



Le pregiudiziali *Randstad* sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*

DI ROBERTO BARATTA**

Sommario: 1. Premessa – 2. Sintesi della vicenda processuale. – 3. Cenni sulla frizione tra Corte di Cassazione e Giudice delle leggi. – 4. I tre quesiti pregiudiziali. – 5. La sottostante questione istituzionale. – 6. Approccio minimalista o più invasivo della Corte di giustizia? – 7. *Locus standi* nella direttiva procedure. – 8. L'ipotesi di una risposta *light touch* della Corte di giustizia.

1. Premessa.

L'ordinanza relativa al caso *Randstad* va oltre la questione, concernente la legittimazione ad agire in cassazione dell'offerente estromesso da una gara pubblica, da cui la vicenda trae origine¹. In effetti, dai quesiti pregiudiziali emergono distonie tra organi apicali del potere giurisdizionale circa la configurabilità di limiti esterni all'esercizio della *iurisdictio* statale imposti dal rispetto del diritto dell'Unione (e, come si accennerà, anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²).

* Lo scritto riproduce la relazione svolta nel corso del Convegno organizzato dall'Istituto Grandi Infrastrutture "Appalti pubblici: la certezza del diritto alla ricerca del conforto dei giudici superiori" (Roma, 2 dicembre 2020).

** Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre (roberto.baratta@uniroma3.it).

¹ L'ordinanza è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione il 18 settembre 2020, n. 19598/2020.

² Giova sottolineare che la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 (di cui *infra*), che è all'origine del dissidio con le Sezioni Unite della Corte di cassazione, riguardava l'ipotesi della violazione dell'art. 117 Cost. da parte di una legge che riservava alla giurisdizione del giudice amministrativo talune controversie in materia di pubblico impiego a condizione che la domanda fosse stata proposta entro un certo termine a pena di decadenza, risolvendosi tale limitazione temporale, secondo la Cassazione, in una violazione dell'art. 6 CEDU come accertata dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze *Mottola* e *Staibano*. In breve, nel sollevare la questione di costituzionalità, la Cassazione intendeva ricondurre ad armonia l'ordinamento interno con gli obblighi internazionali dello Stato. La Corte costituzionale dichiarò tuttavia la questione inammissibile perché il sindacato esercitato dalla Corte di

Suscita certamente interesse o, in taluni, avversità che la Corte di giustizia sia chiamata a pronunciarsi, secondo il diritto dell'Unione europea, sulle divergenze tra la Cassazione cui è riservato il compito di garantire la nomofilachia e con essa l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, da un lato, e il Giudice delle leggi e il supremo organo giurisdizionale amministrativo, dall'altro³.

Un simile intervento esterno sorprende forse meno gli studiosi del diritto internazionale e dei rapporti tra ordinamenti poiché essi sono avvezzi alle conflittualità originate dal pluralismo ordinamentale. La nota divergenza tra la Corte costituzionale e la Corte internazionale di giustizia riguardo all'immunità dalla giurisdizione italiana per crimini di guerra commessi da truppe tedesche all'epoca dell'occupazione⁴, è un esempio. Lo sono anche i contrasti tra alcune Corti supreme europee e la Corte di giustizia quando le prime contestano in chiave di nazionalistica il primato del diritto dell'Unione a fronte di orientamenti della seconda ritenuti invasivi delle sovranità interne⁵, ponendosi così il problema, più generale, della strutturale integrazione dell'ordinamento interno in quello sovranazionale e, con essa, dell'inserimento del potere giurisdizionale statale nella cornice giudiziaria unitaria o monistica disegnata nel tempo dalla Corte di Lussemburgo (di cui si dirà *infra* par. 4). Si pensi infine, per restare su temi contigui alla vicenda *Randstad*, a taluni precedenti che pur evocano frizioni tra giudici italiani sull'applicazione di norme europee, deferite alla Corte di giustizia. Ad esempio, in *Puligienica* (C-689/13)⁶ il giudice del rinvio aveva *inter alia* attirato l'attenzione sulla regola sancita all'art. 99, comma 3, c.p.a., secondo cui la sezione del Consiglio di Stato che intenda discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale definito dall'Adunanza plenaria, è obbligata a rimettere la questione alla stessa Adunanza⁷; ancora, in *Vitali* il Tar Lombardia aveva evidenziato il suo dissenso rispetto a un filone giurisprudenziale del Consiglio di Stato in tema di subappalto⁸.

cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è circoscritto, *ex art.* 111, ottavo comma, Cost., al difetto assoluto del potere giurisdizionale e non include gli errori eventualmente compiuti dal giudice amministrativo nell'applicazione di norme internazionali ed europee.

³ Per un primo commento all'ordinanza v. G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020, p. 1 ss.; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, n. 4/2020, p. 73 ss.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 29 novembre 2020, p. 1 ss.

⁴ V. la sentenza della Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238 che reca il riferimento alla nota sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2012, avverso la quale il Giudice delle leggi ha opposto la dottrina dei controllimiti.

⁵ Cfr. da ultimo M. DOUGLAS, *General Report. National Courts and the Enforcement of EU Law*, in *National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order*, The XXIX FIDE Congress in The Hague, 2020 Congress Publications (a cura di M. BOTMAN & J. LANGER), eleven international publ., The Hague, 2020, p. 39 ss., e con riguardo al rapporto italiano, R. BARATTA, p. 285 ss.

⁶ Corte giust., sent. 5 aprile 2016, *Puligienica*, causa C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, pt. 20 (prima parte del secondo quesito).

⁷ A norma del quale «... la sezione cui è assegnato il ricorso» che ritenga «di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria» è obbligata a rimettere «a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

⁸ Cfr. Corte giust., sent. 26 settembre 2019, causa C-63/18, *Vitali*, ECLI:EU:C:2019: 787, pt.16.

2. Sintesi della vicenda processuale

Comunque sia, in estrema sintesi la vicenda Randstad concerne la condizione giuridica del partecipante a una procedura a evidenza pubblica (di appalto) estromesso dalla Commissione giudicatrice per il mancato superamento di una prestabilita soglia di sbarramento prevista dal bando. Impugnata l'esclusione al fine di ottenere la riammissione alla gara, l'offerente si vede (correttamente, *prima facie*) rigettare in primo grado le censure non solo in punto di legittimazione ad agire, ma anche nel merito. Per contro, l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, pur confermando il rigetto delle doglianze di Randstad, si conclude con la riforma della pronuncia del Tar. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, una volta che siano state respinte le contestazioni relative alla soglia di sbarramento, il ricorso principale è *sic et simpliciter* inammissibile in punto di rito. La ricorrente è dunque priva di legittimazione in quanto incorsa in violazione di doveri sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza e, in ogni caso, di esclusione dalla gara, tali da impedire la pronuncia sul merito. L'inammissibilità del ricorso consegue alle eccezioni dedotte dal ricorso incidentale escludente presentato dal controinteressato aggiudicatario⁹. In altri termini, sulle orme di una consolidata linea giurisprudenziale dell'Adunanza plenaria, fondata *inter alia* sul principio di economia del giudizio, la ricorrente è soltanto portatrice di un interesse di mero fatto, non molto diverso da quello di qualunque altro operatore economico del settore che abbia deciso di *non* partecipare alla gara¹⁰.

Avverso la sentenza del Consiglio di Stato, nel gravame per cassazione l'offerente escluso (Randstad) sottolinea varie incoerenze di tale giurisprudenza con il diritto dell'Unione. Con l'ordinanza n. 19598/2020, le Sezioni unite della Corte di Cassazione sospendono il procedimento e chiedono in via pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi in sostanza sulla compatibilità, con gli obblighi imposti dal processo di integrazione europea, di un recente indirizzo della Corte Costituzionale (di cui al paragrafo successivo) che esclude la competenza della stessa Corte di cassazione a giudicare sulle eventuali violazioni del diritto dell'Unione imputabili al giudice amministrativo. Più precisamente, le Sezioni unite, accantonato l'atteggiamento prudente che in passato ha caratterizzato il controllo sulla giurisdizione amministrativa¹¹, hanno rivolto tre quesiti pregiudiziali corredati da numerose e pertinenti argomentazioni fondate sul diritto dell'Unione e sulla giurisprudenza del suo giudice *naturale*, la Corte di giustizia.

3. Cenni sulla frizione tra Corte di Cassazione e Giudice delle leggi

⁹ Come rilevato dal Consiglio di Stato nella sentenza del 25 febbraio 2014 dell'Adunanza plenaria: «qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale», p. 34.

¹⁰ V. in particolare la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014 n. 9, che ripercorre e precisa la precedente giurisprudenza (in specie la sentenza n. 4/2011) dopo che una sezione del Consiglio aveva sollecitato un *revirement* in tema di regolarizzazione degli atti di partecipazione a gare pubbliche tramite strumenti (il c.d. soccorso istruttorio ex art. 46 del codice dei contratti pubblici ovvero il diverso istituto, di carattere generale del procedimento amministrativo, del «potere di soccorso» ex art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990) di correzione dell'eccessivo rigore delle forme, così da privilegiare il dato sostanziale su quello meramente formale qualora non fosse in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell'impresa.

¹¹ M.A. SANDULLI, op. cit., p. 3 ss. che parla anche di attitudine «eccessivamente prudentiale» e di «estrema cautela» delle Sezioni unite.

Come è noto, l'accennato filone giurisprudenziale del supremo giudice amministrativo è stato inizialmente, e a più riprese, disatteso dalla Corte di cassazione, la quale ha affermato che la nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione» (di cui all'art. 111, ottavo comma Cost.¹², e agli articoli 91 e 110 c. p. a. che utilizzano la medesima formulazione letterale) include *inter alia* le censure volte a contestare l'erronea applicazione del diritto dell'Unione.

Invero, secondo una concezione estensiva prefigurata dalla Corte di cassazione in alcuni, peraltro circoscritti, suoi precedenti¹³, l'eccesso di potere giudiziario o, altrimenti detto, il difetto di giurisdizione sussiste *inter alia* qualora il giudice amministrativo abbia esercitato poteri di cui è in realtà privo, oltrepassando i limiti delle proprie attribuzioni a detrimento – per quel che qui interessa – delle competenze che i Trattati riservano alla Corte di giustizia. Il superamento dei limiti *esterni* alla *iurisdictio* dei giudici amministrativi è cioè considerato un vizio censurabile in cassazione in quanto motivo *inerente* all'esercizio della stessa *iurisdictio*¹⁴. Così facendo, il giudice di legittimità persegue in ultima analisi lo scopo, in sé meritevole di apprezzamento, di porre un argine alla formazione di giudicati viziati da eventuali *errores in iudicando* o in *procedendo* commessi dal giudice amministrativo a scapito della corretta applicazione dell'*acquis* dell'Unione (e della CEDU): apprezzabile in quanto è ragionevole attendersi che un organo nazionale si adoperi per evitare che lo Stato incorra in forme di responsabilità per violazione di obblighi europei (e internazionali).

La successiva sentenza n. 6/2018 della Corte Costituzionale si pone in senso decisamente contrario all'indirizzo della Corte di cassazione: il ricorso, appunto per cassazione, è inammissibile perché la violazione dell'*acquis* – e, va sottolineato *per incidens* non senza inquietudine, anche della CEDU¹⁵ – non è riconducibile alla nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione», trattandosi piuttosto di violazione di legge di cui all'art. 111, settimo comma, Cost., non censurabile quindi in cassazione ai sensi del comma successivo¹⁶. Di conseguenza, se ne dovrebbe desumere che, qualora il giudice amministrativo abbia erroneamente interpretato e applicato il diritto dell'Unione, omettendo, se del caso, di procedere al necessario rinvio pregiudiziale per risolvere correttamente questioni relative all'*acquis*, l'interessato fruirebbe dell'unico e indiretto rimedio del risarcimento del danno, purché, ovviamente, si accerti *ex post*, con giudizio separato, la violazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici amministrativi secondo le condizioni restrittive previste dalla giurisprudenza *Francovich* e i relativi seguiti¹⁷.

4. I tre quesiti pregiudiziali

¹² Come è ben noto, ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, Cost., “contro le decisioni del Consiglio di Stato (...) il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

¹³ La natura riduttiva dell'orientamento complessivo della Corte di cassazione è sottolineata da M.A. SANDULLI, op. cit., p. 9 ss.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015 n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327; e 29 dicembre 2017 n. 31226, in *Foro it.*, 2018, I, 1709.

¹⁵ La questione non può essere qui affrontata neppure per sommi capi: v. da ultimo il dibattito tra giudici e studiosi nel volume *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni* (a cura di G. PALMISANO), Napoli, Ed Scientifica, 2020, p. 445 ss.

¹⁶ Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6, ECLI:IT:COST:2018:6, pt.11 ss. (parte “in diritto”).

¹⁷ La Corte costituzionale si limita a rilevare che in caso di «violazione di norme dell'Unione o della CEDU», il problema «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ.» (sent. n. 6/2018, pt. 14.1, parte “in diritto”).

Nei tre quesiti pregiudiziali, l'ordinanza di rinvio n. 19598/2020 solleva numerose e complesse questioni di coerenza con il diritto dell'Unione del suddetto indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato, come avallato dal Giudice delle leggi. Nel prosieguo non sono affrontate le varie tematiche di ordine più strettamente interno, sottostanti alla stessa ordinanza, e in particolare quella secondo cui il modello costituzionale di interesse legittimo non sarebbe connesso alla garanzia di legalità «in sé dell'azione amministrativa»¹⁸ o quella relativa alla scelta di fondo dei Costituenti sull'assetto pluralistico delle giurisdizioni. Mi limito a osservare che a mio avviso, qualunque sarà l'orientamento della Corte di giustizia, la sua sentenza non eroderà i capisaldi del sistema giudiziario interno, non rientrando evidentemente nei suoi compiti farlo.

Due profili di rilievo sovranazionale meritano di essere segnalati: uno è di natura istituzionale, l'altro è anzitutto attinente all'interpretazione della c.d. direttiva procedure (o ricorsi) in punto di legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo e sarà esaminato in seguito (*infra*, par. 7).

La questione di rilievo istituzionale – che maggiormente interessa in questa sede – emerge in vario modo nei tre quesiti pregiudiziali. I primi due chiedono se il diritto dell'Unione «osti» alla «prassi interpretativa» del giudice costituzionale da cui si desume che le eventuali violazioni dell'*acquis* non sono (o non sono più) censurabili per cassazione anche quando il giudice amministrativo: *i*) abbia adottato indirizzi contrastanti con la giurisprudenza della Corte di giustizia, nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici (primo quesito); ovvero *ii*) abbia «immotivatamente» omesso di «effettuare il rinvio pregiudiziale», pur ricorrendo le condizioni di cui alla giurisprudenza *Cilfit*, «con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario» (secondo quesito). In relazione a entrambi i quesiti assume rilievo la circostanza, sottolineata dalla Corte di cassazione, per cui la sentenza n. 6/2018 rende «irrimediabile» il contrasto tra la disposizione sovranazionale e la condotta erronea del giudice amministrativo, così da pregiudicare l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive garantite dal diritto dell'Unione. Quest'ultimo profilo emerge più direttamente nel terzo quesito pregiudiziale (di cui si dirà *infra* par. 7).

Rilevo infine in via incidentale che la violazione del meccanismo di rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale (e dunque anche del giudice amministrativo) è suscettibile di generare l'infrazione dell'art. 6 CEDU quando la richiesta di rinvio sia stata respinta senza adeguata motivazione¹⁹; e verosimilmente anche dell'art. 13 CEDU.

5. La sottostante questione istituzionale

Il problema sottostante non è di poco momento perché ruota intorno al ruolo di supremo custode del diritto *comune*, riservato alla Corte di giustizia, alla quale il diritto primario richiede, sin dalle origini del processo di integrazione europea, di vegliare sul «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19, par. 1, comma 1, TUE), nella specie

¹⁸ G. TROPEA, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"* (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.

¹⁹ Rinvio, per brevità, per la ricostruzione della questione e per i necessari riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, rinvio a R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 304 s.

delle norme europee in materia di contratti pubblici. L'esigenza che «the law is observed» (versione inglese della stessa disposizione) è di primaria importanza nell'assetto istituzionale dell'Unione che si caratterizza per un fattore – l'uniformità di interpretazione e applicazione – che spesso difetta in altre forme di cooperazione interstatuale. L'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e la certezza del suo diritto sono principi di sistema dell'ordinamento stesso²⁰, indipendentemente dal fatto che nella sua giurisprudenza la Corte di giustizia vi si sia conformata in assoluto.

Strettamente connesso a tale fattore è il meccanismo del rinvio pregiudiziale che – si sa – ha stabilito una procedura di dialogo tra Corte di Lussemburgo e giudici nazionali. Si tratta di uno strumento valorizzato al punto che le relative competenze sono state espressamente definite, dalla stessa Corte, come la “chiave di volta” del sistema giurisdizionale dell'Unione. Si è così prefigurato un modello giurisdizionale di tutela dei diritti che poggia sull'essenziale ruolo assegnato ai giudici nazionali – definiti i giudici del *diritto comune* – che applicano quotidianamente le norme europee come uniformemente interpretate dalla Corte di giustizia: solo così la loro effettività è garantita nel territorio dell'Unione²¹.

Tale costruzione *unitaria* del sistema giurisdizionale – riconducibile all'accettazione dei Trattati e dunque al consenso originario degli Stati membri, pur nei termini in cui esso è stato tradotto dalla Corte di giustizia nella sua pluridecennale giurisprudenza – postula inevitabilmente un rapporto di essenziale complementarietà tra giudice dell'Unione e giudice nazionale a tutela dei diritti attribuiti dalle norme *comuni*: alla Corte di giustizia è affidata la funzione nomofilattica, mentre al secondo è attribuito il compito di applicare uniformemente il diritto.

Coerente con tale costruzione pretoria si pone l'ulteriore vincolo inserito *ex novo* nei Trattati dalla riforma di Lisbona, peraltro spesso trascurato in dottrina. Si allude all'obbligo degli Stati membri di «assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», dovendo essi stabilire, nei rispettivi ordinamenti interni, «i rimedi giurisdizionali necessari» (art. 19, par. 1, comma 2, TUE). Al riguardo, la Corte di giustizia non ha mancato recentemente di evidenziare che la novella va letta congiuntamente al principio di leale cooperazione²².

Dinanzi a un simile quadro normativo di riferimento, riassunto per sommi capi, la Corte di giustizia, nel rispondere al rinvio *Randstad*, potrebbe percorrere almeno due strade, e forse una terza via intermedia, di seguito illustrate.

²⁰ Basti ricordare che la Corte di giustizia – con un comunicato stampa, senza precedenti nella sua storia, posto che «i servizi dell'istituzione non commentano mai una sentenza di un organo giurisdizionale nazionale» – ha reagito alla sentenza del Bundesverfassungsgericht sul programma PSPP della Banca centrale europea, ricordando che ad essa soltanto spetta il compito di garantire la «applicazione uniforme del diritto dell'Unione» (comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, n. 58/20, Lussemburgo, 8 maggio 2020, in [www:/curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

²¹ Per brevità rinvio, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, a R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, cit., pp. 9 s. e 229 ss.

²² V. Corte giust., parere 1/09 dell'8 marzo 2011, ECLI:EU:C:2011:123, pt. 68 e 69; e le sent. 3 ottobre 2013, *Inuit*, causa C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, pt. 99-101; sent. 27 settembre 2017, *Puškár*, causa C-73/16, EU:C:2017:725, pt. 57; sent. 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, ECLI:EU:2018:117, pt. 33 e 34; ord. 8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia*, causa C-791719 R, ECLI:EU:2020:277, pt. 30.

6. Approccio minimalista o più invasivo della Corte di giustizia?

Nella prima, per così dire, minimalista, la Corte potrebbe decidere di non risolvere il dissidio tra i nostri organi apicali, ritenendolo sostanzialmente interno al sistema giudiziario nazionale²³, e quindi coperto dal principio dell'autonomia dei rimedi giurisdizionali interni nell'applicazione del diritto *comune*. Se l'Unione – si potrebbe sostenere – presuppone gli ordinamenti giudiziari statali e, con essi, le rispettive diversità di sistema, spetta agli Stati membri, che fruiscono di un'ampia sfera di discrezionalità in materia, predisporre i mezzi processuali a garanzia del diritto comune. Ciò a condizione che le modalità procedurali interne, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dalle norme interne (criterio dell'equivalenza) e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'*acquis* (criterio dell'effettività)²⁴; e fermo restando che – con specifico riguardo all'applicazione delle norme europee in materia di contratti pubblici sottese alla vicenda Randstad – le modalità procedurali interne relative ai diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici non mettano in pericolo l'effetto utile della c.d. direttiva procedure (di cui si dirà *infra*)²⁵.

In altri termini, la Corte di giustizia potrebbe spogliarsi della questione per rimetterla all'assetto ordinamentale interno, giudicandola di *domestic jurisdiction*, di *internal judiciary*, ove, s'intende, ritenesse che il sistema processuale italiano soddisfa criteri e condizioni anzidetti.

Tuttavia, non può a priori escludersi che la Corte di giustizia intraprenda un cammino opposto. Per un verso, è lo stesso giudice del rinvio a rilevare che il requisito dell'equivalenza non è soddisfatto perché i ricorsi in Cassazione per violazione del diritto nazionale sono ammissibili ove si imputi al Consiglio di Stato un'attività invasiva del legislatore nazionale, mentre l'identico risultato è escluso, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, quando sia in gioco la non corretta applicazione del diritto dell'Unione²⁶. Per altro verso, anche il rispetto del requisito dell'effettività è dubbio per vari motivi. *In primis*, la disposizione nazionale, così come interpretata dal Giudice delle leggi, non permette di correggere né l'erronea applicazione della normativa europea sui contratti pubblici in cui sia eventualmente incorso il giudice amministrativo (primo quesito), né il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia pur ricorrendone i presupposti (secondo quesito), pregiudicando in tali circostanze il disegno unitario del sistema giurisdizionale di cui si è detto in precedenza. In secondo luogo, anticipando un elemento normativo di cui si dirà più oltre, conviene sottolineare che, per il settore dei contratti pubblici, l'art.1 della direttiva 89/665 (c.d. direttiva procedure), impone agli Stati membri di predisporre procedure di «ricorso efficac[i]», in caso di «presunta violazione» (si noti, presunta, non effettiva) delle norme europee o delle norme nazionali di

²³ B. CARAVITA, *La Cassazione pone la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020, p. 21; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020, p. 10.

²⁴ Cfr. Corte giust., sent. 30 settembre 2010, *Strabag e a.*, causa C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567, pt. 34; sent. 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute*, causa C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, pt. 46; sent. 26 novembre 2015, *MedEval*, causa C-166/14, ECLI:EU:C:2015:779, pt. 32, 35 e 37.

²⁵ Cfr. Corte giust., sent. 3 marzo 2005, *Fabrimcom*, cause riunite C-21/03 e C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127, pt. 42; sent. 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute*, causa C-61/14, cit., pt. 47; sent. 15 settembre 2016, *Star Storage e a.*, cause riunite C-439/14 e C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688, pt.43.

²⁶ V. ordinanza n. 19598/2020, cit., pt. 41.1.

recepimento. L'effetto utile di queste ultime potrebbe dunque non essere garantito nell'ordinamento italiano²⁷.

In definitiva, i dubbi sul rispetto dei criteri di equivalenza e di effettività (soprattutto di quest'ultimo, che è reso esplicito dalla legislazione europea sui contratti pubblici) potrebbero indurre la Corte di giustizia a respingere la tesi che considera la disciplina dei quesiti pregiudiziali quale questione *interna* in virtù del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri; tanto più che, quand'anche sia vero che l'organizzazione della giustizia ricade nella loro competenza, non è meno vero che essi sono tenuti a rispettare gli obblighi imposti dal diritto *comune* e ad assicurare l'effettività dei rimedi giurisdizionali²⁸.

Se si ponesse nella prospettiva appena descritta, la Corte potrebbe assumere una postura, per così dire, maggiormente invasiva del sistema giuridico nazionale: come si vedrà, i precedenti non mancano. Così facendo, la Corte di Lussemburgo potrebbe muovere dalle disposizioni di cui all'art. 19, paragrafi 1 e 3, TUE, e ribadire la rilevanza del meccanismo del rinvio pregiudiziale nella logica monistico-complementare del sistema giurisdizionale dell'Unione poc'anzi descritta. In questa prospettiva i rimedi giurisdizionali interni, considerati funzionali al rispetto del diritto dell'Unione, possono, *rectius* debbono, essere interpretati in chiave di maggiore garanzia di effettività del diritto dell'Unione.

Assumerebbe così rilievo, in questo ipotetico *iter* logico, il filone giurisprudenziale concernente l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno che si presta a essere ricostruito come un vincolo di *due diligence*, inerente ai Trattati e rivolto ai giudici nazionali, che contribuisce ad assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione²⁹. Il principio dell'interpretazione conciliatrice *esige* che i giudici nazionali, nei limiti dei rispettivi poteri e nella sfera di applicazione delle norme europee, considerino l'insieme del diritto interno in una visione unitaria e sistematica; e orientino i metodi di interpretazione verso il fine della piena efficacia del diritto dell'Unione, sì da pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo³⁰. In caso contrario, il giudice nazionale non potrebbe che disapplicare il diritto interno³¹, in forza del primato del diritto dell'Unione che, secondo la Corte di giustizia, è

²⁷ Favorevoli all'ordinanza della Corte di cassazione sono i commenti di B. NASCIBENE e P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020.

²⁸ Cfr. ord. 8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia*, causa C-791719 R, cit., pt. 29.

²⁹ V. le sentenze *Pfeiffer e a.*, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, pt. 114; sent. 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, pt. 48; sent. 24 gennaio 2012, *Dominguez*, causa C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, pt. 24; sent. 24 maggio 2012, *Amia*, causa C-97/11, ECLI:EU:C:2012:306, pt. 28. Secondo una giurisprudenza costante, il giudice nazionale chiamato a interpretare il proprio diritto nazionale è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima: si vedano gli storici precedenti sent. 10 aprile 1984, *von Colson e Kamann*, causa 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, pt. 26, e sent. 13 novembre 1990, *Marleasing*, causa C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, pt. 8.

³⁰ Sul punto si rinvia per una ricostruzione più dettagliata a R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 28 ss. V., con riguardo in particolare alla direttiva ricorsi, le sent. 24 gennaio 2012, *Dominguez*, causa C-282/10, pt. 27, e sent. 24 maggio 2012, *Amia*, causa C-97/11, cit., punto 29.

³¹ Cfr. ad esempio, a proposito nuovamente della direttiva ricorsi, la sentenza 28 gennaio 2010, *Uniplex*, causa C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45, pt. 49, in cui la Corte ha decisamente affermato che «in ogni caso, qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli» (con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza precedente). L'obbligo di disapplicazione del diritto interno (riconducibile alla celebre sentenza 9 marzo 1978,

destinato a prevalere anche sull'assetto costituzionale, come riaffermato ad esempio in *Küçükdeveci*³². In altre parole, i giudici nazionali, nell'ambito delle rispettive competenze, sono tenuti a garantire la piena efficacia delle norme europee³³: in caso contrario, sarebbe arduo garantire l'uguaglianza tra Stati membri nel trattamento degli operatori economici e, più in generale, dei destinatari delle stesse norme.

In questo *iter* ricostruttivo, non sarebbe decisivo – mi sembra – argomentare che in *Randstad* la Corte di cassazione non è giudice di ultimo grado ai sensi dell'art. 267 TFUE perché tale sarebbe unicamente il Consiglio di Stato in quanto «organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa» (art. 6, comma 1, c.p.a.). Si potrebbe infatti replicare che tale disposizione debba di per sé essere oggetto di interpretazione conforme affinché si garantisca la massima efficacia al diritto dell'Unione, e debba quindi essere intesa attribuendo alla Cassazione il ruolo di organo di ultima istanza, seppure nei limiti del controllo sui «motivi inerenti alla giurisdizione». È questo un possibile indirizzo interpretativo delineato da un giudice apicale interno, le Sezioni unite, ancorché tale indirizzo non sia condiviso dal Consiglio di Stato e, in specie, dal Giudice delle leggi. Certo, l'ordinamento dell'Unione non impone un terzo grado di giudizio³⁴. Peraltro, non è meno vero che, nella misura in cui sia previsto dal diritto interno, il rimedio in questione debba essere accessibile a garanzia delle posizioni giuridiche soggettive conferite dal diritto dell'Unione.

Più insidioso potrebbe essere invece il limite all'interpretazione conforme costituito dalla impossibilità di interpretare *contra legem* il diritto nazionale³⁵, ove, s'intende, l'impedimento sancito nella sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, in qualità di Giudice delle leggi, non fosse assimilabile a una mera operazione ermeneutica, avuto riguardo ai compiti *alti* che esso assolve nell'ordinamento italiano. Tuttavia, resta fermo che nell'ottica di un consolidato orientamento della Corte di Lussemburgo, fondato sul principio di leale cooperazione e sull'effetto utile della procedura pregiudiziale, il giudice del rinvio è tenuto a garantire la tenuta in giudizio dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comuni³⁶. E ciò include,

Simmenthal, causa 106/77, EU:C:1978:49, pt. 21 e 24, ribadita ad esempio nella sentenza 11 settembre 2014, *A*, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, pt. 36) è costante nel tempo allorché non sia possibile alcuna interpretazione conforme della disposizione nazionale (cfr. a titolo esemplificativo, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali, le sent. 24 gennaio 2012, *Dominguez*, causa C-282/10, cit., pt. 23 e 24; sent. 24 maggio 2012, *Amia*, causa C-97/11, cit., pt. 27-30; sent. 10 ottobre 2013, *Spedition Welter*, causa C-306/12, EU:C:2013:650, pt. 28-30); e sent. 4 ottobre 2018, *Link Logistic*, causa C-384/17, ECLI:EU:C:2018:810, pt. 61.

³² V., in tal senso, la sent. 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, causa C-555/07, cit., pt. 54, con riferimenti alla giurisprudenza precedente.

³³ Corte giust., sent. 4 luglio 2006, *Adeneler*, causa C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, pt. 117 e 122.

³⁴ B. NASCIMBENE, P. PIVA, op. cit.

³⁵ Sulle ragioni del limite dell'insanabile contrarietà del diritto interno delineate dalla giurisprudenza si rinvia per brevità al nostro, *Il telos dell'interpretazione conforme*, cit., p. 42 ss. Cfr. di recente Corte giust., sent. 8 novembre 2016, *Atanas Ognyanov*, causa C-554/14, ECLI:EU:C:2016:835, pt. 66; sent. 29 giugno 2017, *Poplawski*, causa C-579/15, ECLI:EU:C:2017, pt. 33.

³⁶ Cfr. in tal senso Corte giust., sent. 16 dicembre 1976, *Rewe*, causa 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, pt. 5; sent. 16 dicembre 1976, *Comet*, causa 45/76, ECLI:EU:C:1976:191, pt. 12; sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77, cit., pt. 21 e 22; sent. 19 giugno 1990, *Factortame*, causa C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, pt. 19; sent. 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, causa C-312/93, ECLI:EU:C:1995:437, pt. 12. Il giudice del rinvio deve inoltre disapplicare, anche di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (cfr. sent. 20 ottobre 2011, *Interedil*, causa C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, pt. 38; sent. 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, causa C-5/14, ECLI:EU:C:2015:354, pt. 32; sent. 5 aprile 2016, *PFE*, causa C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, pt. 40).

inevitabilmente, anche l'obbligo di disattendere una consolidata giurisprudenza nazionale, ancorché proveniente da un'autorità giurisdizionale superiore al giudice del rinvio – se del caso anche quella della Corte costituzionale – ove tale giurisprudenza conduca a esiti in contrasto con il diritto dell'Unione³⁷. Del resto, la dottrina ha mostrato come la nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione» possa accostarsi al significato costituzionale di giurisdizione (*ex art. 111, comma 1 e 2, Cost.*) e ai principi supremi del giusto processo³⁸, superandosi così le ristrettezze interpretative affermate dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 6/2018.

Certamente, solcando un terreno peraltro non condiviso dalla Corte di giustizia, si staglia sullo sfondo il tema dei *controlimiti*, come più volte delineati dalla Corte costituzionale³⁹. Tuttavia, a differenza di quanto avveniva nel caso *Taricco*, non è qui in gioco una cessione di sovranità verso l'Unione a detrimento di un diritto fondamentale pregiudicato dall'osservanza di norme europee. Al contrario, il diniego di accesso alla Corte di cassazione per violazione dell'*acquis* imputabile al giudice amministrativo è riconducibile alla giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁰.

Si potrebbe sostenere che l'esito del rinvio pregiudiziale sia comunque destinato a essere scarsamente effettivo perché la Corte costituzionale è l'interprete *ultimo* della nozione di motivi di giurisdizione in ragione del suo essenziale legame con l'*ordine costituzionale interno*: il giudice dell'Unione non potrebbe interferire (perché *ultra vires*) su scelte che attengono al sistema giudiziario nazionale e che sono riservate allo Stato. Si aprirebbe così uno scenario di attriti (di non semplice soluzione) con la Corte di giustizia perché, in tali circostanze, si potrebbe replicare che così facendo il dovere della Corte di cassazione, *ex art. 267*, terzo comma TFUE, di sollevare quesiti pregiudiziali finirebbe per avere scarsa ragione di essere. È noto poi che i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di precisare che i principi poc'anzi richiamati si applicano nei rapporti tra un giudice costituzionale e qualsiasi altro giudice nazionale⁴¹. Rilevo altresì che nella giurisprudenza originatasi dalla vicenda *Taricco* non è prospettabile che la Corte di giustizia abbia seguito la tesi del primato invertito (e dell'autolimitazione del diritto dell'Unione) sostenuta dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24/2017 e nella sentenza n. 115/2018.

³⁷ Corte giust., sent. 5 ottobre 2010, *Elchinov*, causa C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581, pt. 30; sent. 15 gennaio 2013, *Križan*, causa C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 69; sent. 19 aprile 2016, *DI*, causa C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, pt. 33 e 34; sent. 8 novembre 2016, *Atanas Ognyanov*, causa C-554/14, cit., pt. 36. Dal punto di vista dei giudici di Lussemburgo (con il *caveat* della dottrina dei controlimiti, peraltro da essi non condivisa), detto obbligo sussiste anche nei confronti del giudice del rinvio per quanto riguarda la valutazione in diritto espressa da un giudice costituzionale, dal momento che, secondo una giurisprudenza consolidata, è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, pt. 3; sent. 8 settembre 2010, *Winner Wetten*, causa C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, pt. 61). Non direi che la sentenza 24 giugno 2019, *Poplawsky*, causa C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, pt. 53 ss., metta in discussione il (consolidato) principio del primato quando la norma dell'unione è inidonea a produrre effetti diretti, dato che la vicenda riguardava la responsabilità penale di un individuo e la questione dell'obbligo di disapplicare la disposizione nazionale incompatibile con la decisione quadro sul mandato di arresto, tanto più che – come è noto – una direttiva non può in sé produrre effetti negativi nella sfera giuridica individuale.

³⁸ G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, op. cit., par. 9.

³⁹ G. TROPEA, op. cit., par. 4.; R. BIN, op. cit., p. 10.

⁴⁰ B. NASCIMBENE, P. PIVA, op. cit., sottolineano come nella specie sia negato il diritto al giudice.

⁴¹ Cfr. Corte giust., sent. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, pt. 41-45 e sent. 7 maggio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 45.

Comunque sia, proseguendo nell'*iter* di un eventuale approccio invasivo da parte della Corte di giustizia, si può ritenere che, là dove l'indirizzo della Corte costituzionale, affermato nella sentenza n. 6/2018, precluda alla Corte di cassazione di apprestare le necessarie correzioni a esiti giudiziari in contrasto con le norme europee, si determini un *vulnus* all'obbligo, imposto dalle norme europee ai giudici nazionali, di garantire le situazioni soggettive previste dal diritto dell'Unione; senza contare che il dovere di rinvio pregiudiziale sarebbe vanificato⁴². Si potrebbe cioè argomentare che in caso di violazione dei diritti individuali garantiti dall'ordinamento sovranazionale per un errore (in ipotesi) imputabile al giudice amministrativo, il *non accesso* alla Corte di cassazione *ex art.* 111, comma ottavo, Cost. equivalga a una compressione della giurisdizione – dovuta all'interpretazione restrittiva della nozione di *vizio inerente alla giurisdizione* – tale da negare, almeno in parte e in certe circostanze, la piena giustiziabilità del diritto dell'Unione. In definitiva, si sarebbe indotti a ritenere che, in assenza di censurabilità per cassazione, l'effettività del diritto dell'Unione (in tesi trasgredito dalla condotta del giudice amministrativo) si ridurrebbe in misura eccessiva.

Se così fosse, le risposte ai quesiti pregiudiziali non sarebbero prive di riflessi sul diritto interno. Non sembra irragionevole, infatti, qualificare come norma sul corretto esercizio della giurisdizione amministrativa anche quella, in sé di origine *esterna*, che sottrae il potere *ultimo* di interpretare il diritto *comune* ai giudici nazionali affinché esso sia applicato e osservato uniformemente nel territorio dell'Unione (art. 19 TUE), per riservarlo invece al suo giudice *naturale*, la Corte di giustizia (e – sia detto *per incidens*, ma la questione meriterebbe riflessioni ulteriori – per garantire il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato imposti da giudicati della Corte europea dei diritti dell'uomo).

7. Locus standi nella direttiva procedure

Il secondo profilo, racchiuso nel terzo quesito pregiudiziale posto dall'ordinanza della Corte di cassazione, riguarda il limite all'esercizio della *iurisdictio* derivante, come si è visto in precedenza, dalla concezione, accolta dal giudice delle leggi, che nega in definitiva legittimazione processuale al partecipante alla gara pubblica che sia stato escluso dalla Commissione giudicatrice in difetto di certi requisiti previsti dalla *lex specialis*.

Ricordato che le Sezioni unite della Corte di cassazione si erano inizialmente allineate alla pronuncia della Corte costituzionale n. 6/2018⁴³, occorre anzitutto rilevare che la disciplina europea applicabile è contenuta nell'art. 1 della direttiva 89/665 (c.d. direttiva procedure o ricorsi), a norma del quale gli Stati membri sono tenuti a garantire l'accesso a una procedura di «ricorso efficace», avverso l'amministrazione aggiudicatrice, a «chiunque» abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di una gara pubblica e sia stato o rischi di essere leso a causa di una «presunta violazione» dell'*acquis* in materia di contratti pubblici o delle corrispondenti norme nazionali di recepimento⁴⁴. Si tratta di disposizione considerata produttiva di effetto diretto perché incondizionata e sufficientemente precisa a fondare un diritto

⁴² Il punto è messo in evidenza da G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, op. cit., par. 6.

⁴³ Cfr. *inter alia* l'ordinanza Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13243, in Archivio Cassazione Civile del Foro it.

⁴⁴ Così il congiunto disposto dell'art. 1, par. 1, comma 3 e dell'art. 1, par. 3 della direttiva ricorsi.

a favore di un singolo, il quale può conseguentemente farlo valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice⁴⁵.

La relativa giurisprudenza della Corte di giustizia – in linea con il dato testuale e la *ratio* della direttiva procedure – ha delineato una nozione ampia di operatore economico che deve poter accedere a un rimedio «efficace». La nozione è fondata sulla sussistenza di un duplice requisito: *i*) l'interesse a ottenere l'aggiudicazione di una determinata gara, anche tramite annullamento della procedura e conseguente rinnovazione della stessa; e *ii*) la violazione reale o soltanto potenziale della normativa europea applicabile o delle corrispondenti norme interne di attuazione⁴⁶. Ciò è in linea con le finalità della direttiva procedure che ha inteso rafforzare i meccanismi interni a garanzia dell'applicazione effettiva del diritto *comune* in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare qualora le violazioni dello stesso diritto possano essere corrette per via giudiziaria⁴⁷.

La *ratio* sottostante a una nozione così estesa di titolarità dell'azione risiede essenzialmente nel ravvisare l'utilità dell'azione stessa fintanto che è possibile porre rimedio alle eventuali violazioni del diritto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice⁴⁸. La giurisprudenza della Corte di giustizia, in virtù del principio generale della certezza del diritto, sembra sottrarre ai rimedi giudiziari soltanto le gare rispetto alle quali siano decorsi i termini di decadenza dall'azione⁴⁹ e, per ragioni identiche, le situazioni sulle quali si sia formato un giudicato interno che abbia definitivamente escluso l'offerente dalla procedura di aggiudicazione⁵⁰.

In tale contesto, brevemente ricostruito, va collocato il terzo quesito: impongono le norme europee la censurabilità in cassazione delle doglianze dell'offerente escluso, dovendosi dunque negare che l'eccezione di rito escludente sollevata dall'aggiudicatario nel ricorso incidentale assuma rilievo prioritario?

A me sembra che la risposta sia già scritta nell'*acquis* e nel diritto pretorio della Corte di giustizia. L'impossibilità di esaminare nel merito le censure dell'offerente escluso (ad eccezione di quelle relative all'esclusione), imposta dalla Corte costituzionale, oltre a essere scarsamente coerente con la lettera della direttiva procedure e i relativi esiti interpretativi del suo giudice naturale, è anche difficilmente compatibile con l'elemento che contraddistingue la giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di legittimazione processuale all'azione in caso di attuale o potenziale violazione del diritto dell'Unione in materia di contratti pubblici. In effetti, fatte salve le situazioni di decadenza e di formazione del giudicato cui si è poc'anzi accennato, dalla giurisprudenza si desume, a mio parere, che la titolarità dell'azione sussiste

⁴⁵ V. Corte giust., sent. 2 giugno 2005, *Koppensteiner*, causa C-15/04, ECLI:EU:C:2005:345, pt. 38; e 5 aprile 2017, *Marina del Mediterraneo SL*, causa C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, pt. 39-41.

⁴⁶ Cfr. in particolare Corte giust., sent. 21 ottobre 2010, *Simvoulio*, causa C-570/08, ECLI:EU:C:2010:621, pt. 37; sent. 5 aprile 2016, *PFE*, causa C-689/13, cit., pt. 23; sent. 5 aprile 2016, *Puligienica*, causa C-689/13, cit., pt. 23; 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft*, causa C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988, punto 28; 5 settembre 2019, *Lombardi*, causa C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675, punto 22; 26 marzo 2020, *Hungeod*, causa C-469/18, ECLI:EU:C:2020:240, pt. 71.

⁴⁷ Corte giust., sent. 5 aprile 2017, *Marina del Mediterraneo SL*, causa C-391/15, cit., pt. 30 (con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza precedente).

⁴⁸ Corte giust., sent. 26 marzo 2020, *Hungeod*, causa C-469/18, pt. 72 (anche per ulteriori riferimenti).

⁴⁹ Corte giust., sent. 26 marzo 2020, *Hungeod*, causa C-469/18, cit., pt. 88 ss.

⁵⁰ Corte giust., sent. 11 maggio 2017, *Archus e Gama*, causa C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358, pt. 57; e 5 settembre 2019, *Lombardi*, causa C-333/18, cit., pt. 31-32.

fintanto che il giudice interno sia in condizione di ripristinare la corretta applicazione del diritto comune violato dalla stazione appaltante, inducendola ad avviare una nuova procedura. Ciò spiega, ad esempio, perché le offerenti che non siano state definitivamente escluse (e che contestino l'esclusione e l'aggiudicazione ad altri dell'appalto) sono legittimate ad agire ai sensi dell'art. 1 della direttiva procedure⁵¹; e, di nuovo, perché il ricorso incidentale escludente non possa paralizzare l'azione dell'offerente escluso quando vi sia la possibilità di annullamento della gara e di avvio di una nuova procedura di affidamento, come è particolarmente evidente in *Lombardi* che riguardava una fattispecie pressoché identica al caso *Randstad*⁵².

8. L'ipotesi di una risposta *light touch* della Corte di giustizia.

Se, a ben vedere, sul terzo quesito la risposta della Corte di giustizia sembra già inquadrabile in non pochi, né secondari precedenti, la Corte di giustizia potrebbe in teoria anche assumere una (terza) postura di *self-restraint*, per certi versi auspicabile. Potrebbe in pratica rispondere anzitutto all'ultimo quesito, sulla scia dei precedenti indicati, e sottolineare in termini generali sia l'importanza del rinvio pregiudiziale (secondo quesito), sia dell'obbligo imposto agli Stati membri di garantire la piena efficacia e l'effettività del diritto dell'Unione, sia infine l'inidoneità della normativa italiana ad assicurare la puntuale osservanza degli obblighi imposti dall'Unione qualora essa non sia interpretata secondo l'orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione⁵³. La Corte potrebbe in sostanza rimettere al giudice nazionale il compito di risolvere la questione senza inoltrarsi troppo nelle dinamiche di un sistema giurisdizionale pluralista interno fondato su ragioni storiche e riconoscimenti costituzionali assai peculiari.

Aggirato l'eventuale confronto con la Corte costituzionale, si porrebbe il problema della configurazione del rimedio alternativo costituito dal risarcimento del danno, e in particolare se esso sia mezzo adeguato ad assicurare l'efficacia del diritto sovranazionale. Se è vero che la tutela aquiliana è una forma di garanzia indiretta e succedanea, come rilevano le Sezioni unite nell'ordinanza di rinvio, il necessario riferimento normativo per una visione complessiva della questione è di nuovo costituito dalla direttiva procedure che, pur non esprimendo un *favor* generale del legislatore europeo per la conservazione del contratto stipulato in violazione dell'*acquis*, lascia agli Stati un certo margine di decisione in sede di recepimento. Infatti, questi possono stabilire che *dopo la conclusione del contratto* le procedure di ricorso possono limitarsi al risarcimento del danno (art. 2 par. 7, comma 2), salvo che non ricorrano le ipotesi di cui all'art. 2 *quinquies* rispetto alle quali peraltro opera, «in circostanze eccezionali», il *caveat* delle «esigenze imperative» di interesse generale (art. 2 *quinquies*, par. 3). In definitiva,

⁵¹ Corte giust., sent. 11 maggio 2017, *Archus e Gama*, causa C-131/16, cit., pt. 58.

⁵² Sentenza *Lombardi*, cit., punto 24: «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare (sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448, punto 33, e del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 24) ». Si veda anche la sentenza, *Puligenica*, cit., pt. 28, in cui la Corte sottolinea che ciascuno dei ricorrenti avevano un interesse all'esclusione degli altri, «circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura».

⁵³ Così del resto fece la Corte di giustizia nella sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S.*, ECLI:EU:C:2017:936, pt. 52, pur evitando lo scontro con la Corte costituzionale.

successivamente alla conclusione di un contratto pubblico, il risarcimento del danno appare come una forma di tutela adeguata in caso di violazione di norme europee.

Circa infine la possibilità – pur evocata dalla Corte costituzionale⁵⁴ – che il legislatore italiano possa prescrivere, in riforma dell’art. 395 c.p.c., la revoca dei giudicati che si rivelassero in contrasto con l’*acquis*, nei casi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato difformemente dal diritto dell’Unione, va sottolineato che la direttiva procedure non impone un rimedio del genere, sebbene neppure lo vieti. E la giurisprudenza recente sulla direttiva procedure appare del resto aperta a sanzioni nazionali volte a garantire l’effettività della normativa europea in materia di appalti, ancorché esse non siano previste dalla stessa direttiva⁵⁵.

Qualora peraltro la pronuncia della Corte di giustizia fosse posteriore al giudicato del Consiglio di Stato, il diritto interno difforme potrebbe prevalere, a detrimento del principio del primato, per motivi di certezza del diritto⁵⁶. Si ricordi peraltro che in casi del genere la Corte di giustizia ha in principio accentrato su di sé il potere di disapplicare il diritto dell’Unione, mantenendo in via eccezionale gli effetti del diritto interno difforme, qualora vi sia la necessità di garantire esigenze imperative di certezza del diritto⁵⁷.

⁵⁴ Corte costituzionale, sent. n. 6/2018, punto 14.1, parte “in diritto”.

⁵⁵ Cfr. Corte giust., sent. 14 maggio 2020, *T-Systems*, causa C-263/19, ECLI:EU:C:2020:373, pt. 49-67 a proposito di ammenda inflitta all’ente aggiudicatore e all’aggiudicatario.

⁵⁶ La questione è complessa ed è qui soltanto evocata. Sul rapporto tra principio del primato e certezza del diritto v. di recente M. DOUGAN, *Primacy and the remedy of disapplication*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1459 ss.

⁵⁷ Infatti, sostiene la Corte, se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell’Unione, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con quest’ultimo, ne risulterebbe pregiudicata l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione (Corte giust., sent. 29 giugno 2019, *Inter-Environnement Wallonie e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, causa C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, pt. 177; e sent. 25 giugno 2020, *A e altri*, causa C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503, pt. 84).