



# Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
GERARD HOGAN  
presentate il 9 settembre 2021<sup>1</sup>

**Causa C-497/20**

**Randstad Italia SpA**  
**contro**  
**Umana SpA,**  
**Azienda USL Valle d'Aosta,**  
**IN. VA SpA,**  
**Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA**

(domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione, Italia)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Articolo 1 – Diritto a un ricorso effettivo – Articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Obbligo per gli Stati membri di prevedere una procedura di ricorso – Accesso alle procedure di ricorso – Azione diretta all'annullamento della decisione di aggiudicazione di un appalto – Ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario – Giurisprudenza della Corte costituzionale che limita i casi in cui è esperibile un ricorso per cassazione – Articolo 267 TFUE»

## I. Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale solleva problematiche importanti e, sotto taluni aspetti, nuove, concernenti la questione se uno Stato membro sia tenuto a prevedere un diritto di impugnazione ulteriore qualora il giudice dell'impugnazione abbia esso stesso male interpretato o male applicato il diritto dell'Unione. Essa pone altresì la questione di quali (eventuali) altri mezzi di ricorso siano esperibili dalla parte lesa nel caso in cui non esista un siffatto diritto di impugnazione.

2. La presente domanda verte più specificamente sull'interpretazione degli articoli 4, paragrafo 3, e 19, paragrafo 1, TUE nonché degli articoli 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»). Essa solleva altresì questioni relative alla corretta interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative

<sup>1</sup> Lingua originale: l'inglese.

relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori<sup>2</sup>, come modificata, in particolare, dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007<sup>3</sup>.

3. Il presente rinvio è stato presentato nell'ambito di una controversia tra la società Randstad Italia SpA (in prosieguo: la «Randstad») e la società Umana SpA (in prosieguo: l'«Umana»), l'Azienda USL Valle d'Aosta (Italia) (in prosieguo: l'«USL»), la società IN. Va SpA e la società Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (in prosieguo: la «Synergie»). La presente controversia verte, da un lato, sull'esclusione della Randstad da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e, dall'altro, sulla regolarità di detta procedura.

4. La Corte, pertanto, è nuovamente chiamata a pronunciarsi, su richiesta di un giudice italiano, sulla portata dell'obbligo degli Stati membri, previsto all'articolo 1 della direttiva 89/665, di garantire un controllo effettivo degli appalti pubblici qualora, nell'ambito di un'azione volta all'annullamento della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'aggiudicatario proponga un ricorso incidentale contro l'offerente escluso.

5. La presente domanda, tuttavia, si colloca in un contesto specifico e delicato nel quale, da un lato, il Consiglio di Stato (Italia) sembra avere qualche difficoltà, quanto meno nel momento in cui è stato chiamato a pronunciarsi sulla controversia di cui trattasi, nell'applicare la giurisprudenza della Corte in materia e, dall'altro lato, la Corte suprema di cassazione (Italia) nutre dubbi circa la portata della propria competenza giurisdizionale in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, secondo le recenti precisazioni della Corte costituzionale (Italia). Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, pertanto, la Corte è implicitamente chiamata a dirimere un conflitto tra i tre organi giurisdizionali supremi italiani.

## II. Contesto normativo

### A. *Diritto dell'Unione europea*

6. I considerando 17, 34 e 36 della direttiva 2007/66 così recitano:

«(17) 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 leso a causa di una presunta violazione.

(...)

(34) (...) La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, rispettando in particolare il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato [nell'articolo 5 TUE].

(...)

<sup>2</sup> GU 1989, L 395, pag. 33.

<sup>3</sup> GU 2007, L 335, pag. 31.

(36) La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La presente direttiva mira in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, di detta Carta».

7. L'articolo 1 della direttiva 89/665, nella sua versione attuale, rubricato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso», così dispone:

«1) La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio [del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65)], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 e 37 di tale direttiva.

(...)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2014/24] o dalla direttiva 2014/23/UE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1)], 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 tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali di recepimento.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

8. L'articolo 2 della direttiva 89/665 è rubricato «Requisiti per le procedure di ricorso». Ai sensi dei primi due paragrafi di detta disposizione:

«1) 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:

- a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice;
- b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;
- c) accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione.

2. I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2 quinquies e 2 sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso».

### ***B. Diritto italiano***

9. L'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana così dispone:

«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».

10. L'articolo 360, primo comma, n. 1, del codice di procedura civile dispone quanto segue:

«Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione:

1) per motivi attinenti alla giurisdizione (...)».

11. L'articolo 362, primo e secondo comma, del medesimo codice così dispone:

«1) Possono essere impugnate con ricorso per cassazione (...) 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».

12. L'articolo 91 del Codice del processo amministrativo stabilisce quanto segue:

«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».

13. Ai sensi dell'articolo 110 del medesimo codice:

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

### **III. Fatti del procedimento principale**

14. L'USL indiceva una procedura di gara per un valore superiore a EUR 12 000 000 da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per individuare un'Agenzia per il lavoro cui affidare la somministrazione temporanea di personale. L'amministrazione aggiudicatrice prevedeva negli atti di gara una «soglia di sbarramento» alle offerte tecniche, fissata a 48 punti, con esclusione dei concorrenti che avessero conseguito un punteggio inferiore.

15. Alla procedura partecipavano otto concorrenti, tra cui la Randstad, il raggruppamento temporaneo di imprese formato da Synergie e Umana SpA (in prosieguo: il «RTI») e la Gi Group Spa. Dopo la valutazione delle offerte tecniche, la commissione di gara ammetteva alla valutazione economica solo il RTI e la Gi Group, escludendo la Randstad per mancato superamento della soglia di sbarramento. All'esito, la gara veniva aggiudicata al RTI il 6 novembre 2018.

16. La Randstad impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, (Italia) (in prosieguo: il «TAR») la propria esclusione per il mancato superamento della soglia, nonché l'aggiudicazione della gara al RTI deducendo, per ottenere la riammissione alla gara, l'irragionevolezza dei punteggi attribuiti, la inadeguata determinazione dei criteri di valutazione, il difetto di motivazione dei voti, l'illegittima nomina e l'illegittima composizione della commissione e la mancata suddivisione della gara in lotti.

17. L'USL e il RTI resistevano eccependo l'inammissibilità dei motivi di ricorso della Randstad, sostenendo che quest'ultima era priva di legittimazione a proporli in quanto comunque esclusa dalla gara.

18. Con sentenza pubblicata il 15 marzo 2019, il TAR della Valle d'Aosta rigettava tale eccezione, ritenendo che la Randstad avesse legittimamente partecipato alla gara in quanto in possesso dei requisiti, e ne fosse stata esclusa a causa della valutazione negativa della sua offerta, e che dunque essa fosse legittimata a contestare l'esito della gara. Detto giudice esaminava tutti i motivi di ricorso rigettandoli nel merito.

19. Contro la suddetta sentenza del TAR la Randstad proponeva appello in via principale al Consiglio di Stato, ribadendo quanto affermato in primo grado. Le società Synergie e Umana proponevano appello incidentale criticando la sentenza del TAR per aver ritenuto ammissibili ed esaminato nel merito le censure della Randstad, che esse consideravano presentate da soggetto non legittimato in quanto escluso dalla gara.

20. Con sentenza pubblicata il 7 agosto 2019, il Consiglio di Stato rigettava il motivo principale con il quale la Randstad contestava il punteggio insufficiente e accoglieva i ricorsi incidentali. In particolare, riformando in parte la sentenza, il Consiglio di Stato dichiarava che la Randstad era priva di legittimazione perché esclusa dalla gara. Ne conseguiva, pertanto, che il TAR non avrebbe dovuto esaminare nel merito gli altri suoi motivi del ricorso principale.

21. Secondo il Consiglio di Stato, la Randstad, essendo stata esclusa, era priva di legittimazione perché portatrice di un interesse di mero fatto, come qualunque altro operatore del settore che non aveva partecipato alla gara. Esso si basava sulla propria giurisprudenza anteriore secondo cui un concorrente escluso dalla gara d'appalto non è legittimato ad impugnare gli atti di gara, a meno che ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione.

22. La Randstad proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato dinanzi al giudice del rinvio. Resistono la Synergie, l'Umana, e l'amministrazione aggiudicatrice.

23. La Randstad sostiene che il Consiglio di Stato ha violato gli articoli 362, comma 1, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo, avendo negato a un soggetto escluso dalla gara – con provvedimento la cui legittimità non era definitivamente accertata, essendo contestata nel giudizio – la legittimazione e l'interesse a proporre censure contro la gara

stessa: ciò comporterebbe una violazione del principio d'effettività della tutela giurisdizionale, sancito dalla direttiva 89/665, e un diniego d'accesso a tale tutela, censurabile con ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione.

24. La Randstad invoca la giurisprudenza della Corte di giustizia (in prosieguo: la «Corte») secondo cui anche la mera probabilità di conseguire un vantaggio proponendo il ricorso, consistente in qualsiasi risultato, come ad esempio la ripetizione della procedura di gara, sarebbe idonea a fondare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale. La ricorrente cita a tal fine le sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. I resistenti eccepiscono l'inammissibilità del ricorso. Essi sostengono che il motivo in esame riguarderebbe un'ipotetica violazione di legge e non sarebbe un motivo «inerente alla giurisdizione», non potendo quindi essere invocato dinanzi alla Corte suprema di cassazione per contestare una sentenza del Consiglio di Stato.

26. Secondo il giudice del rinvio, il ricorso per cassazione di cui all'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana dovrebbe, in un caso del genere, essere disponibile. Infatti, l'effettività dell'articolo 267 TFUE risulterebbe pregiudicata se al giudice nazionale fosse impedito di dare immediata applicazione al diritto dell'Unione conformemente alla giurisprudenza della Corte. In un caso come quello di cui trattasi, un ricorso per cassazione costituirebbe la via definitiva per evitare che una sentenza del Consiglio di Stato, a suo avviso in contrasto con il diritto dell'Unione, acquisisca autorità di cosa giudicata.

27. Tuttavia, dalla sentenza n. 6, del 18 gennaio 2018, della Corte costituzionale<sup>4</sup> relativa all'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana (in prosieguo: la «sentenza n. 6/2018»), risulta che non è ammissibile, allo stato attuale del diritto costituzionale italiano come interpretato in detta sentenza, equiparare una violazione del diritto dell'Unione a un motivo relativo alla competenza giurisdizionale. Ai sensi di detta sentenza, «[l]’"eccesso di potere giudiziario", denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, [ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana], come è sempre stato inteso (...), va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»<sup>5</sup>.

28. Il giudice del rinvio ne conclude che, se dovesse conformarsi a detta sentenza della Corte costituzionale, dovrebbe dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione della Randstad. In tali circostanze, esso si chiede se la sentenza n. 6/2018, che, nel contenzioso amministrativo, limita la competenza della Corte suprema di cassazione di cui all'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana alle ipotesi di violazione, da parte del Consiglio di Stato, dei «limiti esterni» della propria giurisdizione, sia in contrasto con il diritto dell'Unione.

<sup>4</sup> Sentenza n. 6 del 18 gennaio 2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

<sup>5</sup> Sentenza n. 6/2018, punto 15, consultabile al seguente link:  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=6>.

29. A tale riguardo, il giudice del rinvio ritiene che, quando il Consiglio di Stato applica o interpreta erroneamente le disposizioni nazionali di diritto in modo incompatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte, esso esercita un potere giurisdizionale di cui è privo. In realtà, esso eserciterebbe poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale. Ciò rappresenta un difetto di giurisdizione impugnabile dinanzi alla Corte suprema di cassazione. È irrilevante al riguardo che la sentenza della Corte da cui derivava l'incompatibilità tra l'applicazione o l'interpretazione da parte del giudice nazionale e il diritto dell'Unione fosse anteriore o posteriore a tale applicazione o a tale interpretazione.

30. Il giudice del rinvio rileva che, prima della sentenza n. 6/2018, secondo una giurisprudenza costante delle Sezioni Unite, in caso di impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della «giurisdizione», ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, non includeva 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 applicabili tali da ridondare in denegata giustizia, e in particolare, salvo il caso di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale riconosciuta da disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili.

31. Un siffatto approccio sarebbe compatibile con i principi di equivalenza e di effettività che, secondo la giurisprudenza della Corte, condizionano l'esercizio dell'autonomia procedurale degli Stati membri. La sentenza n. 6/2018 e la giurisprudenza che si è sviluppata a seguito di quest'ultima sarebbero, al contrario, incompatibili con tali principi.

32. Inoltre, è parimenti importante per la Corte suprema di cassazione sapere, secondo la suddetta domanda di pronuncia pregiudiziale, se l'approccio seguito dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata sia compatibile o meno con le sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675). Questo aspetto della controversia solleva due questioni distinte.

33. In primis, il giudice del rinvio si chiede se la giurisprudenza già elaborata dalla Corte in merito al diritto di ricorso degli offerenti esclusi dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sia applicabile a una fattispecie come quella di cui trattasi nel procedimento principale. In secondo luogo, poiché il Consiglio di Stato si è astenuto, senza motivazione, dal chiedere alla Corte se gli orientamenti da trarre dalle sentenze citate al paragrafo precedente delle presenti conclusioni possano essere trasposti a una fattispecie come quella di cui trattasi nel procedimento principale, è necessario, secondo il giudice del rinvio, che esso stesso ora possa sottoporre tale questione alla Corte.

#### IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

34. In tale contesto, con decisione del 7 luglio 2020 pervenuta presso la cancelleria della Corte il 30 settembre 2020, la Corte suprema di cassazione ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «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 processuali.
- 2) 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 [del] 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 e a., 238/81 [EU:C:1982:335]) 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.

3) Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675]; 5 aprile 2016, PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199]; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], in relazione agli articoli 1, paragrafi 1 e 3, e 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66, 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».

35. Nella sua ordinanza di rinvio, la Corte suprema di cassazione ha chiesto che il presente rinvio pregiudiziale fosse sottoposto a procedimento accelerato, in applicazione dell'articolo 105 del regolamento di procedura della Corte.

36. A sostegno della sua domanda, il giudice del rinvio ha fatto valere, in sostanza, che sussistano valide ragioni che impongono di chiarire rapidamente incertezze su questioni fondamentali di rilievo costituzionale. L'ampio contenzioso pendente in Cassazione e riguardante impugnazioni di sentenze del Consiglio di Stato in cause di diritto dell'Unione attesta una grave incertezza sull'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione, che occorre dirimere rapidamente, soprattutto in un settore nevralgico come quello degli appalti pubblici, anche per evitare il consolidamento di una giurisprudenza nazionale di ultima istanza, che rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie.

37. Il 21 ottobre 2020 il presidente della Corte ha deciso, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, di respingere la domanda del giudice del rinvio relativa al procedimento accelerato. Lo stesso giorno, il presidente della Corte ha parimenti deciso di sottoporre la presente causa a trattamento prioritario in conformità all'articolo 53, paragrafo 3, del regolamento di procedura.

38. Hanno presentato osservazioni scritte la Randstad, l'Umana, l'USL, la Synergie, il governo italiano e la Commissione. Inoltre, la Randstad, l'Umana, il governo italiano e la Commissione hanno svolto osservazioni orali all'udienza tenutasi il 6 luglio 2021.

## V. Osservazioni preliminari sul contesto

39. Come indicato nell'introduzione delle presenti conclusioni, la presente causa verte, in via preliminare, sulla portata dell'obbligo degli Stati membri, previsto all'articolo 1 della direttiva 89/665, di garantire un ricorso effettivo in materia di appalti pubblici nell'ipotesi particolare in cui un ricorso incidentale sia proposto dall'aggiudicatario. Le questioni pregiudiziali si inseriscono, inoltre, in un dibattito più ampio fra i tre organi giurisdizionali supremi italiani. In simile contesto, prima di esaminare più specificamente le questioni poste dalla Corte suprema di cassazione, appare utile iniziare l'analisi richiamando non solo la giurisprudenza della Corte in materia, ma anche il contesto processuale italiano.

### *A. Sintesi della giurisprudenza della Corte relativa alla direttiva 89/665 nell'ambito di un ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario*

40. La questione di come trattare, nell'ambito della direttiva 89/665, una situazione in cui viene presentato un ricorso contro un offerente del quale viene chiesta l'esclusione, nonché un ricorso incidentale, non è nuova. A mio parere, si può pacificamente affermare che la serie di domande pregiudiziali proposte ha indotto la Corte a risolvere in modo chiaro la questione della legittimazione ad agire in materia di appalti pubblici.

41. In primo luogo, risulta dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 che i ricorsi contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici, per essere considerati efficaci, devono essere accessibili almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione<sup>6</sup>.

42. Così, quando, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di detti offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, ai sensi delle disposizioni menzionate al paragrafo precedente. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. Dall'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto<sup>7</sup>.

43. Ne consegue che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente non prescelto nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, atteso che, in una siffatta situazione, ciascuno dei concorrenti può far valere un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> V., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448, punto 25), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 23), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 22).

<sup>7</sup> V., in tal senso, sentenze del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 27), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 23).

<sup>8</sup> V., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 24), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 24).

44. In secondo luogo, la Corte ha altresì sottolineato che il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti<sup>9</sup>.

45. Ciò significa che tale principio risulta applicabile anche quando altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione<sup>10</sup>. Infatti, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, 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<sup>11</sup>.

46. In terzo luogo, sotto detto profilo, la Corte ha precisato che, alla luce di tali circostanze, la ricevibilità del ricorso principale non può – a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 – essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari<sup>12</sup>.

47. L'importanza di ciò risiede nel fatto che ciascuna delle parti del procedimento deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta presentata dagli altri concorrenti. Il ragionamento sotteso in siffatto caso è che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice possa viziare parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura<sup>13</sup>.

48. Dalla giurisprudenza della Corte di cui sopra risulta che la ricevibilità del ricorso principale non può essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente debba fornire la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente<sup>14</sup>.

49. In altri termini, un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve avere il diritto di proporre un ricorso contro la decisione di esclusione dalla procedura di aggiudicazione nonché di accedere al controllo giurisdizionale di altre decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice, purché tali ricorsi possano condurre, almeno *teoricamente*, all'aggiudicazione dell'appalto al ricorrente o ad una nuova procedura di aggiudicazione dell'appalto<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> V., in tal senso, sentenze del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 29), e del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 30).

<sup>10</sup> V., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 26).

<sup>11</sup> V., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 28).

<sup>12</sup> V., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 29).

<sup>13</sup> V., in tal senso, sentenze del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 28), e del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 27).

<sup>14</sup> V., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 29).

<sup>15</sup> V., in tal senso, C. Ginter, Våljaots, T., «Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, pagg. da 301 a 306, in particolare pag. 303.

50. Mi sia consentito a questo punto anticipare le argomentazioni affrontate nell'ambito della terza questione: sono pertanto del parere che, avendo il Consiglio di Stato statuito diversamente nel caso di cui trattasi, ciò ha comportato, oggettivamente<sup>16</sup>, un'errata applicazione della giurisprudenza elaborata dalla Corte relativamente alla legittimazione ad agire in materia di appalti pubblici. Tali norme costanti, necessariamente ampie e liberali, rispondono all'importante finalità di ordine pubblico di garantire alle imprese che asseriscono di essere state impropriamente o ingiustamente escluse dalla procedura di gara la possibilità di contestare tale decisione. La normativa sugli appalti mira a garantire un'erogazione equa delle risorse pubbliche e l'aggiudicazione di appalti pubblici sulla base di criteri giustificabili oggettivamente. L'erronea applicazione delle suddette norme in materia di legittimazione non è quindi un semplice vizio o errore tecnico da parte del giudice nazionale, bensì piuttosto un fattore che può avere un'incidenza, talvolta considerevole, sull'efficacia e persino sull'integrità della procedura d'appalto nel suo complesso.

51. È vero che la sentenza nella causa Lombardi (proprio a seguito di un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato) è stata pronunciata nel settembre 2019, circa un mese dopo la sentenza del Consiglio di Stato oggetto della presente causa. Tuttavia, in realtà, la giurisprudenza elaborata da questa Corte in cause quali Fastweb e PPE aveva già fornito indicazioni molto chiare sulla questione generale della legittimazione a proporre ricorso in materia di appalti. In ogni caso, anche se vi fossero stati dubbi reali nelle varie sezioni del Consiglio di Stato relativamente alla corretta applicazione di tale giurisprudenza anteriore – come debitamente riportato nella sentenza Lombardi<sup>17</sup> – detto giudice, in quanto organo giurisdizionale di ultima istanza, sarebbe stato tenuto a effettuare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE.

## ***B. Appalti pubblici e procedure di ricorso in Italia***

52. Molto schematicamente, le procedure di ricorso in Italia in materia di appalti pubblici rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo. Esiste un doppio grado di giudizio: i Tribunali amministrativi regionali si pronunciano sulle controversie in primo grado, dopodiché può essere interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato.

53. In aggiunta a questo schema per così dire «classico», l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana prevede che siano ammessi ricorsi per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, ma unicamente per motivi di giurisdizione.

54. La Corte costituzionale ha recentemente delimitato la portata di detta specifica impugnazione dinanzi alla Corte suprema di cassazione con la sentenza n. 6/2018. Come esposto in precedenza, dalla suddetta sentenza risulta che l'«eccesso di potere giudiziario» va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> V., al riguardo, l'avvertenza enunciata al paragrafo 78 delle presenti conclusioni.

<sup>17</sup> V., a tal riguardo, sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punti da 13 a 19).

<sup>18</sup> V., in tal senso, sentenza n. 6/2018, punto 15. V. indirizzo Internet alla nota 5 delle presenti conclusioni.

55. Nella stessa sentenza, la Corte costituzionale ha fornito due precisazioni ulteriori. Da un lato, l'intervento della Corte suprema di cassazione, in sede di controllo di giurisdizione, «nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione»<sup>19</sup>. Per contro, «non è consentita [mediante tale iter procedurale] la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo (...) adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda»<sup>20</sup>.

## VI. Analisi

### A. Sulla prima questione

56. Con la sua prima questione, la Corte suprema di cassazione chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, TFUE, nonché l'articolo 267 TFUE, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, ostino ad una norma quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo la quale un ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione non può essere proposto per contestare decisioni in cui il giudice di secondo grado ha applicato prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea.

#### 1. Sulle disposizioni pertinenti per risolvere la prima questione

57. Conformemente a una costante giurisprudenza della Corte, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita all'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito. In tale prospettiva, spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. La Corte ha difatti, il compito di interpretare tutte le norme del diritto dell'Unione che possano essere utili ai giudici nazionali al fine di dirimere le controversie di cui sono investiti, anche qualora tali norme non siano espressamente indicate nelle questioni ad essa sottoposte da detti giudici<sup>21</sup>.

58. Di conseguenza, benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato la sua prima questione all'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, TFUE, nonché dell'articolo 267 TFUE, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per definire la controversia di cui è investito, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel testo delle proprie questioni. A tale proposito, spetta alla Corte trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice del rinvio e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi del suddetto diritto che richiedano un'interpretazione tenuto conto dell'oggetto della controversia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Sentenza n. 6/2018, punto 14.1. V. indirizzo Internet alla nota 5 delle presenti conclusioni.

<sup>20</sup> Sentenza n. 6/2018, punto 17. V. indirizzo Internet alla nota 5 delle presenti conclusioni.

<sup>21</sup> V., in tal senso, sentenza del 2 aprile 2020, *Ruska Federacija* (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, punto 43).

<sup>22</sup> V., in tal senso, sentenze del 19 novembre 2020, *5th AVENUE Products Trading* (C-775/19, EU:C:2020:948, punto 34), e del 22 aprile 2021, *PROFI CREDIT Slovakia* (C-485/19, EU:C:2021:313, punto 50).

59. A tal riguardo, risulta che l'interpretazione dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, TFUE nonché dell'articolo 267 TFUE non appaia necessaria, tenuto conto delle informazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, per fornire una risposta utile alla prima questione pregiudiziale, atteso che detti articoli vertono rispettivamente sulle norme relative alla competenza esclusiva e concorrente dell'Unione e al meccanismo del rinvio pregiudiziale. Si deve ricordare invece che, come risulta dal suo considerando 36, la direttiva 2007/66, e dunque la direttiva 89/665, che essa ha modificato e completato, mirano a garantire il pieno rispetto del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta<sup>23</sup>.

60. Analogamente, nella misura in cui si applica agli Stati membri, l'articolo 47 della Carta fa eco all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dà specifica espressione al principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE<sup>24</sup>. Pertanto, è chiaro, secondo una giurisprudenza costante, che, in primis, «spetta ai giudici degli Stati membri, in forza del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione [e, in secondo luogo,] l'articolo 19, paragrafo 1, TUE impone (...) agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per garantire una tutela giurisdizionale effettiva, *in particolare ai sensi dell'articolo 47 della Carta*, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»<sup>25</sup>. Peraltro, la Corte ha già rilevato che l'obbligo imposto agli Stati membri ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE «*corrisponde al diritto sancito dall'articolo 47 della Carta*»<sup>26</sup>.

61. In tale contesto, poiché è pacifico che in Italia esiste un procedimento di controllo dinanzi a giudici indipendenti e che il dibattito verte non sull'istituzione di un mezzo di ricorso, bensì sul modo in cui tale mezzo di ricorso è attuato dai giudici competenti, non sembrano utili neppure gli articoli 4, paragrafo 3, e 19, paragrafo 1, TUE.

62. Di conseguenza, come suggerisce la Commissione<sup>27</sup>, ritengo che la prima questione sollevata dal giudice del rinvio debba essere intesa nel senso che essa mira a stabilire se l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una norma quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo cui un ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione non può essere utilizzato per impugnare sentenze di secondo grado che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea.

## 2. Contesto dell'analisi: autonomia procedurale ai sensi dell'articolo 47 della Carta

63. L'obbligo per gli Stati membri di predisporre una procedura di ricorso nel settore degli appalti pubblici è previsto all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665. Ai sensi del terzo comma di tale disposizione, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 2014/24 o dalla direttiva 2014/23,

<sup>23</sup> V., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.* (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 45).

<sup>24</sup> Conclusioni presentate dall'avvocato generale Sharpston nelle cause riunite *Star Storage e a.* (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:307, nota 32).

<sup>25</sup> Sentenza del 14 giugno 2017, *Online Games e a.* (C-685/15, EU:C:2017:452, punto 54, il corsivo è mio). V., in tal senso, sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e a.* (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorsi) (C-824/18, EU:C:2021:153, punto 143).

<sup>26</sup> Sentenza del 27 settembre 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, punto 58). Il corsivo è mio. V. altresì, in tal senso, sentenza del 16 maggio 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, punto 44).

<sup>27</sup> Osservazioni scritte della Commissione, punti 35 e 39.

le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, sulla base del fatto che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici o le norme nazionali che lo traspongono.

64. A tal riguardo, l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 precisa soltanto che gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che essi possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

65. In altri termini, la direttiva 89/665 non contiene disposizioni che disciplinino in modo specifico le condizioni alle quali tali mezzi di ricorso possono essere esercitati. Essa prevede solamente disposizioni che stabiliscono i requisiti minimi che le procedure di ricorso istituite negli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici<sup>28</sup>. In ogni caso, è giocoforza constatare che la direttiva 89/665 non contiene disposizioni specifiche relative ai ricorsi che possono o devono essere predisposti.

66. Tuttavia, in un contesto in cui non esiste una normativa dell'Unione in materia, è giurisprudenza costante che spetta a ciascuno Stato membro stabilire le modalità delle procedure amministrativa e giurisdizionale intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione<sup>29</sup>. Tale rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri è espressamente menzionato al considerando 34 della direttiva 2007/66 e si riflette nell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665.

67. Di conseguenza, come già affermato dalla Corte, nel definire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali destinati ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dalla direttiva 89/665 ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, gli Stati membri devono garantire il rispetto del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta<sup>30</sup>.

68. In altre parole, nell'attuazione della direttiva 89/665, gli Stati membri conservano, conformemente alla loro autonomia procedurale, la facoltà di adottare norme che possono rivelarsi differenti da uno Stato membro all'altro. Essi devono tuttavia garantire che tali norme non violino i requisiti derivanti da suddetta direttiva, in particolare quanto alla tutela giurisdizionale, garantita dall'articolo 47 della Carta, ad essa sottesa<sup>31</sup>. Ciò significa che le caratteristiche di un ricorso come quello previsto all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 devono essere determinate conformemente all'articolo 47 della Carta piuttosto che con riferimento ai principi di equivalenza e di effettività, poiché tali esigenze sono soltanto «espresse

<sup>28</sup> V., in tal senso, sentenza del 29 luglio 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe* (C-620/17, EU:C:2019:630, punto 52).

<sup>29</sup> V., ad esempio, per quanto riguarda la direttiva 89/665, sentenza del 12 marzo 2015, *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, punto 39).

<sup>30</sup> V., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.* (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 46).

<sup>31</sup> V., in tal senso, con riferimento della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU 2002, L 190, pag. 1), come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (GU 2009, L 81, pag. 24), sentenza del 10 marzo 2021, *PI* (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, punto 58).

attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto [dell'Unione]»<sup>32</sup>, ora sancito dall'articolo 19, paragrafo 1, TUE e dall'articolo 47 della Carta<sup>33</sup>.

69. Una limitazione del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ai sensi dell'articolo 47 della Carta, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, può quindi essere giustificata soltanto se prevista dalla legge, se rispetta il contenuto essenziale di tale diritto e se, in osservanza del principio di proporzionalità, è necessaria e risponde effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui<sup>34</sup>.

### 3. *Applicazione dei principi alla causa in esame*

70. Nella causa in esame, la norma controversa riguarda la limitazione del diritto di ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione. Tuttavia, da una giurisprudenza costante della Corte risulta che l'articolo 47 della Carta non impone un doppio grado di giudizio<sup>35</sup>. 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<sup>36</sup>.

71. In circostanze del genere, il fatto che il ricorso in cassazione di cui dispone l'offerente escluso sia, in quanto terzo grado di giudizio, limitato alle questioni di competenza giurisdizionale non può certamente essere considerato, di per sé, contrario al diritto dell'Unione neppure laddove precluda l'impugnazione una decisione con la quale il giudice di secondo grado ha applicato un'interpretazione del diritto nazionale che, oggettivamente, è contraria al diritto dell'Unione.

72. Il diritto dell'Unione, infatti, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettate le garanzie previste all'articolo 47 della Carta<sup>37</sup>. Tuttavia, se le norme di procedura nazionali garantiscono che sia rispettato il diritto all'esame nel merito del ricorso di un offerente, da parte del giudice di primo grado e, se del caso, in appello<sup>38</sup>, la norma procedurale di cui trattasi non è tale da pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 o i requisiti dell'articolo 47 della Carta.

73. Aggiungo altresì, per completezza, che, in ogni caso, se una norma processuale quale la limitazione del diritto di ricorrere in cassazione di cui trattasi nel procedimento principale dovesse essere considerata una limitazione del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice

<sup>32</sup> Sentenza del 15 aprile 2008, *Impact* (C-268/06, EU:C:2008:223, punto 47). V., altresì, sentenze del 18 marzo 2010, *Alassini e a.* (da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 49), nonché del 14 settembre 2016, *Martínez Andrés e Castrejana López* (C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680, punto 59).

<sup>33</sup> V., in tal senso, conclusioni presentate dall'avvocato generale Wathelet nella causa *Hochtief* (C-300/17, EU:C:2018:405, paragrafi da 32 a 35).

<sup>34</sup> V., in tal senso, sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.* (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 49).

<sup>35</sup> V., in tal senso, sentenze del 19 giugno 2018, *Gnandi* (C-181/16, EU:C:2018:465, punto 57), e del 26 settembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen* (Effetto sospensivo dell'appello) (C-175/17, EU:C:2018:776, punto 34). Si può altresì aggiungere che, ad oggi, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), non crea né impone l'esistenza di un diritto a un doppio grado di giudizio, almeno in materia civile.

<sup>36</sup> V., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2014, *Sánchez Morcillo e Abril García* (C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 36); dell'11 marzo 2015, *Oberto e O'Leary* (C-464/13 e C-465/13, EU:C:2015:163, punto 73); del 19 giugno 2018, *Gnandi* (C-181/16, EU:C:2018:465, punto 57); del 26 settembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen* (Effetto sospensivo dell'appello) (C-175/17, EU:C:2018:776, punto 34), nonché del 29 luglio 2019, *Bayerische Motoren Werke e Freistaat Sachsen/Commissione* (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punto 51).

<sup>37</sup> V., in tal senso (con riferimento ai principi di effettività e di equivalenza piuttosto che all'articolo 47 della Carta), sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal* (C-161/15, EU:C:2016:175, punto 27).

<sup>38</sup> Relativamente a tale requisito, v. sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 33).

ai sensi dell'articolo 47 della Carta, si dovrebbe ammettere che si tratta di una misura, da un lato, prevista «per legge» e, dall'altro, in grado di dissuadere la presentazione di ricorsi pretestuosi e di garantire ai singoli, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, la trattazione dei loro ricorsi nel più breve termine possibile, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta<sup>39</sup>. Infine, la norma di cui trattasi non eccede quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.

74. L'articolo 47 della Carta richiede naturalmente l'introduzione di un ricorso effettivo tanto in diritto quanto in pratica<sup>40</sup>. Tuttavia, se risulta, da un lato, che l'accesso a un «giudice» ai sensi dell'articolo 47 della Carta è garantito senza difficoltà e, dall'altro, che il diritto nazionale conferisce a detto «giudice» la competenza a esaminare il merito della controversia, come testimonia la sentenza del TAR della Valle d'Aosta nella presente causa, né la direttiva 89/665 né l'articolo 47 della Carta possono essere interpretati nel senso che impongono un ulteriore grado di giudizio per porre rimedio a un'applicazione erronea di dette norme da parte del giudice di appello.

75. Infatti, come sottolineato da più parti, ci si deve chiedere cosa accadrebbe se il giudice di terzo grado confermasse a sua volta l'interpretazione del giudice di secondo grado. L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, richiederebbe allora di predisporre un quarto grado di giudizio? In sostanza, tale questione si risponde da sé. A mio avviso, la soluzione a un'errata applicazione del diritto dell'Unione da parte di un giudice di ultima istanza deve essere trovata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE<sup>41</sup> o, ad esempio, un'azione del tipo Francovich<sup>42</sup> che offra la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione<sup>43</sup>.

#### *4. Ulteriori osservazioni sulla giurisprudenza Francovich e sulla necessità del suo sviluppo*

76. A tal riguardo, si deve ammettere che, all'udienza, vi sono state molte discussioni sui mezzi di ricorso che potrebbero essere messi a disposizione della Randstad nelle circostanze del caso di specie, poiché sembra corretto far presente che la decisione del Consiglio di Stato stessa, che ha respinto l'impugnazione per motivi di legittimazione ad agire, non sembrava avere molti sostenitori.

77. All'udienza è stato suggerito che la Randstad potrebbe invocare l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665, che prevede il risarcimento del danno per violazioni della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Mentre, in senso stretto, non è necessario pronunciarsi su tale punto, mi sembra che la suddetta disposizione riguardi semplicemente la competenza dei

<sup>39</sup> V., in tal senso (relativamente a una garanzia di buona condotta), sentenza del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.* (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 54). In proposito è d'uopo constatare che la Corte interpreta l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665 nel senso che esso impone agli Stati membri l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, per il motivo che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che traspongono il diritto in parola (v., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punto 50; del 15 settembre 2016, *Star Storage e a.*, C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688, punto 39, nonché del 29 luglio 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, C-620/17, EU:C:2019:630, punto 50).

<sup>40</sup> V., in tal senso (sugli articoli 6 e 13 della CEDU), Varga, Z., «National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts», *CML Rev.*, 2017, vol. 54, pagg. da 52 a 80, in particolare pag. 75.

<sup>41</sup> V., in tal senso, sentenza del 4 ottobre 2018, *Commissione/Francia (anticipo d'imposta)* (C-416/17, EU:C:2018:811).

<sup>42</sup> Sentenza del 19 novembre 1991, *Francovich e a.* (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428).

<sup>43</sup> V., in tal senso, sentenze del 4 marzo 2020, *Telecom Italia* (C-34/19, EU:C:2020:148, punti da 67 a 69), e del 29 luglio 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe* (C-620/17, EU:C:2019:630, punto 64).

giudici nazionali a concedere un risarcimento dei danni sulla base di responsabilità oggettiva per violazioni delle norme di aggiudicazione degli appalti da parte di *un'amministrazione aggiudicatrice*, cosa diversa rispetto all'erronea applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici da parte di un giudice. È stato altresì osservato che allo Stato italiano potrebbe incombere un'eventuale responsabilità nell'ambito di un'azione di risarcimento danni in base alla sentenza Francovich a causa della mancata corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte del sistema giudiziario di detto Stato.

78. In proposito si può rilevare che le circostanze precise attinenti al motivo per cui il Consiglio di Stato si è pronunciato a sfavore della Randstad su tale punto non sono del tutto chiare. Nell'ipotesi in cui siano successivamente intraprese altre azioni da parte della Randstad, spetterebbe al giudice nazionale competente verificare e valutare le ragioni per le quali il Consiglio di Stato *pare* non aver applicato una giurisprudenza consolidata della Corte relativa alla legittimazione ad agire in materia di appalti pubblici o, in quanto detto giudice nutrisse dubbi, perché non ha effettuato (quale giudice di ultima istanza) l'adeguato rinvio di cui all'articolo 267 TFUE. Vi potrebbe – forse – essere una spiegazione per la decisione del Consiglio di Stato su detto aspetto.

79. Vorrei nondimeno cogliere l'occasione per far notare che ritengo che la giurisprudenza Francovich debba ormai essere letta con nuovi occhi alla luce dei requisiti di cui all'articolo 47 della Carta e, eventualmente, ulteriormente sviluppata sotto tale profilo. Dalla sentenza del 5 marzo 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79) (in prosieguo: la «sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame»), risulta che gli Stati membri sono tenuti a fornire un risarcimento in relazione a una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto dell'Unione qualora, da parte loro, sussista una «violazione manifesta e grave (...) dei limiti posti al loro potere discrezionale»<sup>44</sup>.

80. Tuttavia, la difficoltà insita nell'applicazione pratica di tale criterio risiede nel fatto che i manifesti inadempimenti degli Stati membri (compresi gli inadempimenti giudiziari) potrebbero troppo spesso e troppo facilmente essere giustificati adducendo che essi sarebbero stati commessi in buona fede o sarebbero altrimenti scusabili alla luce delle circostanze o, in ogni caso, non sarebbero «manifesti e gravi». Considerazioni di cortesia giudiziaria o la deferenza nei confronti di venerabili istituzioni giudiziarie nazionali non dovrebbero tuttavia far desistere dal qualificare siffatti errori come «manifesti e gravi» nell'accezione della citata sentenza Brasserie du pêcheur, ove ciò sia giustificato. 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. Sebbene la portata della sentenza Francovich, per forza di cose, non venga mai meno nella causa di cui trattasi, la questione dovrà nondimeno attendere una soluzione in una fase successiva, poiché essa non viene direttamente sollevata nell'ambito del presente procedimento.

81. Allo stesso tempo, qualsiasi volontà di giustificare gli inadempimenti degli Stati membri è di poco conforto per una parte di una controversia, se l'avvio di un'«azione Francovich» fosse essa stessa resa eccessivamente difficile in pratica. Ciò può essere riassunto precisando che, ove la mancata corretta applicazione, da parte di un giudice d'appello contro in quale non è esperibile un'ulteriore impugnazione, della giurisprudenza consolidata della Corte non costituisca, di per

<sup>44</sup> Sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame (punto 55).

sé, il fondamento di un ricorso per risarcimento del danno basato sui criteri della «violazione manifesta e grave», è necessario che tali criteri – i quali sono, dopo tutto, preesistenti all'entrata in vigore della Carta – siano essi stessi ulteriormente affinati. Se quella dell'articolo 47 della Carta non deve essere una promessa vuota, mi sembra allora che la mancata applicazione nel caso di specie, da parte di un giudice di ultima istanza, della giurisprudenza costante della Corte dovrebbe comportare una responsabilità del tipo Francovich dello Stato membro di cui trattasi. La Corte ha, in ogni caso, dichiarato che, quando un giudice nazionale infrange il diritto dell'Unione «ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte», ciò di per sé indica una violazione sufficientemente caratterizzata<sup>45</sup>.

82. Tutto ciò richiama alla mente il caso della storia di Sherlock Holmes sul cane che non aveva abbaiato<sup>46</sup>. In quest'ottica, è l'assenza generale di giurisprudenza al riguardo ad essere rivelatrice<sup>47</sup>. Ciò può essere considerato di per sé come un indizio del fatto 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<sup>48</sup>. 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 nazionali.

83. A ciò si potrebbe aggiungere che, nel particolare contesto di una violazione in materia di appalti pubblici, sarebbe in certa misura incongruo che la direttiva 89/665 prevedesse una forma di responsabilità oggettiva per errori commessi dall'amministrazione aggiudicatrice, laddove al contempo la responsabilità per errori commessi dai giudici nazionali relativamente al controllo della procedura di aggiudicazione degli appalti dovesse restare a un livello [talmente elevato da scoraggiarne l'attivazione].

84. Da parte mia, ritengo tuttavia che la normativa, in una certa misura, sia progredita dopo la sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Alla luce della successiva entrata in vigore dell'articolo 47 della Carta, sono dell'avviso che, per le ragioni già esposte, occorra parimenti esaminare se l'errore giudiziario di cui trattasi fosse *oggettivamente* scusabile. In mancanza di tale esame, esiste un rischio reale che l'applicazione dei criteri della sentenza Brasserie du pêcheur 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.

<sup>45</sup> V., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punto 56), e del 25 novembre 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punto 52).

<sup>46</sup> «The Adventure of Silver Blaze» in Conan Doyle, A., *The Memoirs of Sherlock Holmes* (Londra, 1892).

<sup>47</sup> V., in generale, Beutler, B., «State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?», *CML Rev*, 46, 2009, pagg. da 773 a 787.

<sup>48</sup> V., in tal senso, sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punto 53).

## *5. Conclusione sulla prima questione*

85. In sintesi, ritengo pertanto che l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso non osta a una norma quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo la quale un ricorso in cassazione per motivi di «difetto di potere giurisdizionale» non può essere utilizzato per impugnare sentenze di secondo grado che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea.

86. La soluzione relativamente all'applicazione erronea del diritto dell'Unione da parte di un giudice di ultima istanza deve essere trovata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE o la facoltà di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione.

## *B. Sulla seconda questione*

87. Con la sua seconda questione la Corte suprema di cassazione chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE e l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, ostino a che le norme relative al ricorso per cassazione per «motivi inerenti alla giurisdizione» siano interpretate ed applicate in modo tale che un ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione non sia proponibile al fine di impugnare una sentenza con la quale il Consiglio di Stato ometta, immotivatamente, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte, in assenza delle condizioni che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, come indicate dalla Corte nella sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit e a. (238/81 EU:C:1982:335).

88. L'idea sottesa a tale questione è che il giudice nazionale non può essere privato, neppure temporaneamente, della libertà di effettuare un rinvio pregiudiziale, poiché ciò avrebbe la conseguenza di usurpare la competenza esclusiva della Corte di interpretare il diritto dell'Unione in modo corretto e vincolante, pregiudicando così l'applicazione uniforme e la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di cui godono i singoli in forza del diritto dell'Unione.

89. In via preliminare, si potrebbe rilevare che la Corte di cassazione solleva una questione supplementare nella parte introduttiva della domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alla seconda questione, che non figura nel testo della questione da ultimo posta. Infatti, dal punto 50 della domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che la Corte suprema di cassazione, oltre alla questione formalmente sollevata, si interroga anche sull'approccio secondo cui essa non potrebbe operare il rinvio pregiudiziale direttamente.

90. Atteso che tale problematica non figura nella questione da ultimo posta, non mi dilungherò. Peraltro, mi sembra che la risposta a tale questione non dia adito a dubbi. Infatti, si deve ricordare che secondo una giurisprudenza consolidata, l'articolo 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte se ritengono che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione, essenziali ai fini della pronuncia nel merito della causa di cui

sono investiti<sup>49</sup>. Di conseguenza, se la Corte suprema di cassazione è validamente adita, le norme processuali nazionali non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti su detto giudice in forza dell'articolo 267 TFUE<sup>50</sup>.

91. Ciò premesso, e giungo adesso alla seconda questione espressamente sollevata, non ritengo che le norme processuali nazionali quali la norma controversa che limita il ricorso per cassazione alle questioni di competenza giurisdizionale debbano necessariamente, per risultare compatibili con il diritto dell'Unione, essere interpretate nel senso che consentono un ricorso per cassazione qualora un giudice di primo grado o un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale ai sensi della normativa interna non effettui un rinvio alla Corte di giustizia.

92. Infatti, poiché spetta ai giudici nazionali applicare il diritto dell'Unione, a essi incombe necessariamente il primo compito interpretativo. Come la Corte ha già avuto modo di rilevare, i giudici nazionali adempiono, in collaborazione con la Corte, una funzione loro attribuita congiuntamente al fine di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati<sup>51</sup>. Dal sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, e segnatamente dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dall'articolo 19, paragrafo 1, TUE e dall'articolo 267 TFUE, ai quali fa riferimento il giudice del rinvio, discende che la Corte non dispone di un monopolio sull'interpretazione del diritto dell'Unione, ma piuttosto detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione *definitiva* di detto diritto<sup>52</sup>.

93. L'obbligo di adire la Corte in via pregiudiziale, previsto all'articolo 267, terzo comma, TFUE, incombente agli organi giurisdizionali nazionali avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso, rientra nell'ambito della cooperazione istituita al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nell'insieme degli Stati membri, tra i giudici nazionali, in quanto incaricati dell'applicazione del diritto dell'Unione, e la Corte<sup>53</sup>.

94. Ciò che l'articolo 267 TFUE consente è, pertanto, l'instaurazione di un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e gli organi giurisdizionali degli Stati membri<sup>54</sup>. Come già ricordato nelle presenti conclusioni, conformemente a una giurisprudenza costante, tale disposizione conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora essi ritengano che una causa dinanzi ad essi pendente faccia sorgere questioni che richiedono un'interpretazione o un esame della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione essenziali ai fini della soluzione della lite di

<sup>49</sup> V., in tal senso e tra le altre, sentenze del 16 dicembre 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723, punto 88); del 15 gennaio 2013, *Križan e a.* (C-416/10, EU:C:2013:8, punto 64), nonché del 2 marzo 2021, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorsi)* (C-824/18, EU:C:2021:153, punto 91 e giurisprudenza ivi citata).

<sup>50</sup> V., in tal senso, sentenza del 18 luglio 2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi* (C-136/12, EU:C:2013:489, punto 32). Il fatto che si possa ritenere che tanto il Consiglio di Stato quanto la Corte di cassazione siano tenuti ad adire la Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE nell'ambito di una medesima controversia non costituisce un problema. Al contrario, in tale ipotesi, in assenza di una previa adizione della Corte di giustizia da parte di un organo giurisdizionale quale il Consiglio di Stato, un organo giurisdizionale quale le Sezioni Unite dalla Corte di cassazione è tenuto esso stesso a sottoporre la questione alla Corte (v., in tal senso, in un contesto in cui due giudici potrebbero essere tenuti a rivolgersi alla Corte di giustizia, sentenza del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, punto 30).

<sup>51</sup> V., in tal senso, parere 1/09 (Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti) dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 69), e sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117, punto 33).

<sup>52</sup> V., in tal senso, parere 1/17, del 30 aprile 2019 (EU:C:2019:341, punto 111).

<sup>53</sup> V., in tal senso, sentenze del 6 ottobre 1982, *Cilfit e a.* (283/81, EU:C:1982:335, punto 7), e del 9 settembre 2015, *X e van Dijk* (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564, punto 54).

<sup>54</sup> V., in tal senso, sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorsi)* (C-824/18, EU:C:2021:153, punto 90).

cui sono investiti<sup>55</sup>. Per di più, occorre ricordare che, a norma dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è *in linea di principio* tenuta a rivolgersi alla Corte, quando è chiamata a pronunciarsi su una questione di interpretazione del diritto dell'Unione<sup>56</sup>.

95. In tale particolare contesto di cooperazione istituito dall'articolo 267 TFUE, ciò che pertanto è vietato a una norma di diritto nazionale è *impedire* a un organo giurisdizionale nazionale di avvalersi della suddetta facoltà o di conformarsi al suddetto obbligo<sup>57</sup>. In altri termini, il requisito *minimo* è che il giudice designato dal sistema processuale nazionale per pronunciarsi su questioni connesse con il diritto dell'Unione – come, nel caso di specie, i Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici – abbia la possibilità, se non l'obbligo, di effettuare un rinvio per pronuncia pregiudiziale. Se così avviene, spetta esclusivamente al solo giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria decisione, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte<sup>58</sup>. In sintesi, come ha recentemente esposto l'avvocato generale Bobek, la logica della giurisprudenza della Corte in materia mira soltanto a garantire che le norme processuali nazionali non ostino a che siano sollevate questioni di diritto dell'Unione, potendo una domanda di pronuncia pregiudiziale essere formulata indipendentemente dalla fase del procedimento<sup>59</sup>.

96. Tuttavia, come si vedrà nell'ambito della mia analisi della terza questione proposta dalla Corte suprema di cassazione, sebbene sia chiaro che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto interpellare in via pregiudiziale la Corte se avesse avuto dubbi circa l'ambito di applicazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, come interpretato in precedenza dalla Corte, si deve constatare che non esisteva tuttavia alcuna norma processuale nazionale che impedisse a detto giudice di avviare siffatto dialogo con la Corte.

97. A mio avviso, la mancata adizione della Corte in via pregiudiziale potrebbe quindi comportare un'illegittimità sostanziale (a causa dell'errata applicazione del diritto dell'Unione che è stato erroneamente interpretato dal giudice nazionale) e/o un'illegittimità procedurale (a causa della mancata adizione della Corte in via pregiudiziale laddove il giudice in questione era tenuto a farlo), ma non deve essere considerata una questione di competenza giurisdizionale ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana. Come ho indicato al termine della mia analisi della prima questione pregiudiziale, sebbene tali soluzioni non siano ottimali, la risposta a un'errata applicazione del diritto dell'Unione da parte di un giudice di ultima istanza – e, aggiungo qui, agli obblighi derivanti dall'articolo 267 TFUE – deve essere trovata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento o la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere una tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli.

<sup>55</sup> V. la giurisprudenza citata alla nota 49.

<sup>56</sup> V., in tal senso, sentenza del 24 ottobre 2018, XC e a. (C-234/17, EU:C:2018:853, punto 43). V. altresì, con un'altra formulazione, sentenze del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 32), e del 2 marzo 2021, A.B. E a. (Nomina dei giudici della Corte suprema – Ricorsi) (C-824/18, EU:C:2021:153, punto 92).

<sup>57</sup> V., in tal senso, sentenze del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punti 32 e 33), e del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici della Corte suprema – Ricorsi) (C-824/18, EU:C:2021:153, punto 93).

<sup>58</sup> V., in tal senso, sentenza del 9 settembre 2015, X e van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564, punto 57).

<sup>59</sup> V., in tal senso, conclusioni presentate dall'avvocato generale Bobek nella causa Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, paragrafo 27).

98. In effetti, in considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme del diritto dell'Unione, come ho già indicato, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un ristoro o risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro<sup>60</sup>.

99. Di conseguenza, conformemente alle considerazioni che precedono, concludo che l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE e l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, non ostano a che le norme relative al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione siano interpretate ed applicate nel senso di precludere che dinanzi alle Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione sia proposto un ricorso per cassazione finalizzato a impugnare una sentenza con la quale il Consiglio di Stato ometta, immotivatamente, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte.

### *C. Sulla terza questione*

100. Con la sua terza questione, la Corte suprema di cassazione chiede, in sostanza, se l'interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66, risultante dalle sentenze della Corte del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675), si applichi al procedimento principale.

101. A tal riguardo, secondo una giurisprudenza costante, una domanda di pronuncia pregiudiziale si giustifica non con la formulazione di pareri a carattere consultivo su questioni generali o teoriche, bensì con la necessità di dirimere concretamente una controversia vertente sul diritto dell'Unione<sup>61</sup>.

102. Tuttavia, dato che sono giunto alla conclusione, nell'ambito della prima questione pregiudiziale, che la limitazione della competenza giurisdizionale della Corte di cassazione, quale prevista all'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, non è contraria all'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665 e all'articolo 47 della Carta, il giudice del rinvio dovrebbe essere incompetente a esaminare, nel procedimento principale, l'ambito di applicazione della direttiva 89/665. Propongo tuttavia di esaminare detta questione nell'ipotesi in cui la Corte dovesse decidere diversamente.

103. Va ricordato che, nel procedimento principale, la Randstad ha contestato la sua esclusione da una gara d'appalto e l'aggiudicazione dell'appalto ad un'altra impresa. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha esaminato nel merito solo il motivo con il quale la Randstad ha contestato i punti attribuiti alla sua offerta tecnica – che erano inferiori alla «soglia minima» – e ha esaminato in via prioritaria i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'aggiudicatario. Esso ha accolto tali impugnazioni incidentali, astenendosi dall'esaminare nel merito gli altri motivi dell'impugnazione principale volti a contestare l'esito della gara d'appalto per ragioni diverse da quelle relative ai punti attribuiti alla sua offerta tecnica.

<sup>60</sup> V., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513, punto 33), e del 9 settembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito e a.* (C-160/14, EU:C:2015:565, punto 47).

<sup>61</sup> V., in tal senso, sentenza del 3 ottobre 2019, *A e a.* (C-70/18, EU:C:2019:823, punto 73).

104. Ho già illustrato, nelle osservazioni preliminari alle presenti conclusioni, la giurisprudenza della Corte relativa alla portata dell'obbligo di prevedere una procedura di ricorso prevista all'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, nel particolare contesto di un ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario. Giunti a questa fase, si può quindi constatare che il criterio determinante l'obbligo del giudice di esaminare il ricorso della ricorrente è che ciascuna delle parti del procedimento ha un interesse legittimo all'esclusione delle offerte presentate dagli altri concorrenti. Ciò significa che non si può escludere la possibilità che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura<sup>62</sup>.

105. Su questo punto la Corte è stata particolarmente chiara: «la ricevibilità del ricorso principale non può – a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 – essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari [o] alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. *L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente*»<sup>63</sup>. Un offerente la cui offerta è stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di affidamento di appalto pubblico può vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro la decisione di attribuzione dell'appalto pubblico, solo se la decisione di esclusione di detto offerente è stata confermata da una decisione che ha acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunci, sicché il suddetto offerente deve essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione<sup>64</sup>.

106. Nel procedimento principale, in primo luogo, è pacifico che la Randstad non era ancora stata esclusa definitivamente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto nel momento in cui ha proposto ricorso dinanzi al Consiglio di Stato. In secondo luogo, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che la Randstad ha invocato, tra i motivi per la riammissione alla gara d'appalto, l'illegittimità della nomina e della composizione della commissione di gara incaricata di effettuare la valutazione economica. Tuttavia, se tali irregolarità fossero constatate, esse giustificerebbero l'esclusione sia dell'offerta prescelta sia di quella dell'offerente che contesta la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice e inficerebbero anche le altre offerte presentate nell'ambito della procedura di gara, il che potrebbe indurre la suddetta amministrazione a dover avviare una nuova procedura.

107. In siffatte circostanze, mi sembra certo che il principio stabilito e confermato dalla giurisprudenza citata dal giudice del rinvio fosse applicabile al procedimento principale. Il Consiglio di Stato era quindi tenuto a riconoscere l'interesse della Randstad a contestare, sia in primo grado sia in appello, la regolarità della procedura e, quindi, della decisione di aggiudicazione dell'appalto o, in subordine, a presentare alla Corte una domanda in tal senso in caso di dubbio.

<sup>62</sup> V., in tal senso, sentenze del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punto 28), e del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 27).

<sup>63</sup> Sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 29). Il corsivo è mio.

<sup>64</sup> V. a tal fine sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

## VII. Conclusione

108. Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni poste dalla Corte suprema di cassazione (Italia) come segue:

- 1) L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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, come modificata, in particolare, dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una norma quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo la quale un ricorso in cassazione per motivi di «difetto di potere giurisdizionale» non può essere utilizzato per impugnare sentenze di secondo grado 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.

La soluzione relativamente all'applicazione erronea del diritto dell'Unione da parte di un giudice di ultima istanza deve essere trovata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE o la facoltà di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione.

- 2) L'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, non ostano a che le norme relative al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione siano interpretate ed applicate nel senso di precludere che dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione sia proposto un ricorso per cassazione finalizzato a impugnare una sentenza con la quale il Consiglio di Stato ometta, immotivatamente, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte.

In subordine:

- 3) L'interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66, che deriva dalle sentenze della Corte del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), e del 5 settembre 2019, *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675), è applicabile nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui la decisione di esclusione dell'offerente non aggiudicatario non è stata confermata da una decisione che ha acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si sia pronunciato, e in cui detto offerente ha presentato un motivo che potrebbe indurre l'amministrazione aggiudicatrice a dover avviare una nuova procedura.