

La sentenza Randstad del 21.12.21: la Corte di giustizia definisce il contrasto tra le Sezioni unite e la Corte costituzionale e censura il Consiglio di stato. Ma non tutto sembra risolto.

di Sergio Galleano¹

Sommario: 1. La vicenda. 2. Le conclusioni dell'Avvocato generale Hogan. 3. La sentenza del 21.12.21. 4. La censura della giurisprudenza del Consiglio di Stato. 5. I rimedi per la tutela dei singoli di fronte alla violazione della direttiva 98/665. 6. Il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di stato. 7. Conclusioni

1. La vicenda

La controversia ora decisa dalla Corte di giustizia è ben nota ed è stata oggetto di numerosi commenti² con riferimento all'ordinanza di rimessione delle Sezioni unite della Corte di cassazione che aveva suscitato non poche perplessità.

Il caso riguardava l'esclusione della Randstad da una procedura di aggiudicazione di un appalto. La società aveva proposto impugnazione avverso l'esclusione ma aveva avanzato anche domanda di annullamento dell'appalto per vizi della procedura.

1 Avvocato in Milano e Roma.

2 Anche di chi scrive: v. S. Galleano, *Alcune considerazioni sull'ordinanza pregiudiziale 19598/20 delle Sezioni unite, in attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale in Cgue*, su questa rivista, 11.09.21. Gli interventi più rilevanti, già citati nel commento indicato v. Tra i tanti: S. Barbareschi e L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; R. Bin, *È scoppiata la "terza guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, ivi (paper), 18 novembre 2020; G. Costantino - A. Carratta - G. Ruffini, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, *Giustizia insieme*, 19 ottobre 2020; M. Francaviglia, in *Diritti comparati*, 33.10.2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2020, pp. 675 ss.; B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, ivi, 30 novembre 2020; E. Scoditti e G. Montedoro, *Il giudice amministrativo come risorsa*, *Questione giustizia.it*; P.L. Tomaiuolo, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta on line*, n. 3/2020, pp. 689 ss.; G. Tropea, *Il Golem europeo e "i motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foro news*, 12 ottobre 2020; M. Santise, *L'eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 14.01.21. Ai quali si aggiunge, per completezza, V. De Michele, *È la cassazione il giudice di ultima istanza in caso di manifesta violazione del diritto dell'Unione? La pregiudiziale Ue delle Sezioni unite contro il giudicato del Consiglio di Stato che non applica le sentenze della Corte di giustizia*, in questa rivista 01.03.21.

Il giudice di primo grado aveva confermato l'esclusione ma, disattendendo l'eccezione riconvenzionale del difetto di legittimazione del concorrente escluso avanzata dall'impresa che aveva vinto l'appalto, si era pronunciato anche sui vizi dedotti dalla Randstad, ritenuti comunque anch'essi infondati.

Il Consiglio di Stato, in sede di appello, aveva confermato la sentenza in punto esclusione ma aveva anche censurato la sentenza del Tar, annullandola, nella parte in cui aveva esaminato (pur rigettandoli) i vizi della procedura dedotti, secondo il principio che la Randstad non avrebbe avuto interesse a impugnare la regolarità della procedura essendone ormai stata esclusa.

Il Consiglio di Stato aveva così impedito alla Randstad di vedere comunque esaminati anche gli ulteriori motivi di ricorso avrebbero potuto, se accolti, avere l'effetto di indurre l'amministrazione appaltante a disporre una nuova gara alla quale avrebbe così potuto partecipare.

E tanto in palese violazione della giurisprudenza della Corte di giustizia che, dopo una prima valutazione³, con successive sentenze aveva stabilito, tenuto anche conto della seconda "direttiva ricorsi"⁴ (che ha inserito la nozione di "offerente interessato"⁵) la necessità di tutelare, oltre che l'interesse dell'escluso, anche quello della correttezza dello svolgimento della procedura. In particolare, costituiscono in tal senso arresti definitivi le decisioni Fastweb del 2013⁶, Puligienica del 2016⁷ e Lombardi del 2019⁸

Senza contare che, sempre nel caso di fondatezza delle censure, si sarebbe evitato l'affidamento di lavori illegittimamente appaltati.

3 Sentenza Hackermuller del 19 giugno 2013, in causa C-249/01: sul punto si veda B. Nascimbene e P. Piva, *"Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?"*, cit., in particolare, cap. 2.

4 Sempre la Direttiva 89/665 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. La Direttiva invita i paesi dell'Unione europea (UE) a garantire che le decisioni relative all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni, nonché le decisioni procedurali preliminari in tale ambito, siano riesaminate rapidamente ed efficacemente nel caso in cui abbiano violato il diritto comunitario sulle forniture pubbliche, con lo scopo che le procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia, o abbia avuto, interesse ad aggiudicarsi un determinato appalto e che sia stato, o rischi di essere, lesa a causa di una violazione denunciata.

5 Articolo 1, comma 3, Direttiva 89/665: *"Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata. In particolare, gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso"*.

6 Sentenza Fastweb SpA Contro Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, 4 luglio 2013, C-100/12, EU:C:2013:448.

7 Sentenza Puligienica Facility Esco SpA (PFE) contro Airgest SpA, 5 aprile 2016, C-689/13, EU:C:2016:199.

8 Sentenza Lombardi Srl contro Comune di Auletta e altri, 5 settembre 2019, C-333/18, EU:C:2019:675

La causa è quindi approdata alle Sezioni unite ad opera della Randstad, concorrente che aveva originariamente impugnato l'esclusione e l'illegittimità dell'assegnazione.

Le Sezioni unite già avevano cassato altre identiche sentenze del massimo organo giurisdizionale amministrativo, rilevandone il contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, limitando le pronunce ai casi più eclatanti⁹, ritenendo che il comportamento del Consiglio di Stato costituisca una violazione della giurisdizione esclusiva del giudice comunitario nell'interpretazione del diritto dell'Unione.

Nel frattempo, era però intervenuta la Corte costituzionale, su rimessione proprio delle Sezioni unite che, dovendo affrontare un caso nel quale si rendeva necessaria la disapplicazione di una norma nazionale, aveva ritenuto opportuno interrogare il giudice delle leggi per avere un avallo in ordine alla scelta effettuata, su quale la dottrina aveva già avanzato dubbi.

Si trattava infatti dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000, deducendo la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione ai parametri interposti dell'art. 6, paragrafo I, della Cedu e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa.

In ordine alle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era formato, in principio, un orientamento giurisprudenziale secondo cui esse spettavano alla giurisdizione del giudice ordinario; via via, era però prevalso un diverso orientamento sia della Corte di Cassazione sia del Consiglio di Stato (avallato dalla Corte costituzionale) che ricollegava alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

⁹ Sul punto si rinvia a S. Galleano, *Alcune considerazioni sull'ordinanza pregiudiziale 19598/20 delle Sezioni unite, in attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale in Cgue*, cit. in articolare § 4, *Il ruolo delle Sezioni unite nel contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia*, con ivi ampi riferimenti anche alla dottrina.

La norma, così interpretata, violava però il diritto di accesso a un tribunale, tutelato dall'art. 6, paragrafo 1, della Cedu, e il divieto di interferenze illegittime con la proprietà privata posto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, come emergeva dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo Mottola contro Italia e Staibano ed altri contro Italia del 4 febbraio 2014¹⁰, secondo cui la decadenza in questione avrebbe posto un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato ed avrebbe escluso un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco.

La Corte costituzionale, con la sentenza 6/2018¹¹, affermava che l'eccesso di potere giudiziario, denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermano la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile ritengano la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

La Corte ha così affermato che il concetto di controllo di giurisdizione così delineato non ammette soluzioni intermedie, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze abnormi o anomale ovvero di uno stravolgimento, a volte definito radicale, delle norme di riferimento.

10 V. Corte EDU, 4 febbraio 2014, Staibano c. Italia, in Gazz. forense 2014, fasc. 4, 194, con nota di Corleto, Il regime transitorio di giurisdizione nelle controversie sul pubblico impiego al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, e, più in generale, A. Tedoldi, Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu, Riv. Dir. Proc., 2019, 2, 445.

11 Sulla quale v. A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, Diritto processuale amministrativo, 2018, n. 3, pag. 111; F. Deodato, Corte costituzionale sentenza 24 gennaio 2018 n. 6 e Corte di cassazione - Sezioni unite civili, sentenza 29 dicembre 2017 - n. 31226, cit.; A. Tedoldi, Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu, Riv. Dir. Proc., 2019, 2, 445; R. Villata, La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo), Riv. Dir. Proc., 2018, 2, 325

In base all'ambito di controllo così precisato sui limiti esterni alla giurisdizione, non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale, anche ove tale interpretazione abbia ad effetto la violazione del diritto transnazionale.

A fronte di tale rigida presa di posizione, le Sezioni unite non potevano fare altro che adeguarsi ed infatti nei due anni successivi tutte le impugnazioni di sentenze del Consiglio di Stato che avessero ad oggetto, strettamente, problemi di giurisdizione come quelli censurati dalla Corte costituzionale, sono stati dichiarati inammissibili¹².

In data 18 settembre 2020, però, probabilmente in considerazione della plateale violazione del diritto europeo della quale si è detto in tema di appalti, le Sezioni unite hanno deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia formulando i seguenti quesiti:

¹² Si veda: S Galleano, *Alcune considerazioni sull'ordinanza pregiudiziale 19598/20 delle Sezioni unite, in attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale in Cgue, cit.*, in articolare § 5, *Il passo indietro delle Sezioni unite*, ed ivi ulteriori riferimenti.

1) *"Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 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".*

2) *"Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 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 dell'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".*

3) *"Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C333/18; 5 aprile 2016, Puligenica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli artt. 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 i 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".*

Le Sezioni unite hanno anche chiesto la trattazione con procedimento accelerato ai sensi dell'articolo 105 del regolamento di procedura della Corte, adducendo, in sostanza, *«che la controversia oggetto del procedimento principale solleva gravi incertezze su questioni fondamentali di rilievo costituzionale nazionale, che in Italia sono pendenti numerose controversie simili e che la controversia oggetto del procedimento principale rientra nell'ambito dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, di cui sottolinea l'importanza nel diritto dell'Unione».*

2. Le conclusioni dell'Avvocato generale Hogan

Alla pregiudiziale hanno fatto seguito, nella causa rubricata avanti alla Corte di giustizia con il n. 497/20, le conclusioni dell'Avvocato generale Gerard Hogan, pubblicate il 9 settembre 2021.

In sintesi, per quanto qui rileva, rinviando per approfondimenti ad un'analisi già effettuata¹³, L'Avvocato generale sposa la tesi della Corte costituzionale, confortando, sotto il profilo formale e processuale quanto sostanzialmente già anticipato da pressoché la totalità dei commentatori.

Nelle conclusioni si ricorda che l'art. 47 della Carta non impone *“un doppio grado di giudizio. Infatti, in forza di detta disposizione, il principio della tutela giurisdizionale effettiva sancisce il diritto di accesso non a un doppio grado di giudizio, ma soltanto a un giudice^{14”}.*

Allo stesso modo il secondo motivo. Nel trattarlo, l'Avvocato generale rileva che, al punto 50 della ordinanza di rimessione, le Sezioni unite paiono adombrare una questione supplementare, ovvero si interrogano *“anche sull'approccio secondo cui essa non potrebbe operare il rinvio pregiudiziale direttamente^{15”}.* Poiché però la questione non troverebbe riscontro nel quesito finale, non viene data risposta formale a tale dubbio. Nel prosieguo dell'argomentare, si afferma comunque che il rinvio pregiudiziale è prerogativa di ciascun giudice, non senza precisare che deve trattarsi di un giudice *“validamente adito^{16”}*, il che, aggiungiamo noi, secondo l'Avvocato generale non lo sarebbe stata la Corte di cassazione nel caso specifico.

Il terzo quesito viene ritenuto inammissibile a seguito della ritenuta *“incompetenza”* della Corte di cassazione a giudicare le sentenze del Consiglio di Stato, ma, in via subordinata, ne svolge l'esame e lo considera fondato, secondo la giurisprudenza costante della Corte.

13 Sulle quali v. ancora S. Galleano, *Alcune considerazioni sull'ordinanza pregiudiziale 19598/20 delle Sezioni unite, in attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale in Cgue*, in particolare: *Postfazione*, in chiusura dell'articolo, redatta subito dopo il deposito delle conclusioni. Ma vedi anche *“Le conclusioni dell'Avvocato Generale sulle questioni pregiudiziali poste dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020: il Consiglio di Stato nega la tutela comunitaria sugli appalti, ma la decisione non è sindacabile in Cassazione*, in *Giustizia insieme*, 13.09.21, a cura della redazione della rivista.

14 Punto 70 conclusioni: ma non era questo, comunque, l'oggetto della rimessione delle Sezioni unite.

15 Punto 89 conclusioni.

16 Punto 90 conclusioni.

Al paragrafo 4¹⁷, intitolato «*[u]lteriori osservazioni sulla giurisprudenza Francovich e sulla necessità del suo sviluppo*», dopo avere dato risposta negativa al primo quesito posto dalle Sezioni unite e suggerito l'azione di risarcimento alternativa alla possibilità di vagliare le sentenze del giudice amministrativo inadempiente, l'Avvocato generale esamina la situazione dei procedimenti nei confronti degli Stati membri inadempienti ai diritti dell'Unione ed alla relativa azione di risarcimento.

In particolare, al punto 79-81 si premura di illustrare come i rimedi specificati nella sentenza Francovich¹⁸ siano spesso insufficienti, osservando come «*La volontà o propensione a giustificare violazioni manifeste e gravi di uno Stato membro nella sua applicazione del diritto dell'Unione sminuendo la gravità di violazioni del genere costituirebbe essa stessa una chiara negazione del diritto a un ricorso effettivo per i singoli, ai sensi dell'articolo 47 della Carta, in special modo quando, oggettivamente considerata, l'omessa applicazione di una disciplina chiara e consolidata dell'Unione non può realisticamente essere giustificata o altrimenti scusata*».

E prosegue: «*[t]utto ciò richiama alla mente il caso della storia di Sherlock Holmes sul cane che non aveva abbaiato*». In quest'ottica, è l'assenza generale di giurisprudenza al riguardo ad essere rivelatrice», e conclude: «*In mancanza di tale esame, esiste un rischio reale che l'applicazione dei criteri della sentenza Brasserie dupêcheur e Factortame, tenda, in pratica, a rendere eccessivamente difficile il risarcimento del danno di cui alla sentenza Francovich con riferimento a errori giudiziari, di modo che le suddette condizioni che fondano la responsabilità potrebbero essere soddisfatte solo in circostanze del tutto particolari*».

3. La sentenza del 21.12.21

Sentite le parti, all'udienza del 6 luglio 2021 e viste le conclusioni dell'Avvocato generale, la sentenza è stata pubblicata il 21 dicembre 2021.

Riassunto il contesto e la legislazione nazionale europea in discussione, la Corte, preliminarmente, richiama la propria giurisprudenza per spiegare il non accoglimento della richiesta di trattazione accelerata della causa, poiché tale modalità processuale è limitata a casi di particolare ed eccezionale urgenza (si cita, in proposito, la pronuncia del sul regime disciplinare dei giudici polacchi del 15 luglio 2021), non costituendo tali ipotesi il gran numero di soggetti interessati e il settore degli appalti pubblici¹⁹.

17 Punti 76 e segg.

18 Sentenza del 09.11.95 in causa C-479/93.

19 Sentenza, punti 35-41.

Nel merito, viene innanzi tutto rilevato che il riferimento all'art. 2, paragrafi 1 e 2 e l'art. 267 Tfeue non sono rilevanti al fine di chiarire l'esigenza di tutela giurisdizionale dei diritti conferiti ai cittadini dall'Unione.

In particolare, l'art. 2 tratta del riparto di competenza a legiferare tra l'Unione e gli stati membri, mentre l'art. 267 costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali e non riguarda la questione sollevata che consiste nel chiarire *«in che misura, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva richiesta dal diritto dell'Unione, l'organo giurisdizionale supremo nazionale debba essere riconosciuto competente ad esercitare un controllo giurisdizionale sulle sentenze pronunciate dal supremo organo della giustizia amministrativa nazionale – non è, di per sé, correlata con tale meccanismo di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituito dall'articolo 267 TFUE²⁰»*.

Ciò posto, la Corte ritiene, sulla base della sua ormai consolidata giurisprudenza che occorre riformulare la questione proposta dalle Sezioni unite includendo nel suo oggetto l'art. 1, par, 1 e 3 della direttiva 89/665, letto alla luce dell'art. 47 della Carta fondamentale.

Ne consegue che il quesito riformulato risulta corretto nei seguenti termini. *« se l'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro²¹»*.

20 Sentenza, punto 46.

21 Sentenza, punto 51.

La rimodulazione del quesito fatta in sentenza costituisce, *incidenter tantum* va qui doverosamente sottolineato, una vera e propria lezione sul principio di effettività del diritto europeo. E' infatti di immediata evidenza la differenza con la giurisprudenza costituzionale italiana, ove il nostro giudice delle leggi è attentissimo nel dichiarare inammissibili le questioni sottoposte ove il giudice rimettente non individui con precisione le norme sospettate di incostituzionalità, ancorché sia chiaro ed inequivoco lo scopo dell'ordinanza di rimessione, così ponendo in infinite occasioni di eliminare dall'ordinamento, correggendo in modo appropriato i quesiti posti, norme che incidono negativamente su un diritto dei cittadini violato dal legislatore che continuerà ad essere applicato per una mera formalità.

La Corte coglie poi l'occasione di chiarire subito che «*in base al principio del primato del diritto dell'Unione, è inammissibile che norme di diritto interno, quand'anche di rango costituzionale, pregiudichino l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione*»²². Ne consegue che si impone a tutti gli organi dello stato membro impedire l'applicazione di una norma interna, che «*i giudici nazionali devono disapplicare, se necessario*» e tanto vale, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui la violazione del diritto europeo «*tragga origine, più specificamente, nell'interpretazione di tale disposizione accolta da un giudice dello Stato membro interessato*», dalla quale «*occorre discostarsi*»²³.

La Corte, in particolare, con riferimento alla necessità di una tutela giurisdizione effettiva dei diritti garantiti dalla legislazione dell'Unione, sottolinea che l'art. 19, par. 1 del TUE «*costituisce un principio generale del diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta*»²⁴.

22 Punto 53 sentenza.

23 Punto 54 sentenza.

24 Punti 56 e 57 sentenza.

Ciò premesso, nella sentenza si precisa che «*fatta salva l'esistenza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali di cui al punto 56 della presente sentenza, a condizione, tuttavia, che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività)*²⁵». Tanto chiarito la Corte afferma che, in linea di principio, non osta a che gli stati membri «*limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*²⁶».

E qui va detto, per fare un esempio di diversa valutazione, che la CEDU, nella recente sentenza del 28.10.21, resa nel procedimento n. 55064/11, Succi e altri c/ Italia, abbia censurato la Cassazione italiana per l'eccessivo formalismo nel dichiarare inammissibili i ricorsi dei ricorrenti alla luce dei criteri di redazione dei ricorsi per cassazione sulla base del principio di autosufficienza²⁷.

Ma nella specie, prevedere che sia limitata la competenza della Corte di cassazione ad esaminare ricorsi avverso le sentenze del massimo organo giurisdizionale amministrativo, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi trattino disposizioni di diritto nazionale o europeo, non sembra violare il principio di equivalenza²⁸.

E, allo stesso modo, per quanto attiene il principio di effettività, la Corte rileva come il diritto dell'Unione non obbliga gli stati membri a istituire mezzi processuali diversi da quelli esistenti «*a meno che, tuttavia, dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, o che l'unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto*²⁹».

Il che, salvo il rituale rinvio alla verifica in concreto del giudice del rinvio, non risulta ricorrere nella vicenda processuale esaminata.

25 Punto 58 sentenza.

26 Punto 59 sentenza.

27 Sulla quale v. la relazione tematica del Massimario della cassazione n. 116 del 30.11.2021, redatto da P. D'Ovidio, reperibile sul sito della Cassazione.

28 Punti 60 e 61 sentenza.

29 Punto 62 sentenza.

Ed infatti, nel caso specifico, il fatto che i singoli possano agire per la tutela loro garantita dalla direttiva 89/885 avanti al Tar e, successivamente, in sede di impugnazione, avanti al Consiglio di Stato pare configurare una situazione conforme a quanto richiesto dall'art. 47 della Carta fondamentale dell'Unione, non incidendo in senso negativo le limitazioni delle ipotesi di censura avverso la decisione di tale ultima istanza da parte della Cassazione quale giudice giurisdizionale supremo³⁰.

4. La censura della giurisprudenza del Consiglio di Stato

Ciò chiarito, la Corte ritiene comunque opportuno censurare recisamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ribadendo che *«la ricevibilità dei ricorsi di cui all'articolo 1 della direttiva 89/665 non può essere subordinata alla condizione che il ricorrente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice, in caso di accoglimento del ricorso, sarà indotta a ripetere la procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. L'esistenza di una tale possibilità deve essere considerata sufficiente a tal proposito»*³¹.

Vengono quindi ribaditi i principi più volte stabiliti dalla Corte, in particolare che anche il ricorso del ricorrente escluso, sino a che tale esclusione non è definitiva, deve vedersi esaminare il ricorso e si conclude, *tranchant*, affermando che *«la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato irricevibile la parte del ricorso della Randstad con cui quest'ultima contestava l'aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento Synergie-Umana, è incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di quest'ultima. Di conseguenza, la sentenza del Consiglio di Stato non è neppure conforme all'articolo 47, primo comma, della Carta»*³².

Insomma, una censura a tutto tondo del riotto Consiglio di Stato che persiste a non volersi adeguare alla giurisprudenza della Corte.

5. I rimedi per la tutela dei singoli di fronte alla violazione della direttiva 98/665

30 Punti da 63 a 69 sentenza.

31 Punto 70 sentenza.

32 Punto 77 sentenza.

Dopo avere ribadito ancora che, a fronte di tale situazione, non è necessario che lo stato membro sia tenuto a prevedere «*la possibilità di impugnare, dinanzi all'organo giurisdizionale supremo, tali decisioni di irricevibilità adottate dal supremo giudice amministrativo, qualora il diritto nazionale di detto Stato non preveda un siffatto mezzo di impugnazione*³³», esamina i rimedi per tutelare i diritti dei singoli in caso di violazione della direttiva 89/665 e dell'art. 47 della Carta.

In primo luogo, si ribadisce l'obbligo di ciascun giudice dello stato interessato a disapplicare l'orientamento giurisprudenziale contrario al diritto dell'Unione adottato dall'organo giurisdizionale superiore. Inoltre, a fronte di questa situazione, è d'obbligo l'apertura, da parte della Commissione europea, di una procedura di infrazione³⁴.

In secondo luogo, il singolo potrà far valere avanti al giudice nazionale la responsabilità dello stato membro sulla base dei principi delle sentenze Kobler³⁵ (e Francovich), posto che la responsabilità dell'applicazione conforme del diritto europeo riguarda lo stato nel suo complesso, ivi compresa la sua giurisdizione. Il tutto a condizione che «*siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso*³⁶».

6. Il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di stato

Con il suo secondo quesito, come si è visto, le Sezioni unite avevano sollevato la questione dell'opportunità di esaminare la sentenza del Consiglio di stato sotto il profilo del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in presenza di evidenti incertezze riguardo alla corretta interpretazione della direttiva 89/665 (nel senso "corretto" dalla Corte, come si è visto).

L'Avvocato generale, se ne è già cennato, aveva ritenuto che la questione non avesse trovato riscontro nei quesiti e quindi non ne aveva trattato. La Corte ritiene invece di aggiungere qualcosa.

Si osserva infatti nella sentenza che la questione non risulta in realtà sollevata dalla ricorrente Randstad nel suo ricorso per cassazione (circostanza confermata in udienza dall'interessata).

33 Punto 78 sentenza.

34 Punto 79 sentenza.

35 Sentenza del 30 settembre 2003 in causa C-224/01.

36 Punto 80 sentenza.

Ciò chiarito, la Corte rileva che «*il giudice del rinvio, nell'ambito della controversia di cui è investito, non deve venire edotto sulla questione se, alla luce degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, gli Stati membri siano tenuti a prevedere, nei loro ordinamenti giuridici, la possibilità di presentare ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo qualora il supremo organo della giustizia amministrativa si sia astenuto dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, cosicché la risposta alla seconda questione è irrilevante ai fini della soluzione di tale controversia*»³⁷.

Sotto tal profilo, non può non rilevarsi che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice nazionale, nel nostro ordinamento ma, si ritiene, anche in quello degli altri stati membri, sia una facoltà esercitabile indipendentemente da una specifica istanza in tal senso delle parti in causa. È per questo motivo, probabilmente, che le Sezioni unite avevano posto il relativo quesito.

È anche vero però che la mancata impugnazione sul punto non consentiva al giudice adito di trattare la questione, essendo il suo esame limitato dai motivi di ricorso avverso la sentenza censurata.

La questione rimane dunque sospesa. Ed è un peccato perché, al di là della formale esattezza del rilievo della Corte di giustizia, una pronuncia sul punto – ovvero se possa costituire o meno questione di giurisdizione il mancato ed ingiustificato rinvio alla Corte di giustizia sull'interpretazione del diritto dell'Unione - sarebbe stata certamente utile.

7. Conclusioni

Come anticipato in apertura, la decisione era ragionevolmente prevedibile e così è stato.

Il rinvio delle Sezioni unite non è stato comunque inutile, posto che la Corte ha sostanzialmente "legittimato" i Tar a disattendere la giurisprudenza del Consiglio di stato caparbiamente riottosa ad applicare i principi stabiliti dalla Direttiva 89/665 e più volte ribaditi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Lo stesso Consiglio di stato, probabilmente, dovrà adattarsi al *dictum* di Lussemburgo, del resto chiaramente esplicitato nel dispositivo.

Resta il problema dei rimedi in caso di persistente violazione del giudice nazionale dei diritti nascenti dal diritto europeo, problema che era stato posto, come si è visto, dall'Avvocato generale.

³⁷ Punto 84 sentenza.

Sul punto la Corte non ha ritenuto di pronunciarsi. Eppure, i rimedi indicati non paiono del tutto appropriati, sotto il profilo dell'effettività, a tutelare in modo adeguato il singolo al quale non è stato consentito l'esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento dell'Unione.

Innanzitutto, l'eventuale procedura di infrazione non garantisce sempre la puntuale tutela del diritto violato e, comunque, l'eventuale adeguamento dello stato membro (Italia per prima) comporta tempi lunghi e comunque, spesso, è il frutto di una soluzione concordata in sede politica che costituisce un compromesso non soddisfacente. Inoltre, riguarda solo il futuro e mai coloro che sono stati danneggiati dall'inadempimento dello stato.

Per quanto attiene il risarcimento ai sensi delle sentenze Kobler e Francovich, il relativo giudizio va radicato presso il giudice nazionale del medesimo stato, spesso riottoso a emettere sentenze di condanna nei confronti degli altri poteri, legislativo ed esecutivo. Senza contare che il legislatore spesso interviene, operando sulla prescrizione, ad esempio, per limitare i danni e dissuadere dalle azioni giudiziarie.

A ciò si aggiunge, duole rilevarlo, che la stessa Corte di giustizia, dove afferma, al punto 80 che, presupposto per l'azione risarcitoria, è costituita dal fatto che «*siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso*», sembra porre interamente carico della parte danneggiata un onere della prova che peserà non poco nello svolgimento e nell'esito del relativo giudizio.

Ritiene quindi chi scrive, che non avesse torto l'Avvocato generale quando ha osservato che *«tali errori e inadempimenti sono in pratica troppo facilmente giustificati e che, per molti soggetti i cui diritti dell'Unione non sono stati garantiti, un rimedio del tipo Francovich resta un'illusione piuttosto che una realtà. Si tratta di un'ulteriore ragione a sostegno della necessità di una nuova valutazione dei criteri «gravi e manifesti» di cui alla sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, affinché il diritto dell'Unione sia attuato con un adeguato grado di incisività da parte dei giudici degli Stati membri, sebbene occorra tener conto anche degli specifici fattori identificati dalla Corte nella sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) in materia di responsabilità giurisdizionale, segnatamente della «specificità della funzione giurisdizionale», unitamente alle legittime esigenze della certezza del diritto (48). Orbene, la sentenza Francovich è, per così dire, un cane a cui deve essere consentito abbaiare, perché è proprio l'abbaiare che dovrebbe segnalarci che i diritti che la normativa dell'Unione ha inteso garantire e tutelare sono oggetto – talvolta silenziosamente – di violazioni ad opera di errori giurisdizionali nazionali³⁸»*.

Era certamente opportuno che la Corte cogliesse l'occasione per affrontare il problema.

Come si vede, un passo avanti è stato fatto, almeno nel settore appalti. Ma c'è ancora molto da fare per garantire una piena tutela dell'efficacia del diritto europeo in favore dei singoli.

Roma, 9 gennaio 2022

38 Punto 82, conclusioni.