio e non anomala quella dell'Associazione.

2.- Il Consorzio impugnò tutte le determinazioni della commissione innanzi al TAR per il Lazio. L'Associazione aggiudicataria propose a sua volta ricorso incidentale, deducendo che la commissione tecnica avrebbe dovuto tener conto di ulteriori sottostime nell'offerta del Consorzio per oltre Euro 29 milioni.

Il TAR respinse il ricorso con sentenza n. 6775/2007, dopo aver condiviso le conclusioni del collegio dei tre consulenti tecnici d'ufficio cui aveva conferito l'incarico di valutare: a) l'attendibilità del giudizio di anomalia dell'offerta del Consorzio anche in relazione agli errori nei computi metrici compiuti dalla stazione appaltante; b) l'incidenza delle giustificazioni del Consorzio sull'offerta globale; c) la sussistenza delle sottostime dei costi.

L'appello del Consorzio, dolutosi anche del riesame del merito che affermò essere stato compiuto dal TAR per il tramite dei consulenti tecnici, è stato respinto dal Consiglio di Stato

con decisione 21 maggio 2008, n. 2404.

3.- Ricorre per cassazione - ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 1 - il Consorzio Stabile Operae, prospettando con due motivi il travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione di legittimità per avere il giudice amministrativo invaso, sconfinando nel merito, le attribuzioni di esclusiva spettanza dell'amministrazione.

Resistono con distinti controricorsi Autostrade per l'Italia s.p.a. e Vianini Lavori s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'Associazione temporanea di imprese costituita con Toto s.p.a. e con Porfacta s.p.a.

Tutte le parti hanno depositato memoria illustrativa.

Motivi della decisione

1.- Con entrambi i motivi è dedotto il difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo, denunciandosi l'eccesso di potere giurisdizionale in cui sarebbe incorso in relazione alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), artt. 4 e 5 al R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 26 alla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 2 al D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 35 alla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 16 e all'art. 97 Cost..

Col primo motivo la decisione del Consiglio di Stato è censurata per non aver rilevato che il TAR, incaricando i consulenti tecnici di valutare l'attendibilità del giudizio di anomalia dell'offerta del Consorzio espresso dalla commissione tecnica anche sulla base di considerazioni diverse da quelle espresse in sede amministrativa e recependone poi le conclusioni circa la effettiva sussistenza dell'anomalia, aveva in realtà proceduto ad una nuova valutazione dell'offerta invece riservata alla stazione appaltante, così incorrendo in un evidente eccesso di potere giurisdizionale per intrusione ai danni della discrezionalità e delle competenze della pubblica amministrazione.

Col secondo motivo il predicato difetto di giurisdizione è prospettato in relazione alla circostanza che, nel corso del giudizio innanzi al giudice amministrativo, erano state vagliate voci di costo e presunte sottostime dell'offerta mai esaminate dalla stazione appaltante nel corso del procedimento svoltosi in contraddittorio col concorrente Consorzio.

2.- Il ricorso è inammissibile.

Premesso che la doglianza di cui al secondo motivo si risolve nella prospettazione di un error in procedendo piuttosto che di un travalicamento da parte del giudice amministrativo dei limiti esterni della giurisdizione sindacabile da parte della Corte di cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, sulla questione posta col primo motivo è stato escluso che sia configurabile eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito preclusa al giudice amministrativo, nel sindacato sulle valutazioni compiute dalle commissioni di gara in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta. Ciò in quanto tale controllo non attiene al merito dell'azione amministrativa ma all'esercizio della discrezionalità tecnica (così, in fattispecie assai simile, Cass., sez. un., n. 17143/2011, in linea con Cass., sez. un., n. 28265/2005).

Va rilevato che nella memoria depositata ex art. 378 cod. proc. civ. il ricorrente ha prospettato che era stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa all'individuazione dei limiti del sindacato di legittimità sulle offerte anomale. Ebbene, con sentenza n. 8/2014 l'Adunanza plenaria ha ritenuto (a) che la sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, come tale sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà; (b) che possono essere dunque introdotti in giudizio elementi che, sul piano sintomatico, rendano evidente il vizio di eccesso di potere (n.d.e.: o l'assenza del vizio) in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia; (c) che siffatto sindacato non è precluso dall'art. 34 c.p.a., comma 2, che fa divieto al giudice amministrativo di pronunziarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", poichè la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte sono già pervenute all'esame della stazione appaltante.

Siffatte conclusioni appaiono in linea con l'orientamento già espresso da queste Sezioni unite, cui va data continuità.

3.- Alla inammissibilità del ricorso consegue la condanna della ricorrente alle spese nei confronti di entrambe le controricorrenti.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE CIVILI dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente alle spese, che per ciascuna delle due controricorrenti liquida in Euro 15.200, di cui Euro 15.000 per compensi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 11 febbraio 2014.

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in esame, relativa all'**individuazione dei limiti del sindacato di legittimità sulle offerte anomale** nelle gare d'appalto, le Sezioni Unite – avendo come punto di partenza condiviso l'orientamento già affermato dall'Adunanza Plenaria Consiglio di Stato – hanno (ri)confermato i principi secondo cui: le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte costituiscono espressione di un **potere**

tecnico-discrezionale, suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà; possono essere introdotti in giudizio elementi che, sul piano sintomatico, rendano evidente il vizio di eccesso di potere; tale sindacato non è impedito dalla disposizione di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., che fa divieto al giudice amministrativo di pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso in esame, le Sezioni Unite sono state investite, ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c., della cognizione di un ricorso con cui si lamentava, attraverso due censure, il **travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione di legittimità** per avere il giudice amministrativo invaso, sconfinando nel merito, le attribuzioni di esclusiva spettanza dell'amministrazione.

Più nello specifico, **con il primo motivo**, tale travalicamento era imputato alla circostanza che la CTU, nominata dal Tar per valutare l'attendibilità del giudizio di anomalia dell'offerta della ricorrente, aveva proceduto ad una nuova valutazione dell'offerta invece riservata alla stazione appaltante, così incorrendo in un evidente eccesso di potere giurisdizionale per intrusione ai danni della discrezionalità e delle competenze della pubblica amministrazione.

Con il **secondo motivo**, il difetto di giurisdizione era prospettato in relazione alla circostanza che, nel corso del giudizio innanzi al giudice amministrativo, erano state vagliate voci di costo e presunte sottostime dell'offerta mai esaminate dalla stazione appaltante nel corso del procedimento svoltosi in contraddittorio con la ricorrente.

Ebbene, nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso, le Sezioni Unite inquadrano la prospettazione di quest'ultimo motivo quale *error in procedendo*, e non già un travalicamento da parte del g.a. dei limiti esterni della giurisdizione sindacabile da parte della Corte di cassazione ex art. 111, comma 8, Cost.

Quanto alla prima censura, i Supremi Giudici richiamano innanzitutto i propri precedenti con cui è stato escluso che sia configurabile eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito preclusa al giudice amministrativo, nel sindacato sulle valutazioni compiute dalle commissioni di gara in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta. Ciò in quanto **tale controllo non attiene al merito dell'azione amministrativa ma all'esercizio della discrezionalità tecnica**.

Detto orientamento è stato inoltre oggetto di una recente pronuncia dell'**Adunanza Plenaria (3 febbraio 2014, n. 8)**, le cui statuizioni vengono riportate dalla pronuncia in esame:

(a) la sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, come tale sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili

dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà;

(b) possono essere introdotti in giudizio elementi che, sul piano sintomatico, rendano evidente il vizio di eccesso di potere (o l'assenza del vizio) in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia;

(c) che siffatto sindacato non è precluso dall'art. 34, comma 2, c.p.a., che fa divieto al giudice amministrativo di pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", poiché la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte sono già pervenute all'esame della stazione appaltante.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In sede di considerazioni conclusive, v'è da rilevare come il primo profilo, ossia quello che riconduce alla discrezionalità tecnica l'attività di valutazione delle offerte anomale, è oramai dato acquisito tanto da parte del g.a., quanto da parte del g.o. È evidente infatti come di discrezionalità tecnica si tratti, talvolta definita "altissima discrezionalità tecnica", e non già di discrezionalità amministrativa pura: quando valuta l'anomalia di un'offerta, infatti, l'amministrazione non è chiamata a valutare comparativamente interessi, scegliendo le modalità che consentono il più efficace soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, ma solo a verificare, in applicazione delle regole specialistiche a risultato non garantito, la sussistenza di taluni presupposti richiesti della norma per l'adozione della determinazione amministrativa.

Tuttavia, è il secondo profilo quello che, rispetto al passato, segna una definitiva apertura del g.a. sul punto: nel giudizio amministrativo possono essere introdotti elementi che, sul piano sintomatico, rendano evidente il vizio di eccesso di potere (o l'assenza del vizio). Di recente, infatti, si sono registrate significative aperture sulla possibilità di contestare elementi chiave del giudizio di anomalia, quali i criteri in base ai quali è stato determinato il "prezzo di giustificazione" utilizzato dall'amministrazione, l'esame delle giustificazioni, l'utile d'impresa, le spese generali.

Infine, ulteriore punto fermo è quello che impedisce al giudice amministrativo di pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati": d'altronde, in linea con quanto ora stabilito in via generale dall'art. 34, comma 2, c.p.a., il g.a. ha sempre escluso che con la CTU o altro mezzo istruttorio giudiziale si possano operare attività, accertamenti e valutazioni non operate dalla stazione appaltante, perché ciò in effetti costituirebbe indebita invasione dell'ambito di competenza dell'amministrazione (cfr., a titolo esemplificativo, Cons. St., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710; Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

A. Manzi, Capitolo 36 – *L'anomalia e la congruità*, in F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, pp. 1055 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza, Sub. Art. 88*, Ed. Dike, 2014, pp. 561 ss.