

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE****SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

ADELAIDE AMENDOLA - Primo Presidente f.f. -

FELICE MANNA - Presidente di Sezione -

LORENZO ORILIA - Consigliere -

GIACOMO MARIA STALLA - Consigliere -

MASSIMO FERRO - Consigliere -

ENRICO SCODITTI - Rel. Consigliere -

FABRIZIA GARRI - Consigliere -

MAURO DI MARZIO - Consigliere -

ALBERTO GIUSTI - Consigliere -

RIC. CONTRO
DECISIONI DI
GIUDICI SPECIALIUd. 21/06/2022 -
CC

R.G.N. 10258/2021

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 10258-2021 proposto da:

CICLAT TRASPORTI AMBIENTE SOC. COOP., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, VIA DANDOLO 19/A, presso lo studio dell'avvocato GIULIANO GRUNER, rappresentata e difesa dagli avvocati RICCARDO ROTIGLIANO e GIOVANNA MAURILIA AURORA SCAMARDO;

- ricorrente -**contro**

COMUNE DI ACIREALE, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA



CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dagli avvocati
AGATA SENFETT e GIOVANNI CALABRETTA;

TEKRA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA SAN BERNARDO 101,
presso lo studio dell'avvocato GENNARO TERRACCIANO,
rappresentata e difesa dagli avvocati GIUSEPPE GIANNI', PAOLO
PIZZOCRI e LAURA MARIA LOCATELLI;

- controricorrenti -

contro

ASSESSORATO INFRASTRUTTURE E MOBILITÀ DELLA REGIONE
SICILIANA, in persona dell'Assessore pro tempore, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso
L'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- resistente -

nonchè contro

SENESI S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 3/2021 del CONSIGLIO DI GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, depositata il
04/01/2021.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
21/06/2022 dal Consigliere ENRICO SCODITTI.

Rilevato che:

a seguito di ricorso proposto da Senesi s.p.a. con riferimento
alla valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta, il T.A.R. Sicilia
aveva annullato l'aggiudicazione da parte del Comune di Acireale
dell'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto
allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, e di altri servizi di igiene
pubblica, a Tekra s.r.l., con classificazione della ricorrente al
secondo posto e di Ciclat Trasporti Ambiente soc. coop. al terzo
posto. Aggiudicato nuovamente l'appalto a Tekra s.r.l., Ciclat



Trasporti Ambiente soc. coop. propose impugnazione innanzi al medesimo T.A.R., il quale, annullati gli atti impugnati, dichiarò l'inefficacia del contratto concluso fra il Comune e l'aggiudicataria, disponendo il subentro in esso della nuova ricorrente vittoriosa. Avverso detta sentenza proposero appello la parte aggiudicataria soccombente ed appello incidentale il Comune. Con sentenza di data 4 gennaio 2021 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana accolse gli appelli, dichiarando inammissibile l'impugnazione proposta in primo grado.

Premise il giudice amministrativo di appello che il T.A.R. nel primo giudizio aveva annullato soltanto la verifica di anomalia operata dall'Amministrazione e che quest'ultima dopo la prima sentenza si era limitata a rinnovare la verifica di anomalia annullata, senza riesaminare né il possesso dei requisiti di ammissione delle concorrenti, né l'ammissibilità e il merito tecnico delle offerte, ormai consolidate anche nei riguardi di Ciclat, con riesame quindi solo della congruità della componente economica dell'offerta. Precisò al riguardo che per un verso l'ammissione alla gara di Senesi si era a suo tempo consolidata per omessa impugnativa, per l'altro, non avendo la posizione della seconda graduata formato più oggetto di alcuna posteriore valutazione amministrativa, Ciclat non poteva essere ammessa neppure a una diretta impugnazione in giudizio della mancata esclusione di Senesi per fatti sopravvenuti (in base all'art. 34 cod. proc. amm. «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»). Osservò inoltre che era stata accolta l'istanza proposta da Senesi di sospensiva dell'atto prefettizio che l'aveva colpita con provvedimento cautelare, provvedimento che aveva perso efficacia, per effetto della sentenza reiettiva del ricorso, solo dopo che la nuova aggiudicazione provvisoria era stata già approvata. Aggiunse quindi che Ciclat, non avendo vittoriosamente censurato la posizione peggiore occupata da



Senesi nella graduatoria di gara, posizione che pertanto le rimaneva opponibile, era priva di legittimazione e d'interesse per una contestazione *per saltum* della legittimità della rinnovata aggiudicazione a Tekra, posto che la concorrente terza graduata non aveva un apprezzabile interesse a impugnare l'aggiudicazione concessa ad altra concorrente allorché non avesse investito di (utili) censure anche la posizione della seconda graduata, non potendo in tal caso neppure far valere un interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Ha proposto ricorso per cassazione Ciclat Trasporti Ambiente soc. coop. sulla base di un motivo e resistono con distinti controricorsi il Comune di Acireale e Tekra s.r.l.. E' stato fissato il ricorso in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380 bis.1 cod. proc. civ.. E' stata presentata memoria.

Considerato che:

con il motivo di ricorso si denuncia violazione degli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 4, par. 3, 19, 267 TFUE, 1 e 2 direttiva n. 1989/665/CEE, 6 e 13 Cedu. Osserva la parte ricorrente che in materia di appalti il diritto a un ricorso effettivo ed il correlato principio di effettività della tutela giurisdizionale sono codificati nella direttiva richiamata in rubrica, la cui violazione, quale diniego di giurisdizione, integra questione inerente alla giurisdizione censurabile ai sensi degli artt. 111, comma 8, Cost., 360, comma 1, n. 1 e 362 cod. proc. civ., in aderenza ai principi affermati da Cass. sez. U. 18 settembre 2020, n. 19598. Precisa che nella specie le è stato negato il diritto di contestare gli esiti di un'aggiudicazione illegittima, avendo il giudice amministrativo ritenuto precluso lo scrutinio delle doglianze relative alla permanenza in graduatoria di Senesi s.p.a., pur attinta da provvedimento di cancellazione dalla *white list* emesso dalla Prefettura di Fermo, in violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara,



nonché del diritto di accesso a un giudice e ad un sistema di tutela giurisdizionale effettivo sancito degli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 4, par. 3, 19, 267 TFUE, 6 e 13 Cedu, nonché del principio di proporzionalità (l'unica impresa legittimata sarebbe stata, alla stregua della pronuncia impugnata, solo la seconda graduata, cioè Senesi, ma quest'ultima non avrebbe potuto proporre ricorso a causa della perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione alla gara), con lesione anche del diritto al rispetto dei beni della ricorrente, sancito dall'art. 1 del protocollo n. 1 CEDU. Denunciando infine l'omesso rinvio pregiudiziale, chiede che, in conformità agli orientamenti espressi dall'ordinanza n. 19598 del 2020, sia disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia circa il contrasto con gli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 4, par. 3, 19, 267 TFUE dell'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. quale si evince dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 6 del 2018, anche in relazione all'omesso rinvio pregiudiziale, nonché in relazione alla compatibilità con la normativa euro-unitaria dell'interpretazione della disciplina interna nel senso della preclusione del diritto di sottoporre all'esame del giudice una fattispecie quale quella di cui al presente ricorso.

Il motivo è inammissibile. La ricorrente collega il denunciato diniego di giurisdizione alla trasgressione di principi del diritto dell'Unione europea e alla omissione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Dopo la pronuncia n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, in cui si è fra l'altro affermato che l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in sede di controllo di giurisdizione, non può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione europea giacché in tal caso si ricondurrebbe al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità estraneo all'istituto, si è andato consolidando nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite il principio che la



negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto euro-unitario da parte del giudice amministrativo, non integra eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost. atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione (fra le tante Cass. Sez. U. nn. 32773/2018, 8311/2019, 7926/2019, 29082/2019, 27770/2020, 29653/2020, 36899/2021).

In tale quadro ermeneutico si è precisato che il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto unionale non integra, di per sé, la fattispecie dell'eccesso di potere giurisdizionale, atteso che anche la violazione delle norme dell'Unione Europea o della CEDU dà luogo ad un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che sfugge al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione, né può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio (Cass. Sez. U. nn. 29085/2019 e 6460/2020). Con l'ulteriore precisazione che la non sindacabilità, da parte della Corte di cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, delle violazioni del diritto dell'Unione Europea ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali (nella specie, il Consiglio di Stato) è compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato della giurisprudenza costituzionale ed euro-unitaria, in quanto correttamente ispirato ad esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto



conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione (Cass. Sez. U. nn. 8588/2022, 21641/2021, 31311/2021, 7839/2020, 32622/2018).

Come rilevato dalla recente Cass. Sez. U. n. 1454/2022 (e successivamente da Cass. Sez. U. n. 2879/2022 e n. 5121/2022), la conformità dell'esposto orientamento giurisprudenziale ai principi di equivalenza ed effettività dal punto di vista del diritto dell'Unione europea è stata riconosciuta da Corte. giust. 21 dicembre 2021 causa C-497/20, la quale, intervenuta a seguito del rinvio pregiudiziale disposto da queste Sezioni Unite con l'ordinanza n. 19598 del 2020, ha dichiarato che «l'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché 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 dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro». Trattasi di pronuncia che offre una piena risposta ai quesiti formulati con il ricorso in esame ai fini di un nuovo rinvio pregiudiziale da parte di queste Sezioni Unite.



Come compendiato di recente da Cass. Sez. U. nn. 31311/2021 e 1452/2022, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione - che si verifica quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento) -, nonché di difetto relativo di giurisdizione, riscontrabile quando detto giudice abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici, senza che tale ambito possa estendersi, di per sé, ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento; sicché, tale vizio non è configurabile per *errores in procedendo o in iudicando*, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo.

Precisa al riguardo sempre Cass. Sez. U. n. 1454/2022 che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze di cui pur si contesti di essere abnormi o anomale ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme sostanziali o processuali di riferimento «pur quando si tratti di norme direttamente applicative del diritto dell'Unione europea».

La sottrazione della violazione del diritto unionale all'area dell'eccesso di potere giurisdizionale non esclude ovviamente che il rifiuto di giurisdizione, quale negazione della cognizione giurisdizionale in termini assoluti, sia configurabile anche con riferimento ad una situazione soggettiva protetta direttamente da



norme dell'Unione europea. Escludere che la violazione del diritto euro-unitario possa di per sé essere dedotta come *error in iudicando* o *in procedendo* mediante un ricorso per cassazione, non vale anche ad escludere che il motivo di giurisdizione, *sub specie* di rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale, possa configurarsi con riferimento ad una norma dell'Unione. L'arretramento della giurisdizione, mediante la negazione che la materia possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale, costituisce fenomeno trasversale che tocca tutti i settori dell'ordinamento giuridico, potendo riguardare quindi sia una materia di diritto interno che una materia di diritto sovranazionale. Deve tuttavia trattarsi, come si è detto, della negazione della cognizione giurisdizionale in termini assoluti, e dunque del rifiuto "in astratto", frutto della negazione del potere in contrasto con la *regola iuris* che lo attribuisce, e non "in concreto", quale esito della violazione di meri *errores in iudicando* o *in procedendo*, secondo il consolidato orientamento di queste Sezioni Unite (fra le tante, da ultimo, Cass. Sez. U. nn. 37552/2021, 32674/2021, 32673/2021, 18259/2021, 8848/2020). In tal senso si vedano anche da ultimo le recentissime Cass. Sez. U. nn. 17336, 17337 e 17338 del 2022.

Il motivo di ricorso in esame denuncia un'ipotesi di diniego di giurisdizione non in astratto, ma relativo alla fattispecie concreta, e dunque in termini di *error in iudicando* o *in procedendo*, senza perciò configurare un fenomeno di arretramento della giurisdizione.

Nei limiti della censura di *error in procedendo* resta anche la denuncia di omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La giurisprudenza di queste Sezioni Unite, coerentemente alle conclusioni raggiunte sul tema della trasgressione del diritto euro-unitario, è nel senso che non è affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, ed è pertanto insindacabile sotto il profilo della violazione del limite esterno della giurisdizione, la decisione, adottata dal Consiglio di Stato, di non disporre il rinvio pregiudiziale



alla Corte di Giustizia (Cass. Sez. U. nn. 7839/2020, 24107/2020).

La decisione se attivare o meno il rinvio pregiudiziale, ha precisato Cass. Sez. U. n. 24107/2020, va risolta dal giudice nazionale sotto la propria responsabilità, perché solo a costui spetta «il compito di valutare se la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio e, di conseguenza, di decidere se astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione che è stata sollevata dinanzi ad esso». La mancata proposizione del rinvio pregiudiziale, ove ne ricorrano i presupposti di obbligatorietà, comporterebbe indubbiamente violazione di diritto nei termini dell'*error in procedendo*, ma un simile sindacato esula, come è evidente, dal controllo di giurisdizione che spetta alla Corte di Cassazione. Per le stesse ragioni integra un mero *error in iudicando* l'inosservanza da parte del Consiglio di Stato delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in sede pregiudiziale (Cass. Sez. U. n. 26920/2021).

Quanto alla mancanza dei presupposti affinché siano queste Sezioni Unite a disporre il rinvio pregiudiziale, si è già detto richiamando la recente Corte. giust. 21 dicembre 2021 causa C-497/20.

Gli esposti principi di diritto sono stati da ultimo ribaditi da Cass. Sez. U. nn. 14301, 14257, 14255 e 14283 del 2022.

Parimenti irrilevante ai fini della configurazione nel caso di specie di un diniego in astratto della giurisdizione è il richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Anche con riferimento alla denuncia della violazione, da parte dell'organo di vertice della giustizia amministrativa, della CEDU che si risolva in un "error in iudicando" (sia pure "de iure procedendi") è stato affermato che la detta violazione non è sindacabile ad opera delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in sede di controllo di giurisdizione, in quanto il controllo in questione è circoscritto all'osservanza dei meri limiti



esterni della giurisdizione, senza estendersi ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale - l'accertamento delle quali rientra nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione - concernenti il modo d'esercizio della giurisdizione speciale (Cass. Sez. U. n. 640/2020; n. 29653/2020).

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 - quater all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P. Q. M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore del Comune di Acireale, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 8.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore di e Tekra s.r.l., delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 5.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato



pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello
stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma il giorno 21 giugno 2022

Il Presidente

Dott.ssa Adelaide Amendola

