

Ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici: rimessione alla Corte di giustizia.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 2-10-2020

Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2 e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali.

Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano

una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del)l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689113; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2. par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare.

Guida alla lettura

Con ordinanza n. 19598 dello scorso 18 settembre le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno deferito alla Corte di Giustizia europea le seguenti questioni di diritto: 1. Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2 e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla

giurisdizione» – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali². Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione³. Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689113; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2. par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione

delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare.

La pronuncia in commento, dunque, si pone in netto contrasto con la decisione della Consulta n. 6 del 2018, in sostanza non "cedendo il passo" al principio- da quest'ultima esposto - secondo cui l'art. 111, comma 8 Cost., nella parte in cui delimita i casi di ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per "motivi inerenti alla giurisdizione", trova applicazione alle sole ipotesi di "limiti esterni" alla giurisdizione, tra le quali non possono essere ricompresi i cd. *errores in procedendo in iudicando* che diano luogo a sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero a uno "stravolgimento", anche radicale, delle norme di riferimento tale da determinare un rifiuto aprioristico di giustizia.

Doveroso, invero, un passo indietro.

Costituisce principio pacificamente espresso dalla giurisprudenza quello per cui non rappresentano vizi deducibili ex art. 111, comma 8, Cost. gli errori commessi dal giudice amministrativo *in procedendo in iudicando*, che non attengono all'andata della giurisdizione, ma al *quomodo* della stessa, ovvero alle modalità con le quali la giurisdizione - in ipotesi effettivamente sussistente - è stata esercitata.

Quanto appena sostenuto, a parere della giurisprudenza, trova validità anche nelle ipotesi in cui gli *errores in procedendo in iudicando* riguardino il diritto comunitario (es. mancato promuovimento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE).

Le Sezioni Unite, invero, hanno precisato l'esposto principio, in specie affermando che lo stesso non possa trovare applicazione nei casi in cui tali *errores* diano luogo a un "radicale stravolgimento delle norme di rito tale da ridondare in denegata giustizia"; orbene, tra queste ipotesi rientra propriamente il caso in cui il Consiglio di Stato, nell'ambito della sua giurisdizione, neghi l'esame nel merito della domanda facendo applicazione di una norma processuale interna contrastante con una disposizione comunitaria direttamente applicabile che, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, tale esame avrebbe, al contrario, consentito (Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226).

Con la recente ordinanza di rimessione, dunque, le Sezioni Unite ribadiscono la loro posizione,

come detto contrastante con la decisione della Consulta n. 6 cit., sulla base di un **articolato percorso argomentativo** come di seguito meglio schematizzato.

La Suprema Corte di Cassazione rileva che **solo facendo riconfluire l'ipotesi oggetto di attenzione tra quelle per le quali - ex art. 111, comma 8 Cost. - è possibile ricorrere per Cassazione avverso una pronuncia del Consiglio di Stato viene correttamente rispettato il principio di primazia del diritto europeo**. L'orientamento formatosi sulla scia della sentenza della Corte costituzionale n. 6 cit., infatti, determina il consolidamento della violazione del diritto comunitario, così esponendo lo Stato (*sub specie* gli organi giurisdizionali) a responsabilità.

D'altronde, si afferma, **il principio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, in virtù del quale è rimessa al potere dei singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, risulta limitato dal rispetto dei principi di equivalenza (non discriminazione) e di effettività della tutela**.

Orbene, richiamando il primo dei due principi indicati (**principio di equivalenza**), la Corte afferma che **seguendo la posizione fatta propria dalla Consulta con la più volte citata pronuncia n. 6 del 2018 si produrrebbe un'ingiustificata disuguaglianza tra i casi di violazione del diritto interno e violazione del diritto europeo**. A sostegno si afferma come **l'ipotesi oggetto d'attenzione** (negazione dell'esame nel merito della domanda da parte del Consiglio di Stato sulla base dell'applicazione di una norma processuale interna contrastante con la disposizione comunitaria direttamente applicabile così come interpretata dalla Corte di Giustizia) **vada del tutto equiparata ai casi di difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato cui si imputi di aver svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore nazionale, sia pure nel caso di specie si tratta di invasione di attribuzioni del legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di Giustizia**.

Il passaggio motivazionale appena indicato appare, invero, di particolare rilevanza in quanto così affermando la Corte finisce per prendere le distanze dalla precedente ricostruzione secondo cui l'applicazione da parte del giudice interno di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario immediatamente applicabile senza previo rinvio alla Corte di Giustizia pur rappresentando un'ipotesi di *errores in procedendo* o *in iudicando*, in quanto tale non "*de plano*" riconducibile nella previsione di cui all'art. 111, comma 8 Cost., determina uno stravolgimento totale delle norme di rito, tale da ridondare in denegata giustizia e, dunque, idonea a riconfluire nei cd. limiti esterni di giurisdizione, questi sì rientranti nei cd. "*motivi inerenti alla giurisdizione*" di cui al citato art. 111, comma 8 Cost. **Seguendo quanto sostenuto dalle recenti Sezioni Unite**, dunque, **l'ipotesi oggetto di attenzione rientra direttamente nei casi di difetto assoluto di giurisdizione, il giudice interno finendo per sconfinare i propri limiti, attribuendosi compiti spettanti ad altro potere, ovvero a quello legislativo, nella specie non nazionale, ma europeo**.

Passando ad analizzare il **principio di effettività della tutela**, quale ulteriore limite applicativo del principio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, i Giudici affermano che **il ricorso in Cassazione costituisce il rimedio estremo per evitare la formazione di un giudicato in**

contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Anche tale passaggio risulta di grandissimo rilievo tenuto conto che per pacifica giurisprudenza europea l'eventuale giudicato nazionale formatosi in contrasto con il diritto europeo non risulta soggetto a revisione: nel contrasto tra primazia del diritto sovranazionale e certezza del diritto, quale fondamento dell'immodificabilità del giudicato, è quest'ultimo principio a prevalere, così finendosi per dequotare la priorità del diritto europeo. Quanto appena affermato, invero, trova eccezione nella particolare materia degli aiuti di Stato, ove la Corte di giustizia (sentenza 18 luglio 2007, in causa C-119/05 – caso Lucchini) ha sostenuto che il diritto nazionale, anche eventualmente oggetto di una decisione passata in giudicato, non può in alcun modo ostacolare l'effettivo recupero degli aiuti di Stato disposti dalla Commissione europea sulla base di un'illegittima elargizione dello stesso, secondo quanto statuito dalle prescrizioni di cui agli artt. 107 e 108 TFUE, oltre che del Regolamento n. 659/1999. Al di fuori dello specifico caso degli aiuti di Stato, poi, la tenuta del giudicato contrastante con il diritto sovranazionale subisce un generico adeguamento "grazie" allo strumento del giudicato a formazione progressiva. Come ben delineato dalla Plenaria del 9 giugno 2016, n. 11, infatti, la figura del giudice dell'ottemperanza, cui spetta il compito di interpretare il giudicato che la P.A. ha il dovere di eseguire, permette di limare gli aspri contrasti tra giudicato nazionale e diritto europeo attraverso un'interpretazione del primo in modo quanto più possibile conforme alle prescrizioni sovranazionali.

Tornando alle argomentazioni elaborate da parte delle Sezioni Unite con la recente ordinanza di rimessione alla Corte di Lussemburgo, **la qualificazione del ricorso in Cassazione quale estremo rimedio per evitare la formazione di un giudicato contrastante con il diritto nazionale e, ciò nonostante, intangibile, risulta avallata dalla insussistenza di rimedi alternativi.**

Richiamando quanto affermato dalla Consulta n. 6/2018, secondo cui *"specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema - che indubbiamente esiste - deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, **eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.**"*, i Giudici del Supremo Consesso civile rilevano come fino ad ora **alcun rimedio di tal fatta è stato previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre fine alle violazioni del diritto dell'Unione addebitate agli organi giurisdizionali**(anzi la Consulta, sia pure con riguardo al differente rapporto tra giudicato nazionale e diritto CEDU, con sentenza 26 maggio 2017, n. 123, ha espressamente escluso che lo strumento della revocazione possa trovare applicazione in casi di giudicato amministrativo, a differenza di quanto statuito, invece, con differente pronuncia del 7 aprile 2011, n. 113, in materia di giudicato penale e conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p.). Tra l'altro **un'eventuale nuova ipotesi di revocazione potrebbe introdursi esclusivamente nelle ipotesi di decisione europea sopravvenuta al giudicato, non anche nelle ipotesi di diritto preesistente, per contrasto strutturale con l'istituto impugnatorio; ancora, non appare certo che tale strumento sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per Cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione.**

Ancora, le Sezioni Unite richiamano ulteriori **principi** (ovvero quelli di **difesa, regolare svolgimento del processo, certezza del diritto, affidamento dei cittadini**) rispetto ai quali si afferma, da un lato, che - come recentemente sostenuto dalla Corte di giustizia con sentenza 5 settembre 2019, in causa C-333/18, Lombardi - gli Stati membri non possono far valere il principio di autonomia procedurale nella conformazione degli istituti processuali in una fattispecie concernente la domanda di tutela proposta dai partecipanti a una gara di appalto, in relazione alla quale *“risulta dall’art. 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all’esame nel merito di tale ricorso”*; dall’altro, che ricorsi per Cassazione aventi ad oggetto controversie similari a quelle sottoposte all’attenzione delle Sezioni Unite, e in specie afferenti all’impugnazione di atti di esclusione e aggiudicazione di gare d’appalto disciplinate dal diritto dell’Unione, sono stati dichiarati ammissibili e accolti quando decisi dalle Sezioni Unite precedentemente al 18 gennaio 2018 (data della più volte richiamata sentenza n. 6), mentre sono stati dichiarati inammissibili quando decisi dopo tale data (si veda su tutte Cassa. civ., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243), pur in mancanza di una modifica normativa introdotta dal legislatore dell’Unione europea o da sentenze sopravvenute della Corte di giustizia.

Ultimo aspetto sul quale appare di particolare rilievo soffermare l’attenzione attiene al passaggio in cui la Corte sottolinea come **non possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione di cui all’art. 111, comma 8 Cost.** Si afferma, infatti, che *“è inammissibile che le norme di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, possano menomare l’unità e l’efficacia del diritto dell’Unione”*; **la primazia del diritto europeo vige anche nei confronti delle norme costituzionali, fatto salvo l’eventuale innalzamento dei cd. controlimiti** (affermati per la prima volta dalla sentenza Frontini – Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183 e riconosciuti a livello europeo con la pronuncia della Corte di giustizia, Grande sezione, 5 dicembre 2017 in causa C-42/17 – caso Taricco-*bis*), **non richiamati nel caso di specie dalla pronuncia della Consulta n. 6/2018.**

A totale chiusura dell’analisi dell’ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite, infine, cenno merita il terzo quesito pregiudiziale ove la Corte sembra aver deferito alla Corte di Lussemburgo un aspetto da quest’ultima invero già trattato e risolto (il riferimento è alla sentenza Lombardi del 5 settembre 2019, in causa C-333/18, richiamata dagli stessi Giudici rimettenti). **Possibile lettura del presente passaggio della pronuncia idonea ad ampliare la portata dello stesso**, così da non qualificarsi in termini di rimessione del tutto inutile, in quanto non innovativa, **richiama proprio l’innanzi indicata teoria dei controlimiti.** In sostanza **si richiede che la Corte di Giustizia ritorni sulla posizione affermata con la recente sentenza del 2019 alla luce del principio vigente nell’ordinamento interno della soggettività della giurisdizione che costituisce principio inviolabile del nostro sistema, tenuto conto che lo stesso altro non è se non la proiezione processuale della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, com’è noto di natura sostanzialistica.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 30174-2019 proposto da:

RANDSTAD ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA A. BERTOLONI 26-B, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO BRUGNOLETTI che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

UMANA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato FEDERICO BERTOLDI; AZIENDA USL VALLE D'AOSTA, IN.VA S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA LUIGI CECI 21, presso lo studio dell'avvocato PAOLO BORIONI, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO DAL PIAZ; SYNERGIE ITALIA AGENZIA PER IL LAVORO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BERNARDO BUONTALENTI 39/41, presso lo studio del rag. PAOLA FRUSONE, rappresentata e difesa dall'avvocato ADOLFO MARIO BALESTRERI;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 5606/2019 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 07/08/2019.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07 /07 /2020 dal Consigliere ANTONIO PIETRO LAMORGESE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale CARMELO CELENTANO, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Santi Dario Tomaselli per delega dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti, Adolfo Balestreri, Francesco Dal Piaz e Federico Bertoldi.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Oggetto del procedimento principale e fatti pertinenti.

1.- L'Azienda Usi Valle d'Aosta aveva indetto una procedura di gara per un valore di oltre dodici milioni di euro, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare una Agenzia per il lavoro, cui affidare per tre anni la somministrazione temporanea di personale a tempo determinato.

2.- La Stazione appaltante aveva previsto negli atti di gara una «soglia di sbarramento» alle offerte tecniche, fissata a 48 punti, onde non sarebbero stati ammessi al prosieguo, della gara i concorrenti il cui progetto fosse stato valutato con un punteggio inferiore.

Alla procedura avevano partecipato otto concorrenti, tra i quali la Randstad Italia Spa, il raggruppamento formato da Synergie Italia Agenzia per il Lavoro Spa (mandataria) e Umana Spa (mandante) e la Gi Group Spa.

3.- La commissione di gara, valutate le offerte tecniche, aveva ammesso alla fase successiva della valutazione economica delle offerte soltanto il RTI Synergie-Umana e la Gi Group; aveva escluso la Randstad per mancato superamento della «soglia di sbarramento», avendo ottenuto un punteggio inferiore a quello richiesto.

4.- All' esito della graduatoria finale, la Stazione appaltante aveva aggiudicato la gara al RTI Synergie-Umana.

5.- La Randstad impugnava, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, la propria esclusione per il mancato superamento della «soglia di sbarramento» e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione della gara al RTI Synergie-Umana. Deduceva, al fine di ottenere la riammissione alla gara, l'irragionevolezza dei punteggi tecnici attribuiti alla propria offerta, nonostante l'evidente similarità della stessa con quella del RTI; la inadeguata determinazione dei criteri e sub-criteri di valutazione delle offerte indicati nel disciplinare di gara e il difetto di motivazione circa i voti numerici assegnati alle offerte; la illegittima nomina della commissione di gara, avvenuta dopo l'apertura delle offerte tecniche; la illegittima composizione della commissione con una persona incompatibile; la mancata suddivisione della gara in lotti.

6.- L'Azienda Usi Valle d'Aosta e il RTI Synergie-Umana resistevano ed eccepivano l'inammissibilità dei motivi di ricorso della Randstad: assumevano che quest'ultima fosse priva di legittimazione a proporli, essendo stata comunque esclusa dalla gara. La In.Va Spa, stazione appaltante, non si costituiva nel giudizio.

7.- Il Tribunale amministrativo regionale rigettava le eccezioni relative alla legittimazione della ricorrente (ad avviso del Tribunale, la Randstad legittimamente aveva partecipato alla gara, essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione, e ne era stata esclusa, a causa della valutazione negativa della sua offerta

tecnica, dunque essa era legittimata a contestare l'esito della gara in ogni suo profilo) e,

esaminando tutti i motivi di ricorso, li rigettava nel merito.

8.- La Randstad proponeva appello, in via principale, con il quale ribadiva le censure e gli argomenti difensivi svolti in primo grado.

9.- Le società Synergie e Umana proponevano appello in via incidentale e criticavano la sentenza del Tribunale amministrativo regionale nella parte in cui aveva ritenuto ammissibili ed esaminato nel merito le censure dirette al travolgimento della gara, in quanto impropriamente proposte da un soggetto non legittimato a proporle, come la Randstad, che era stata esclusa dalla competizione.

10.- Il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza del 7 agosto 2019, rigettava il motivo del ricorso principale con cui la Randstad contestava l'attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento della «soglia di sbarramento», all'esito del cosiddetto confronto «a coppie»; in accoglimento dei ricorsi incidentali di Synergie e Umana, riformava parzialmente la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale aveva esaminato nel merito gli altri motivi del ricorso principale che, ad avviso del Consiglio di Stato, non avrebbe dovuto esaminare perché inammissibili, essendo la Randstad priva di legittimazione a proporli perché esclusa dalla gara.

10.1.- Dunque, il Consiglio non esaminava nel merito gli altri motivi del ricorso principale proposti da Randstad - che contestavano i criteri generali di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti - diretti a contestare l'esito della gara e a determinarne il travolgimento. Osservava che, essendo stata esclusa, la Randstad era priva di legittimazione perché «portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara»: in tal senso affermava di aderire alla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio (sentenze n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 febbraio 2014), secondo la quale, nel caso

in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara un concorrente - sia per difetto delle condizioni soggettive di partecipazione alla gara intese in senso ampio, sia per altre cause derivanti da carenze oggettive delle offerte e, dunque, anche per inidoneità dell'offerta tecnica o mancato superamento della soglia di punteggio minimo attribuibile all'offerta medesima-, esso non ha la legittimazione ad impugnare gli atti di gara, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento della illegittimità della propria esclusione.

11.- Avverso questa sentenza la Randstad propone ricorso per cassazione; resistono con controricorsi la Synergie e l'Umana e, con unico controricorso, rAzienda Usi Valle d'Aosta e la In.Va. Le parti hanno presentato memorie.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale.

12.- La ricorrente Randstad deduce, con un unico motivo, la violazione degli articoli 362,

comma 1, cod. proc. civ. e 11 O cod. proc. amm., per avere il Consiglio di Stato negato ad un soggetto escluso dalla gara - con provvedimento la cui legittimità non era stata definitivamente accertata, essendo contestata nel giudizio - la legittimazione e l'interesse a proporre le censure volte al travolgimento della gara stessa, riguardanti la inadeguatezza dei criteri di valutazione delle offerte e il difetto di motivazione dei punteggi assegnati alle offerte, nonché le modalità di nomina e composizione della commissione di gara, ai fini dell'esclusione dell'aggiudicatario e comunque della ripetizione della gara; con conseguenziale violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, codificato in materia nell'articolo 1, par. 1, terzo comma, della Direttiva Cee 21 dicembre 1989, n. 665, e diniego di accesso alla tutela stessa, censurabile con ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, come statuito in precedenti specifici delle Sezioni Unite (sentenze 6 febbraio 2015, n. 2242 e 29 dicembre 2017, n. 31226).

12.1.- La ricorrente, a sostegno della denuncia di lesione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, secondo la Direttiva Cee n. 665 del 1989, invoca la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, secondo la quale idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara. In particolare, richiama le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica; 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, le quali - tutte pronunciate su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani - ripetutamente hanno escluso la possibilità che l'eccezione (e il ricorso incidentale) dell'aggiudicatario di una gara di appalto, al fine di ottenere l'esclusione dalla gara, o la conferma dell'esclusione, di un altro partecipante alla gara, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso (principale) e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualunque sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa. Nella stessa direzione è un altro arresto delle Sezioni Unite che ha ritenuto non condivisibile il principio, espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Ed infatti, tale principio - il quale, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima - denota una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo (Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294).

13.-I resistenti Azienda Usl, In.Va, Synergie e Umana svolgono argomenti difensivi convergenti che possono essere illustrati congiuntamente.

13.1.- Essi eccepiscono l'inammissibilità del ricorso che ritengono diretto a denunciare un vizio

della impugnata sentenza del Consiglio di Stato incensurabile dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (e a qualunque altro organo giurisdizionale), perché non riconducibile ad una ipotesi di violazione dei «limiti esterni» della giurisdizione amministrativa e, dunque, non integrante un motivo «inerente alla giurisdizione», che segna l'ambito delle attribuzioni proprie delle Sezioni Unite in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato. Il motivo in esame riguarderebbe una ipotetica violazione di legge non rientrante tra i motivi di ricorso per cassazione e, dunque, non più rimediabile, come statuito in un caso simile in un più recente arresto delle Sezioni Unite (16 maggio 2019, n. 13243) che ha aderito ad un orientamento espresso da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 18 gennaio 2018) successiva ai sopraindicati arresti delle Sezioni Unite del 2015 e 2017 (sub 12).

13.2.- E comunque, ad avviso dei resistenti, il vizio denunciato sarebbe inesistente per le seguenti ragioni.

a) Essi condividono le argomentazioni esposte dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata e negano l'esistenza di un contrasto con la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, che assumono non pertinente nella fattispecie in esame, in ragione del fatto che la Randstad era unica ricorrente in giudizio all'esito di una gara cui avevano partecipato anche altri operatori economici che non avevano proposto impugnazione, con la conseguenza che l'aggiudicazione a favore del RTI Synergie-Umana si sarebbe

definitivamente consolidata.

b) I resistenti affermano che il Consiglio di Stato abbia fatto corretta applicazione della giurisprudenza amministrativa, desumibile dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014, secondo cui un operatore economico che sia stato escluso da una gara per ragioni oggettive (come nella specie, per il mancato raggiungimento del punteggio minimo nella valutazione dell'offerta tecnica o, ad esempio, per l'assenza di requisiti specifici minimi richiesti dal bando o per anomalia dell'offerta) o per ragioni soggettive (ad esempio, per mancanza dei requisiti di moralità, di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria o tecnica), si trova in una posizione assimilabile a quella dell'operatore che non ha mai partecipato alla gara e non ha titolo per proseguire nella stessa, con la conseguenza che non sarebbe legittimato a contestarne l'esito per altre ragioni né a proporre motivi di censura diretti a fare caducare la gara stessa o a provocarne comunque la (possibilità della) riedizione. Ad avviso dei resistenti, si giustifica l'esame prioritario (e la valutazione del Consiglio di Stato di fondatezza) dell'eccezione e del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, al fine di fare dichiarare inammissibili le ulteriori censure proposte dal concorrente escluso (ricorrente principale) per contestare l'esito della gara, e dunque l'aggiudicazione stessa, per ragioni inerenti alla invalidità della procedura.

c) Essi affermano che la citate sentenze della Corte di giustizia (sub paragrafo 12.1) introducono una eccezione nel panorama giuridico nazionale perché danno ingresso ad un concetto di interesse ad agire ipotetico ed astratto (del concorrente escluso ad ottenere l'aggiudicazione all'esito della riedizione della gara), atteso che, soprattutto in presenza di più di due concorrenti, nel caso in cui sia esaminato ed accolto anche il ricorso principale del concorrente escluso dalla gara, oltre che il ricorso incidentale 1 ,f. 1 dell'aggiudicatario diretto

ad escludere (o a confermare l'esclusione) dell'altro concorrente, non è detto che la Stazione appaltante si determini a ripetere la gara, soprattutto in presenza di una valida offerta di un terzo partecipante alla gara.

Le disposizioni giuridiche pertinenti del diritto dell'Unione.

14.-Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 89/665/CE (modificata dalla direttiva 2007 /66/CE), rubricato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»:

« 1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva [2004/18], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 1 O a 18 di tale direttiva. Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono(...).

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, [per lo meno] a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione (...)».

Ai sensi dell'articolo 2 («Requisiti per le procedure di ricorso»), paragrafo 1, della citata direttiva:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:(...) b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...)».

Il secondo e terzo considerando della direttiva 89/665 sono formulati come segue:

« [C]considerando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire [!]applicazione [effettiva delle direttive in materia di appalti pubblici] non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto».

Il terzo considerando della direttiva 2007 /66/CE è così formulato:

«(...)le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive [in particolare della direttiva 89/665] dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17 /CE (...)».

Il diciassettesimo considerando della direttiva da ultimo citata recita:

«Una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione».

Ai sensi dell'articolo 2 («Principi di aggiudicazione degli appalti») della direttiva 2004/18/CE («relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi»):

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

Le disposizioni giuridiche pertinenti del diritto nazionale.

15.- L'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana recita:

«Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione», mentre contro le sentenze di tutti gli altri organi giurisdizionali il ricorso è ammesso anche per violazione di legge.

L'articolo 65, primo comma, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario, recita:

«La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

Analoghe disposizioni si ritrovano nei codici di procedura civile e penale e nel codice del processo amministrativo.

L'articolo 360, primo comma, n. 1, cod. proc. civ. recita:

«Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione (...)»; l'articolo 362, primo e secondo comma, cod. proc. civ. recita:

« 1. Possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'articolo 325 secondo comma, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso. 2. Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari; 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario»; l'articolo 620, primo comma, lett. c), cod. proc. pen. prevede tra i casi di annullamento della sentenza senza rinvio da parte della Corte di Cassazione quello in cui «il provvedimento impugnato contenga disposizioni che eccedano i poteri della giurisdizione, limitatamente alle medesime»;

l'articolo 110 cod. proc. amm. («Motivi di ricorso») recita:

«Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»;

l'articolo 91 cod. proc. amm. («Mezzi di impugnazione») stabilisce che «i mezzi di impugnazione delle sentenze [dei giudici amministrativi] sono l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

A norma dell'articolo 111 cod. proc. amm. («Sospensione della sentenza»). Pendendo il ricorso per cassazione, «Il Consiglio di Stato su istanza di parte, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre opportune misure cautelari».

L'articolo 395 («Casi di revocazione») del codice di procedura civile recita:

«Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato».

16.- L'articolo 1 («Effettività») del codice del processo amministrativo dispone quanto segue:

« 1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»;

L'articolo 2 cod. proc. amm. («Giusto processo») dispone, al primo comma, quanto segue:

«Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione».

L'articolo 100 del codice di procedura civile dispone quanto segue:

«Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

L'art. 102 cod. proc. amm. («Legittimazione a proporre appello») dispone, al primo comma, quanto segue:

« 1. Possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado».

L'articolo 112 del codice di procedura civile dispone quanto segue:

«Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti».

L'articolo 2697 del codice civile recita:

«Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

L'articolo 2909 del codice civile ha il seguente tenore:

«L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

L'articolo 35 del codice del processo amministrativo («Pronunce di rito») recita:

<<1. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: [...] b) inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».

L'articolo 42 cod. proc. amm. («ricorso incidentale e domanda riconvenzionale»), al primo comma, recita:

« 1. Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale(...)».

Prima questione pregiudiziale. Premessa.

17.- Se fosse fondata l'eccezione, sollevata dai resistenti, di inammissibilità del ricorso per cassazione per le ragioni illustrate (sub paragrafo 13.1), la causa potrebbe definirsi in rito, in

ragione della asserita estraneità del motivo di ricorso formulato da Randstad alla tipologia dei motivi di ricorso proponibili per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato. I resistenti sostengono che quello proposto non sarebbe configurabile come motivo «inerente alla giurisdizione» ma, in ipotesi, come una ordinaria ipotesi di violazione di legge non censurabile con ricorso per cassazione, a prescindere e indipendentemente dalla tipologia e gravità della violazione denunciata.

18.- In questa prospettiva, non sarebbe rilevante accertare l'esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con i precedenti della Corte di giustizia, né acquisire preliminarmente l'esatta interpretazione delle norme del diritto dell'Unione pertinenti nella fattispecie mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, a norma dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, visto che comunque l'eventuale violazione del diritto dell'Unione imputabile al Consiglio di Stato non sarebbe censurabile con ricorso per cassazione.

19.- Questa prospettiva, che avrebbe l'effetto di fare consolidare una grave violazione del diritto dell'Unione in un momento in cui essa è ancora rimediabile, non è condivisibile. Ad avviso del Collegio, la violazione denunciata da Randstad è configurabile come questione inerente alla giurisdizione e, dunque, censurabile come

motivo di ricorso per cassazione.

20.- Tuttavia, la possibilità di giudicare ammissibile il ricorso di Randstad e dare corso all'esame nel merito dello stesso è ostacolata da una prassi interpretativa nazionale, che ha preso le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) la quale si è espressa in senso opposto. Seguendo tale sentenza, il ricorso in esame dovrebbe essere dichiarato inammissibile, a prescindere da ogni valutazione circa la esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

21.- La compatibilità del suddetto orientamento con il diritto dell'Unione, e dunque la sua vincolatività per le Sezioni Unite, è dubbia e ciò induce a chiedere, in via pregiudiziale, l'intervento interpretativo della Corte di giustizia.

Il sindacato delle Sezioni Unite sulle sentenze del Consiglio prima della sentenza della Corte costituzionale del 2018.

22.- Sebbene il Consiglio di Stato sia configurato nell'art. 6, primo comma, cod. proc. amm. come «organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa», avverso le relative sentenze l'ordinamento nazionale ammette il ricorso per cassazione alle Sezioni Unite (le cui radici risalgono alla legge 31 marzo 1877, n. 3761), ma lo limita ai soli motivi inerenti alla giurisdizione, diversamente da quanto previsto per le impugnazioni delle sentenze dei giudici ordinari e degli altri giudici speciali che sono ammesse per qualunque violazione di legge. Nel diritto nazionale le Sezioni Unite vigilano sul «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (articolo 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario).

23.- Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è da molto tempo acquisito e applicato il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo (tra le tante, Cass., Sez. Un., 19 settembre 2019, n. 22784; 12 dicembre 2012, n. 22784; 29 aprile 2005, n. 8882; 15 marzo 1999, n. 137; 18 maggio 1965, n. 964; 17 aprile 1963, n. 948; 14 marzo 1959, n. 760; 22 gennaio 1924, Sessi c. Malvezzi; 23 febbraio 1924, Mutua Marittima Naz. C. Ministero della Marina). Le sentenze del Consiglio di Stato sono sindacabili per difetto di giurisdizione anche nei casi più gravi di irregolare costituzione dell'organo giudicante (Cass., Sez. Un., 26 luglio 2011, n. 16246), sulla base di un orientamento risalente nel tempo (Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008).

23.1.- Alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione - la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (articolo 111, ottavo comma, della Costituzione) - nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, la eroghi concretamente. Le Sezioni Unite, in fattispecie relative a domande di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, hanno ritenuto che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento amministrativo lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato, con la conseguenza che il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione, e la sua decisione si presta a cassazione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno sia rifiutato dal Consiglio di Stato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non siano stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti (Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254 e 13 giugno 2006, n. 13659). Si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale (Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964; 12 ottobre 2015, n. 20413; 30 ottobre 2013, n. 24468; 14 settembre 2012, n. 15428).

24.- Sulla base di queste coordinate, le Sezioni Unite hanno giudicato ammissibili e accolto i

ricorsi, in diverse materie, avverso sentenze con le quali il Consiglio di Stato, pur avendo la giurisdizione nella controversia, in concreto aveva esercitato poteri giurisdizionali di cui era sfornito, in tal modo superando i limiti esterni della propria giurisdizione. A titolo esemplificativo, possono menzionarsi, negli ultimi anni, precedenti relativi a controversie in materie concernenti sia il diritto dell'Unione europea (Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242 e 29 dicembre 2017, n. 31226), sia il diritto nazionale, come nei casi di indebita invasione delle attribuzioni di organi di rilevanza costituzionale (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302 e 5 ottobre 2015, n. 19787), del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812 e 14 dicembre 2016, n. 25625), di autorità amministrative (Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1836 e 17 febbraio 2012, n. 2312, quest'ultima in tema di indebita sostituzione del giudice amministrativo nel compimento di valutazioni discrezionali proprie dell'autorità aggiudicatrice di appalti pubblici) e nei casi di esercizio da parte del Consiglio di Stato di poteri di cognizione estesa al merito anziché limitata ai soli profili di legittimità (Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978).

25.- Con riferimento alle controversie inerenti al diritto dell'Unione europea, con la sentenza n. 2242 del 2015, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza impugnata del Consiglio di Stato che, avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale dell'aggiudicatario deducente la presenza di cause ostative alla partecipazione alla gara del concorrente escluso (ricorrente principale), aveva omesso di esaminare le censure di quest'ultimo dirette a contestare la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente, in contrasto con i principi enunciati dalla Corte di giustizia UE 4 luglio 2013, C-100/12 (Fastweb). Analogamente, con la sentenza n. 31226 del 2017, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato che, in accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, aveva dichiarato improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il concorrente escluso contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario (secondo il Consiglio di Stato l'interesse finale alla ripetizione della gara per effetto dell'esclusione di entrambi i concorrenti non trovava corrispondenza in un dovere giuridico della stazione appaltante). Le Sezioni Unite, rilevando il contrasto del suddetto orientamento con la giurisprudenza della Corte di giustizia (anche con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica), hanno osservato che «basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione».

26.- L'orientamento consolidato delle Sezioni Unite (sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 di cui si dirà) era nel senso che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione - che l'articolo 111, ottavo comma, Cost., affida alla vigilanza della Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori «in iudicando» o «in procedendo», «salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo 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» (in tal senso Sez. Un., n. 31226 del 2017 citata; in senso conforme, Sez. Un.; 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; n.

2242 del 2015 citata).

27.- Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11) aveva evidenziato «come sia già (...) presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per "errores in iudicando" o "in procedendo" che danno luogo al superamento del limite esterno (...). In questi "casi estremi" (...) si impone la Cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria"». **L'orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.**

28.- Tuttavia, come si è detto, in senso contrario all'orientamento giurisprudenziale fino ad allora seguito dalle Sezioni Unite, è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, la quale ha ritenuto che «l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno [quindi non] può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu (...) [non potendo essere ricondotto] al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata) [come quella derivante dalla violazione del diritto dell'Unione europea]».

Ad avviso della sentenza da ultimo citata, la violazione da parte del Consiglio di Stato del diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia, integrerebbe una semplice violazione di legge, incensurabile con lo strumento del ricorso per cassazione, così come nei «casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme».

29.- La suddetta presa di posizione della Corte costituzionale è stata ritenuta vincolante e recepita nella giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, nella quale non è più presente (anzi è espressamente escluso) il riferimento alla «ipotesi estrema» del contrasto con sentenze della Corte di giustizia come ipotesi di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (in tal senso, Cass, Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; 11 novembre 2019, n. 29085; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773).

30.- Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243), in una fattispecie disciplinata dal diritto dell'Unione concernente l'aggiudicazione di una gara di appalto pubblico, hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione del concorrente escluso avverso la

sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la decisione di primo grado che aveva prioritariamente esaminato e accolto il ricorso incidentale

(cosiddetto «escludente») con cui laggiudicatario deduceva profili di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale. In tal modo, le Sezioni Unite hanno affermato la necessità di «rimeditare la questione» e di superare i propri precedenti del 2015 (n. 2242) e 2017 (n. 31226), affermando che «non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del

2018) che, identificando gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti e i limiti del ricorso ex art. 111 Costituzione, comma 8, ha pronunciato in merito a una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti, esercitando la funzione propria di interprete ultimo delle norme costituzionali. In considerazione di

quanto sopra evidenziato, deve ritenersi che il vizio denunciato nella decisione del Consiglio di Stato non possa essere ricondotto ad una ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso».

31.- Di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi è (o si afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sarebbero rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione stessa e a dare attuazione diretta agli interessi giuridici

tutelati dal diritto dell'Unione.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e le motivazioni del rinvio sulla prima questione pregiudiziale.

32.- L'orientamento sopra illustrato (sub paragrafi 24-27), in base al quale le Sezioni Unite ritenevano ammissibile il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto dell'Unione, era fondato sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia (nella specie, con le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18; 5 aprile 2016, C-689/13; 4 luglio 2013, C- 100/12), esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione - per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale – censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione. Diversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle

controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all' esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del

diritto dell'Unione.

33.- Ed infatti, «il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, C-26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi» (Corte di giustizia, 14 dicembre 1991, Parere n. 1/91, p. 21; 3 aprile 1968, C-28-67, Westfalen/Lippe GmbH; 15 luglio 1964, C-6/64, Costa; secondo quest'ultima «il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia»).

34.- Il richiamato orientamento delle Sezioni Unite (sub paragrafi 24-27) - che aveva interpretato le pertinenti disposizioni processuali nazionali nel senso di ritenere inerenti alla giurisdizione e dunque ammissibili, come motivi di ricorso per cassazione, le censure proposte per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce della Corte di giustizia interpretative del diritto dell'Unione - era determinato dalla necessità di dare attuazione alle «(...) statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee [che] hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985)» (in tal senso, Corte costituzionale, 13 luglio 2007, n. 284) ed obbligano gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alle norme del diritto dell'Unione.

35.- A venire in rilievo è l'obbligo degli Stati di dare leale attuazione al principio secondo cui il giudice nazionale «è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione(...) fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giudiziario di grado superiore qualora esso ritenga (...) che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione» (Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 ottobre 2010, C-173/09, Elchinov, p. 30; Grande Sezione, 5 luglio 2016, C-614/14, Atanas Ogniano, p. 28; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13, p. 38). Quest'ultima decisione ha precisato che «l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Simmenthal, 106/77, EU:C: 1978:49, punto 20)» (Corte di giustizia, 5 aprile 2016, Puligienica, p. 39-40).

36.- L'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione (le sentenze del Consiglio di Stato acquistano forza di giudicato dopo la scadenza dei termini di impugnazione fissati nell'art. 92 cod. proc. amm. o all'esito dell'infruttuoso esperimento del ricorso per cassazione). Ed infatti, la direttiva 89/665 «è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (Corte di giustizia, 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a., C-391115, p. 30)» (Corte di giustizia, 5 settembre 2019 cit., Lombardi, p. 21). Altrimenti verrebbe eluso l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'articolo 1, terzo comma, della stessa direttiva, di garantire che «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile».

37.- Il ricorso per cassazione costituisce l'unico strumento per reagire a violazione del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive). La Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 2018, riconosce che «specialmente nell' ipotesi di

sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali. il problema indubbiamente esiste», ma osserva che «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione [quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi], eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'articolo 395 cod. proc. civ.». Tale rimedio, tuttavia, non è previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione che siano addebitate agli organi giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost. 27 aprile 2018, n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte cost. 2 febbraio 2018, n. 19). Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 cod. proc. civ.) e, specialmente, quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. E' comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione.

38.- L'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2018, che preclude alle Sezioni Unite di esaminare nel merito i ricorsi denunciati il contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, determina il consolidamento della violazione di tale diritto ed espone lo Stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità. Ciò in contrasto con il principio secondo cui «Nel consentire

agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie» (Corte di giustizia, 7 febbraio 1973, C-39/72, Commissione europea c. Repubblica italiana, p. 24).

39.- Il riferimento al principio di «autonomia procedurale» degli Stati membri, in base al quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, lungi da fugare, in realtà, alimenta il dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione, che deve essere sciolto dalla Corte di giustizia.

40.- Ed infatti, se é vero che «conformemente alla giurisprudenza costante della Corte [di giustizia], in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all' ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, in forza del principio di autonomia procedurale», ciò vale tuttavia alla duplice condizione «che [tali modalità] non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal, C-161115, punto 24 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che le due condizioni cumulative, vale a dire il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, devono essere rispettate affinché uno Stato membro possa far valere il principio dell'autonomia processuale nei casi disciplinati dal diritto dell'Unione (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal (...),punto 25» (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3116, p. 48-49).

41.- La Corte ha precisato che «per quanto riguarda il principio di equivalenza, si deve ricordare che esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno [seguono richiami di giurisprudenza]» (tra le tante, Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, p. 50).

41.1.- Invero, non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputa di avere

svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia.

41.2.- La suddetta prassi giurisprudenziale non sembra in linea con il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, imposto dal diritto dell'Unione, il quale «esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non sfociare in un risultato contrario a quello cui mira la direttiva in questione [seguono richiami di giurisprudenza]» (Corte di giustizia, 15 settembre 2011, C-53110, Land Hessen, p. 33). La «esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è insita nel sistema del Trattato FUE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia di cui è investito (sentenza del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 114)» (Corte di giustizia, 26 ottobre 2016, C-611-14, Canal Digital Danmark A/S, p. 33). In una fattispecie come quella in esame, il ricorso per cassazione sarebbe (e fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 è stato ritenuto) ammissibile anche in base al diritto nazionale, sotto il profilo del difetto o eccesso di potere giurisdizionale del giudice che abbia esercitato poteri giurisdizionali di cui è privo (per le ragioni indicate sub paragrafo 32), quando ha (o si sostiene che abbia) applicato regole processuali contrastanti con sentenze della Corte di giustizia, quindi incompatibili con il diritto dell'Unione.

42.- «Dall'altro lato, per quanto riguarda il pnc1p10 di effettività, una norma di procedura nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, non deve essere tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenza del 20 ottobre 2016, Danqua, C-429/15, punto 29), (...) tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento e dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo dinanzi ai diversi giudici nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del

procedimento (sentenza del 21 febbraio 2008, Tele2 Telecomunicazioni, C-426-05, punto 55)» (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, p. 52-53). Una rilevante declinazione del principio di effettività trova specifico riconoscimento negli articoli 19, par. 1, comma 2, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali impongono agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (ad esempio, Corte di giustizia, 4 giugno 2013, C-300/11, ZZ, p. 55, 57, 65). Nell'ordinamento nazionale la «tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» costituisce

obiettivo proclamato anche nel codice del processo amministrativo (articolo 1).

43.- La prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come quella in esame, sembra non corrispondente nemmeno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale.

43.1.- Con riguardo al rispetto dei diritti della difesa e del regolare svolgimento del procedimento, la Corte di giustizia ha chiarito che gli Stati membri non possono fare valere il

principio di autonomia procedurale nella conformazione degli istituti processuali in una fattispecie concernente la domanda di tutela proposta dai partecipanti ad una gara di appalto, in relazione alla quale «risulta dall'articolo 1, paragrafo L terzo comma, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso» (sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 33).

43.2.- Analogo dubbio può essere avanzato con riguardo ai principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini, se si considera che analoghi ricorsi per cassazione, in controversie similari aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti di esclusione e aggiudicazione di gare di appalto disciplinate dal diritto dell'Unione, sono stati dichiarati ammissibili e accolti quando decisi dalle Sezioni Unite prima del 18 gennaio 2018 (data della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018), mentre sono stati dichiarati inammissibili quando decisi dopo tale data (v. Cass., Sez. Un., n. 13243 del 2019), pur se presentati in epoca precedente, senza che la diversità di esito sia stata determinata da modifiche normative introdotte da legislatore dell'Unione europea o da sentenze della Corte di giustizia sopravvenute.

44.- I limiti alla autonomia procedurale degli Stati (in relazione ai principi di equivalenza ed effettività) non subiscono deroghe in considerazione della natura amministrativa della materia (riguardante l'aggiudicazione degli appalti), tanto più che, nell'originale sistema giurisdizionale italiano, la materia amministrativa non è «riservata» ai giudici amministrativi ma è ripartita tra questi ultimi e i giudici ordinari, spesso sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo, che producono esse l'effetto di fare radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di cassazione ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione (come accade per le sentenze del Consiglio di Stato, diversamente da quanto previsto per le

sentenze degli altri organi giurisdizionali). La nozione di giurisdizione è tuttavia sufficientemente ampia da fare ritenere a queste Sezioni Unite - le quali vigilano sul «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (articolo 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario) - che il ricorso per cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione.

45.- Infine non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111, ottavo comma, della Costituzione), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame. «E' infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11170, Internationale Handelsgesellschaft, punto 3)» (Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/106, Winner Wetten GmbH, p. 61; anche 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio, p. 19; 17 ottobre 1989,

C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Ibérica SA, p. 38). All'applicazione del diritto

comunitario non è di ostacolo l'esistenza di disposizioni nazionali contrastanti, anche se conformi a (o esecutive di) principi costituzionali (Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil, p. 12). Secondo giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni (e le prassi interpretative) nazionali contrastanti, «senza che ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale [seguono richiami di giurisprudenza]» (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, p. 49; tra le tante, sentenze 4 maggio 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C-473/03, Michel Mulliez e a, p. 38; 19 gennaio 2010, C-555/07, Seda Kilcilkdeveci, p. 54).

46.- Quesito sulla prima questione pregiudiziale.

Il primo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:

Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2. e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362. Primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione¹ sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali.

Seconda questione pregiudiziale. Premessa.

47.- Ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione, si imporrebbe la valutazione della compatibilità della sentenza impugnata del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione sulla questione concernente la legittimazione del concorrente escluso a contestare la propria esclusione mediante la critica dell'aggiudicazione della gara ad un altro concorrente, sulla base di censure dirette al travolgimento e alla ripetizione della procedura di gara.

48.- Tale questione, secondo la tesi della ricorrente Randstad, dovrebbe essere risolta facendo

applicazione dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nei tre precedenti citati (sub paragrafi 12.1, 25, 36, 43 .1) su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani.

49.- Permane, tuttavia, incertezza circa la possibilità di offrire alla questione controversa una soluzione analoga a quella espressa nei precedenti richiamati, in considerazione del fatto che, nella fattispecie in esame, non è messa in discussione la legittimità dell'ammissione (cioè il possesso dei requisiti di partecipazione) alla gara

del concorrente escluso né dell'aggiudicatario (come invece nei casi esaminati nelle sentenze 5 settembre 2019, C-333118, Lombardi, p. 8-9 e 5 aprile 2016, C-689113, Puligienica, p. 13-14). Il ricorrente principale, pur avendo contestato (infondatamente secondo la valutazione operata dai giudici amministrativi in primo grado e in appello) la valutazione della propria offerta tecnica (sulla base dei criteri di valutazione indicati

nel disciplinare di gara), cui è conseguito il mancato superamento della «soglia di sbarramento», ha proposto ulteriori motivi di impugnazione - concernenti i criteri di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti - che contestavano in radice le operazioni e l'esito della gara, al fine di provocare il travolgimento e la ripetizione della stessa, motivi giudicati inammissibili dal Consiglio di Stato, in accoglimento in via prioritaria dell'eccezione di inammissibilità (e del ricorso incidentale) dell'aggiudicatario basati sul difetto di interesse del ricorrente principale a coltivare l'impugnativa.

50.- Sulla suddetta questione il Collegio ritiene necessario interpellare la Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tuttavia, l'attuale orientamento delle Sezioni Unite è nel senso di escludere sia la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391 del 15 novembre 2018; n. 30301 del 17 dicembre 2017; n. 32622 del 18 dicembre 2018; n. 25629 del 14 dicembre 2016; n. 2403 del 4 febbraio 2014), sia la stessa possibilità per le Sezioni Unite, dinanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, di operare il rinvio pregiudiziale (Cass., Sez. Un., n. 6460 del 6 marzo 2020; n. 14042 dell'8 luglio 2016). Questo orientamento suscita dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione che ne mette in discussione la vincolatività per queste Sezioni Unite e che si chiede alla Corte di giustizia di sciogliere.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e le motivazioni del rinvio sulla seconda questione pregiudiziale.

51.- Preliminarmente si osserva che, ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con pronunce della Corte di giustizia, sarebbe poco coerente un orientamento che contestualmente affermasse l'inammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare l'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio o a sollecitare le Sezioni Unite ad utilizzare lo strumento di cui all' articolo 267 TFUE, che è necessario e insostituibile per fare emergere il contrasto della sentenza amministrativa impugnata con il diritto dell'Unione, come

interpretato

dalla Corte di giustizia.

52.- La tesi secondo cui l'unico rimedio praticabile in caso di violazione del diritto dell'Unione sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato (v. sub paragrafo 31) non sembra condivisibile, trattandosi di un rimedio indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni (Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, Kobler; 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo spa; 24 novembre 2011, C-37911 O, Commissione c. Repubblica italiana). **53.-** In ogni caso, il fatto che per reagire ad una violazione dell'obbligo di rinvio si debba ricorrere ai principi dell'illecito comunitario dimostra che la violazione stessa, in quanto tale, resta priva di un rimedio che consenta di evitare che il giudice di ultima

istanza, sottraendosi all'obbligo di rinvio, impedisca di fatto, in primo luogo, alla Corte di giustizia di svolgere il ruolo di interprete autentico del diritto dell'Unione ad essa affidato dal Trattato istitutivo e, in secondo luogo, alle Sezioni Unite di esercitare la funzione di garanzia, che le è affidata nell'ordinamento nazionale, inerente al rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, cit.), tanto più, come si è detto (sub paragrafi 27 e 36), in un momento in cui è ancora possibile evitare la formazione del giudicato contrastante con il diritto dell'Unione.

54.- Ad avviso del Collegio, il giudice nazionale che, in assenza delle condizioni tassativamente indicate dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81, p. 14) che esonerano il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, ometta senza motivare di effettuare tale rinvio - anche «nuovamente» quando sia necessario per la decisione della causa principale (v. Corte di giustizia, 5 marzo 1986, C-69/85, p.14) - e decida la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione di tale diritto, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell'ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

55.- L'articolo 267 TFUE «istituisce una procedura di cooperazione diretta tra la Corte di giustizia e i giudici degli Stati membri [la quale é] fondata su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte» (Corte di giustizia, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, C-106116, Polbud, p. 27; 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C- 62/14, p. 15) di cui non sono tollerate indebite commistioni. « [I]l procedimento di rinvio pregiudiziale (...) costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale nell'Unione europea il quale(...) mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (v. parere 2/13, del 18 dicembre 2014, punto 176 e giurisprudenza ivi citata) (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 15).

56.- Le norme nazionali di procedura «non possono ridurre la competenza e gli obblighi incumbenti sul giudice nazionale in quanto giudice di rinvio, ai sensi dell'art. 267 TFUE» e «non devono essere applicate [quando] abbiano l'effetto di ledere tale competenza» (Corte di

giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12, p.12).

57.- L'articolo 267 TFUE vieta agli Stati membri di limitare, mediante norme legislative o prassi interpretative nazionali, la facoltà delle giurisdizioni, anche non di ultima istanza, di operare il rinvio alla Corte, in quanto il giudice nazionale ha il dovere di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione (Corte di giustizia, 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, Melki e Abdeli, p. 40-45; 15 gennaio 2013, C-416/10, Krizan, e a., p. 65-73). «L'articolo 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti. I giudici nazionali sono d'altronde liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento da essi ritenuto opportuno (v. sentenze del 5 ottobre 2010 O, Elchinov, C-173/09, punto 26 e giurisprudenza IVI citata, nonché dell'11 settembre 2014, A,C-112/13, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)» (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 17).

58.- Dubbia è dunque la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'orientamento interpretativo di cui si è dato conto (sub paragrafo 50) che in radice esclude la possibilità per le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite da un mezzo di impugnazione ordinaria, qual è il ricorso per cassazione, di esaminarlo nel merito quando sia denunciata la immotivata violazione dell'obbligo di rinvio da parte del Consiglio di Stato e di effettuare direttamente il rinvio pregiudiziale, al fine di accertare l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la compatibilità della sentenza impugnata con il diritto dell'Unione.

59.- Il suddetto orientamento che vieta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale - il cui scopo è proprio quello di «evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie» (Corte di giustizia, 12 giugno 2008, C-458/06, p.) - favorisce il consolidamento del suddetto orientamento nell'ordinamento nazionale, tenuto conto che l'erronea soluzione data da un giudice di ultima istanza a questioni di diritto dell'Unione europea rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie e comporta la lesione definitiva dei diritti del singolo.

60.- Quesito sulla seconda questione pregiudiziale.

Il secondo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e l'IO del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale». non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Ci(fit, C-238/81) che esonerano il giudice

nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale. che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la unanime applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. Le motivazioni del rinvio sulla terza questione pregiudiziale.

61.- La terza questione pregiudiziale riguarda la compatibilità della decisione assunta dal Consiglio di Stato con i principi del diritto dell'Unione, più volte espressi in materia dalla Corte di giustizia.

Il punto di vista del Collegio è nel senso che le censure proposte da Randstad siano ammissibili e, quindi, avrebbero dovuto essere esaminate nel merito dal Consiglio di Stato, come già rilevato nel giudizio dal Tribunale amministrativo regionale, secondo il quale «Nel caso in esame la ricorrente [Randstad] ha partecipato alla gara essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione e ne è stata esclusa a causa della valutazione non positiva della sua offerta tecnica. Essa quindi è legittimata a contestare la gara in ogni suo profilo, a partire dal bando. Le censure che essa ha proposto sono quindi tendenzialmente tutte ammissibili».

62.- La posizione del concorrente ad una gara di appalto che, contestando la propria esclusione, proponga censure miranti ad ottenere la ripetizione della gara e, di conseguenza, il travolgimento della aggiudicazione al concorrente, non è assimilabile a quella dell'operatore che non abbia mai partecipato alla gara, fino a quando non si sia formato il giudicato sulle ragioni della sua impugnazione (cfr. Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30-33; nella sentenza 11 maggio 2017, C- 131/16, Archus, p. 58, la Corte ha osservato che «[n]el procedimento principale [...] l' Archus e la Gama hanno proposto ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, adottate contemporaneamente, e non possono quindi essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico»).

63.- La Corte di giustizia «ha già avuto occasione di rilevare [che] il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza(...) (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, [Puligenica], C- 789/13, p. 29)» (Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30 e 25).

64.- Ed infatti, «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto [o la inammissibilità] del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri (...) In tale situazione l'amministrazione

aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa (...) L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere

considerata in proposito sufficiente» (Corte di giustizia, Lombardi, cit., p. 24, 28, 29; cfr. Puligienica, cit., p. 28; Fastweb, cit., p. 33). Secondo la Corte di giustizia, «tale interpretazione trova conferma nelle disposizioni dell'articolo 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/113, che prevedono espressamente un diritto degli offerenti non esclusi definitivamente a esperire un ricorso in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatari» (11 maggio 2017, C- 131116, Archus, p. 56 e 58).

65.- In altri termini, non si può escludere che, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e di procedere di conseguenza all'indizione di una nuova gara, evidenziandosi l'esistenza di un interesse legittimo dello stesso ricorrente all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e alla ripetizione della gara. Conforme è l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite nel 2017: «basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione» (Cass., Sez. Un., n. 31226 del 2017).

66.- Quesito sulla terza questione pregiudiziale.

Il terzo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333118; 5 aprile 2016, Fu/igienica, C-689113; 17 luglio 2013, Fastweb, C- 1 00112, in relazione agli articoli I, par. 1 e 3, e 2. par. I, della direttiva 89/166/CEE, modificata dalla direttiva 2007/166/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare.

Istanza di trattazione con rito accelerato.

67.- In base all'articolo 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012, si richiede che il presente rinvio pregiudiziale sia deciso con procedimento accelerato.

Sussistono ragioni serie e specifiche che impongono di rimuovere in tempi brevi gravi incertezze su questioni fondamentali di rilievo costituzionale nazionale, quali sono quelle implicate nelle questioni pregiudiziali, inerenti al significato da attribuire al diritto dell'Unione europea. L'ampiezza del contenzioso pendente dinanzi alle Sezioni Unite, avente ad oggetto l'impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato in controversie vertenti sull'applicazione del diritto dell'Unione, attesta un grave stato di incertezza sull'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini riconosciuti dal diritto dell'Unione e sulla stessa portata ed efficacia di tale diritto. L'incertezza, che è necessario dirimere in maniera sollecita, è tanto più grave in quanto riguarda un settore nevralgico della politica comune dell'Unione, qual è quello delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, anche in considerazione della necessità di evitare che si consolidi una giurisprudenza nazionale che, provenendo da un giudice di ultima istanza, qualora in contrasto con il diritto dell'Unione, rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie.

P.Q.M.

La Corte, visto l'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea indicate nei paragrafi 46, 60 e 66 della motivazione;

chiede che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato;

sospende il giudizio sino alla definizione delle suddette questioni pregiudiziali;

ordina la trasmissione di copia della presente ordinanza, unitamente agli atti dei giudizi, alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 luglio 2020.