

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura dell'avv. Pasquale Guida

LA GIURISPRUDENZA: le sentenze per esteso

P. A. in genere

Principi di diritto unionale europeo- Il sindacato sulle pronunce del Consiglio di Stato

Cassazione Civile, n. 01454 del 18.01.2022, Sez. U

P. A. in genere- Principi di diritto unionale europeo- Il sindacato sulle pronunce del Consiglio di Stato

MASSIMA

È principio di diritto quello secondo cui, in tema di diritto unionale europeo, relativamente al sindacato delle Sezioni Unite sulle pronunce del Consiglio di Stato, questo sia limitato alle ipotesi di difetto assoluto e difetto relativo di giurisdizione, e non anche nei casi di *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* che attengono, invece, ai c.d. "limiti interni" della giurisdizione, sindacabili solamente dal giudice amministrativo.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMENDOLA	Adelaide	-	Primo Presidente f.f.	-
Dott. VIRGILIO	Biagio	-	Presidente di Sez.	-
Dott. SESTINI	Danilo	-	Consigliere	-
Dott. NAPOLITANO	Lucio	-	Consigliere	-
Dott. FERRO	Massimo	-	Consigliere	-
Dott. GARRI	Fabrizia	-	Consigliere	-
Dott. DI MARZIO	Mauro	-	Consigliere	-
Dott. GIUSTI	Alberto	-	Consigliere	-
Dott. COSENTINO	Antonello	-	rel. Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 10746/2020 proposto da:

KUADRA S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, in persona del liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato LUCA TOZZI;

- ricorrente -
contro

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 5401/2019 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 31/07/2019.

Udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 14/12/2021 dal Consigliere Dott. ANTONELLO COSENTINO;

lette le conclusioni scritte del Procuratore Generale Aggiunto Dott. LUIGI SALVATO, il quale chiede che la Corte dichiari il ricorso inammissibile.

FATTO-DIRITTO

1. La società Kuadra s.r.l. in liquidazione ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 5401/2019 del 31.07.2019 che, in totale riforma della sentenza di primo grado del TAR Lazio, ha rigettato il ricorso dalla stessa proposta avversa il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(AGCM) n. 25802, notificato il 20 gennaio 2016, con il quale alla stessa era stata irrogata la sanzione amministrativa pecuniaria di Euro 5.763.882.

2. L'AGCM aveva sanzionato la società Kuadra per avere questa posto in essere, insieme con altre tre società (la CNS-Consorzio nazionale servizi società

cooperativa, la Manutencoop Facility Management s.p.a. e la Roma Multiservizi s.p.a.), un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

3. In particolare l'AGCM aveva addebitato alla Kuadra ed alle altre società sopra menzionate di aver posto in essere un'intesa anticoncorrenziale "per oggetto", consistente in una pratica concordata volta a condizionare gli esiti di una gara comunitaria a procedura aperta indetta dalla Consip in data 11.07.2012, per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, relativa all'affidamento dei servizi di pulizia e di altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità di immobili per istituti scolastici e per centri di formazione della pubblica amministrazione. Detta pratica si risolveva nell'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e nella conseguente spartizione dei lotti da aggiudicarsi, nel limite massimo fissato dalla lex specialis, mediante l'uso distorto dello strumento consortile.

4. Il TAR Lazio, investito del ricorso della Kuadra, aveva annullato la sanzione alla stessa inflitta, ritenendo il provvedimento sanzionatorio carente di motivazione e, quindi, inidoneo a sorreggere le conclusioni dell'AGCM, anche in ordine all'intera ricostruzione volta a coinvolgere Kuadra nell'intesa sanzionata; ad avviso del TAR la plausibilità delle spiegazioni alternative fornite dalla ricorrente doveva prevalere sulla genericità e frammentarietà della ricostruzione dell'Autorità Garante.

5. Il Consiglio di Stato, adito con l'appello dell'AGCM, ha invece ritenuto che la ricostruzione complessiva operata dal primo giudice si scontrasse con una serie di osservazioni puntuali dell'Autorità, concludendo che "ad un esame dei fatti, appare del tutto corretta la ricostruzione operata dall'Autorità, quando ha evidenziato che la scaturigine della decisione del Consorzio Nazionale di Servizi di partecipare in ATI 1 con Kuadra va rinvenuta in un accordo sottoscritto tra le due società in data 9 ottobre 2012" (pag. 13, secondo capoverso, della sentenza impugnata).

6. In particolare, il giudice d'appello - dopo aver precisato che, "in materia di illecito antitrust, il reperimento della prova cd. piena (quali testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) è ipotesi piuttosto remota" (pag. 13, ultimo capoverso, della sentenza impugnata), donde la necessità di "fare ricorso alla prova logica o indiziaria per dimostrare un illecito" (ivi) - ha ritenuto che il coinvolgimento della Kuadra nella condotta illecita accettata e la sua consapevolezza dell'intesa volta al condizionamento della gara Consip risultassero "compiutamente dimostrati dai documenti specificamente riferibili alla società stessa, la cui valenza e significatività in termini di prova dell'infrazione - del pari di ogni evidenza esogena - va colta in modo congiunto, secondo una visione d'insieme e un approccio complessivo in uno con la specificità del caso concreto e il complessivo corredo probatorio raccolto" (pag. 14, ultimo capoverso, della sentenza impugnata).

7. Sulla scorta di tali premesse, il Consiglio di Stato ha affermato, in punto di responsabilità, che, una volta accertata la partecipazione della Kuadra all'accordo anticoncorrenziale, non era necessaria una specifica prova degli effetti distorsivi di tale accordo, risolvendosi la prova dell'effetto anticoncorrenziale nella prova dello stesso oggetto dell'accordo (vedi la sentenza impugnata, pag. 17, p. 4.1: "L'illecito, in sostanza, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, di per sé idonea a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti concorrenziali. Non vi è quindi bisogno di una prova ulteriore, oltre quella già raggiunta ed evidenziata nel primo motivo di ricorso").

8. Quanto al motivo di ricorso con cui la Kuadra aveva contestato l'entità della sanzione inflittale con l'impugnato provvedimento, denunciando il contrasto tra quest'ultimo e le linee guida del trattamento sanzionatorio elaborate dalla stessa Autorità Garante, il Consiglio di Stato lo ha giudicato inammissibile per la ragione che "la parte, sia in primo grado che in appello, si è limitata di indicare la supposta mancanza,

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura dell'avv. Pasquale Guida

facendo riferimento a memorie depositate in sede procedimentale, ma senza illustrarne alcuna ragione in sede giudiziaria" (pag. 14, ultimo capoverso, della sentenza impugnata).

9. Per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato la società Kuadra ha proposto ricorso, articolato in due motivi, ex art. 111 Cost., comma 8 e art. 110 c.p.a..

10. Con il primo motivo - rubricato "Violazione e falsa applicazione, scaturita in manifesta e denegata giustizia, della L. n. 287 del 1990, art. 2, dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 del Regolamento CE n. 1/2003" - la ricorrente censura la statuizione sopra sintetizzata nel paragrafo 7, sostenendo che il Consiglio di Stato sarebbe pervenuto a "negare l'attivazione dei propri poteri giurisdizionali di conferma della sentenza di prime cure e di annullamento del provvedimento impugnato sulla scorta di un radicale stravolgimento del contenuto dispositivo della norma richiamata in rubrica, disciplinante - come noto - i presupposti legali della ricorrenza di intese anticoncorrenziali nonché la ripartizione, tra le Autorità antitrust e l'operatore economico sottoposto a controllo, del relativo onere probatorio" (pag. 17, primo capoverso, del ricorso). In particolare, secondo la Kuadra, il Consiglio di Stato avrebbe errato nel ritenere "sufficiente ai fini della ricorrenza di un'intesa anticoncorrenziale per oggetto la prova della astratta idoneità dell'accordo alla produzione di effetti anticoncorrenziali, ritenendo dunque superflua ogni verifica in concreto parametrata al contesto economico giuridico in cui l'intesa stessa è destinata ad operare" (pag. 19 ultimo capoverso, del ricorso).

11. Con il secondo motivo - rubricato "Violazione e falsa applicazione dell'art. 40 c.p.a. e art. 112 c.p.c., scaturita in omessa pronuncia e rifiuto della giurisdizione amministrativa su di un punto decisivo della controversia, inerente l'illegittimità del gravato provvedimento per la violazione del paragrafo 31 delle linee guida AGCM nella quantificazione della sanzione pecuniaria irrogata" - la ricorrente censura la statuizione sopra sintetizzata nel paragrafo 8, sostenendo che il Consiglio di Stato sarebbe incorso in un radicale

stravolgimento del "contenuto precettivo dell'art. 40 c.p.c., e del principio di specificità dei motivi di ricorso ivi formulato".

12. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è costituita con controricorso, eccependo l'inammissibilità del ricorso sia, in via preliminare, per la mancata notifica del medesimo ai controinteressati che erano stati parte, pur restandovi contumaci, del giudizio definito dal Consiglio di Stato con la sentenza impugnata (Consip s.p.a., CNS-Consorzio nazionale servizi società cooperativa, Exitione s.p.a., Manutencoop Facility Management s.p.a. e Roma Multiservizi s.p.a.), sia per la non riconducibilità dei motivi di impugnazione al paradigma fissato dall'art. 111 Cost., comma 8.

13. La causa è stata chiamata nella Camera di consiglio del 14.12.2021, per la quale il Procuratore Generale presso questa Corte ha depositato una requisitoria scritta concludendo per la declaratoria di inammissibilità del ricorso e la società ricorrente ha depositato una memoria in cui, richiamata l'ordinanza di questa Corte n. 19598/2020, ha chiesto promuoversi rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE sulle due seguenti questioni pregiudiziali:

a) sulla compatibilità con gli artt. 101 e 102 TFUE e con l'art. 2 del Regolamento CE numero 1/2003, così come interpretati dalla stessa giurisprudenza Europea e dalle Linee direttrici generali CE 2011/C 11/01 e 2004/C 101/08, "dell'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5401/2019 della L. n. 287 del 1990, art. 2, a mente della quale, ai fini dell'accertamento della ricorrenza di un'intesa anticoncorrenziale per oggetto, è sufficiente l'accertamento della mera esistenza di un accordo tra operatori economici avente ad oggetto la regolamentazione del proprio confronto competitivo perciò solo idoneo a manifestare lo scopo degli operatori di turbare la concorrenza e dunque ad arrecare in astratto a quest'ultima un pregiudizio, escludendo per l'effetto la necessità di una verifica dell'idoneità in concreto di tale accordo ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, tenuto conto del contesto economico e giuridico nel quale

l'accordo stesso si inserisce (necessità affermata invece da Corte di Giustizia Europea sentenza 4 giugno 2009, causa C-8/08, nota come sentenza T.mobile Netherlands BV)";

b) sulla compatibilità con il diritto ad un ricorso effettivo ad un giudice imparziale di cui all'art. 47 CDFUE, "così come peraltro interpretato ai sensi dell'art. 52, comma 3 della medesima Carta alla luce della portata e del significato assunto dal corrispondente diritto previsto dall'art. 6 CEDU nella recente giurisprudenza della Corte EDU (Corte EDU n. 55064/11 Succi contro Stato italiano) dell'interpretazione dell'art. 40 c.p.a. fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5401/2019, ed a mente della quale è inammissibile il motivo di impugnazione che sia stato trattato facendo riferimento a memorie depositate in sede procedimentale, ma senza illustrarne alcuna ragione negli atti processuali depositati, o comunque riportando copia per immagine di tali documenti nel corpo degli atti processuali prodotti".

14. Dopo la Camera di consiglio del 14 dicembre 2021, la Corte di giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata - con la sentenza 21 dicembre 2021 Randstad, in causa C- 497/20 - sul rinvio pregiudiziale sollevato da questa Corte con l'ordinanza n. 19598/2020, evocata nella memoria della società ricorrente menzionata nel paragrafo precedente. Il Collegio si è pertanto riconvocato in Camera di consiglio il 7 gennaio 2021, in cui la causa è stata nuovamente discussa e, quindi, decisa come da dispositivo.

15. L'eccezione preliminare dell'Autorità controricorrente di inammissibilità del ricorso per difetto di notifica ai controinteressati che avevano preso parte al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato va disattesa, giacché tale difetto di notifica non determina l'inammissibilità dell'impugnazione, bensì la necessità di integrare il contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c.. A tale integrazione, peraltro, non è necessario provvedere, perché il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per le ragioni di cui appresso. Deve infatti darsi qui applicazione al principio, già espresso da queste Sezioni Unite, che, nel giudizio di

cassazione, il rispetto del principio della ragionevole durata del processo impone, in presenza di un'evidente ragione d'inammissibilità del ricorso, di definire con immediatezza il procedimento, senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di un'attività processuale del tutto ininfluenza sull'esito del giudizio (SSUU n. 6826/2010; conf., da ultimo, Cass. 11287/2018, Cass. 8990/2020).

16. Il ricorso è inammissibile perché i motivi su cui esso si fonda non sono riconducibili al paradigma di cui all'art. 111 Cost., comma 8.

16.1. Il primo motivo di ricorso denuncia, infatti, un error in iudicando, vale a dire la violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2, dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 del Regolamento CE numero 1/2003, nell'interpretazione che la ricorrente ritiene doversene dare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea. In tale violazione il Consiglio di Stato sarebbe incorso, secondo la società Kuadra, nel ritenere sufficiente, ai fini della ricorrenza di un'intesa anticoncorrenziale per oggetto, la prova di tale oggetto, così omettendo ogni verifica in concreto parametrata al contesto economico-giuridico in cui detta intesa è destinata ad operare.

16.2. Il secondo motivo di ricorso denuncia, a propria volta, un error in procedendo, vale a dire la violazione dell'art. 40 c.p.a. - e del principio di specificità dei motivi di ricorso al giudice amministrativo ivi fissato - in cui il Consiglio di Stato sarebbe incorso, secondo la società ricorrente, dichiarando inammissibile la doglianza mossa da quest'ultima in relazione al trattamento sanzionatorio inflitto; inammissibilità motivata sull'argomento che detta doglianza era stata formulata mediante il mero riferimento alle memorie depositate in sede procedimentale.

16.3. Si tratta di errori che, ove anche sussistenti, non inciderebbero sui limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

17. Come è noto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 6/2018, ha affermato, in

esplicito dissenso con alcuni precedenti di queste Sezioni Unite, che "la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dell'art. 111 Cost., comma 8, avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando... non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale" (p.11), aggiungendo che "L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU" giacché anche in tal caso si ricondurrebbe "al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare" (p.14.1).

18. Dopo la suddetta pronuncia della Corte costituzionale, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Corte si è andato consolidando 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 Europeo da parte del giudice amministrativo, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111 Cost., comma 8, 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 e', in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione (così SSUU. 32773/2018; nello stesso senso, tra le tante, le pronunce nn. 8311/2019, 27770/2020, 29653/2020, 36899/2021).

19. Tale orientamento espressamente include anche gli errores in procedendo nell'area dell'insindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti in sede di ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8; si vedano, tra le tante, SSUU 7926/2019, SSUU 29082/2019, SSUU 34470/2019, SSUU 27546/2021 (non massimata).

20. Si è altresì affermato, nell'ambito di detto indirizzo, che il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto Europeo non integra, di per sé, l'eccesso di potere giurisdizionale denunziabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, 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 si sottrae al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione, né può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio (SSUU 29085/2019; nello stesso senso, SSUU 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 Europea, 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 (cfr. SSUU 32622/2018).

21. La conformità dell'esposto orientamento giurisprudenziale al diritto dell'Unione è stata affermata nella recente sentenza CGUE Randstad, menzionata nel precedente paragrafo 14, alla cui stregua non contrasta con tale diritto una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, precluda la possibilità di contestare, nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro, la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa (cfr. p. 81).

22. Va pertanto data continuità ai precedenti richiamati nei paragrafi 18, 19 e 20 che precedono, ribadendo che il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione si riferisce alle sole ipotesi di:

a) difetto assoluto di giurisdizione, che ricorre quando il giudice speciale 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);

b) difetto relativo di giurisdizione, che ricorre 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 (violazione dei limiti esterni della giurisdizione).

Il controllo di giurisdizione non può invece 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.

23. Quanto alla sollecitazione al promovimento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE sulle questioni sopra riportate nel precedente paragrafo n. 13 - rivolta dal ricorrente a queste Sezioni Unite

nella memoria depositata ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c. - essa va disattesa, giacché la pronuncia su tali questioni da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea sarebbe funzionale a disvelare eventuali errori in cui il Consiglio di Stato possa essere incorso nell'interpretazione e applicazione di disposizioni sostanziali o processuali di diritto interno applicative del diritto dell'Unione; ma tali errori, per il principio fissato nel precedente paragrafo 22, non sarebbero comunque scrutinabili da queste Sezioni Unite, non attenendo a motivi di giurisdizione e non potendo quindi condurre in nessun caso alla cassazione dell'impugnata sentenza ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8.

24. Il ricorso va dichiarato inammissibile.

25. Le spese seguono la soccombenza.

27. Ai sensi della L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, che ha aggiunto del Testo Unico di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento, da parte della società ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente a rifondere all'Autorità contro ricorrente le spese del giudizio di cassazione, che liquida in Euro 12.000, oltre Euro 200 per esborsi ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nelle Camere di consiglio del 14 dicembre 2021, e, a seguito di riconvocazione, il 7 gennaio 2022.

Depositato in Cancelleria il 18 gennaio 2022.