

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
YVES BOT
presentate il 10 aprile 2014 (1)

Causa C-19/13

**Ministero dell'Interno
contro
Fastweb SpA**

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Procedura di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici – Assenza delle condizioni richieste per una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara – Potere dell'organo responsabile delle procedure di ricorso di dichiarare il contratto di aggiudicazione privo di effetti – Portata dell'eccezione prevista dall'articolo 2, quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 ai sensi del quale tale organo deve conservare gli effetti del contratto – Principio della parità di trattamento – Diritto a un ricorso effettivo»

1. Con il presente rinvio pregiudiziale si chiede alla Corte di precisare la portata dei poteri di annullamento e sanzionatori riconosciuti al giudice nazionale dall'articolo 2 quinquies della direttiva 89/665/CEE (2), qualora esso constati che un appalto pubblico è stato aggiudicato in violazione delle norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18/CE (3).
2. La direttiva 89/665 mira ad assicurare un'applicazione effettiva delle norme relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, garantendo l'esistenza, nell'insieme degli Stati membri, di procedure di ricorso efficaci e rapide (4). Con la modifica introdotta dalla direttiva 2007/66 il legislatore dell'Unione ha inteso migliorare l'efficacia di siffatte procedure, rafforzando le garanzie di trasparenza e di non discriminazione. In tale ottica esso ha introdotto, all'articolo 2 quinquies della direttiva 89/665, sanzioni che si propongono di essere efficaci e dissuasive (5), in modo da garantire un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti potenziali e degli operatori economici lesi e contrastare le violazioni più gravi del diritto degli appalti pubblici, ossia l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi.
3. In tal senso, in conformità dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665, gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, senza che ciò sia consentito a norma

della direttiva 2004/18/CE.

4. Un'eccezione a tale principio è cionondimeno prevista dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, la cui portata deve essere esaminata in questa sede.

5. Tale disposizione è così formulata:

«Gli Stati membri prevedono che il paragrafo 1, lettera a), del presente articolo non si applichi quando:

- l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia consentita a norma della direttiva 2004/18(...),
- l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso di cui all'articolo 3 bis della presente direttiva in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto, e
- il contratto non è stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso».

6. Ai sensi dell'articolo 3 bis della direttiva 89/665, l'amministrazione aggiudicatrice deve indicare, nel suo avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto, la sua denominazione e il suo recapito. Essa deve parimenti descrivere l'oggetto dell'appalto e motivare la sua decisione di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Essa deve inoltre indicare la denominazione e il recapito dell'operatore economico a favore del quale è stata adottata la decisione di aggiudicazione dell'appalto e, se del caso, deve aggiungere qualsiasi altra informazione ritenuta utile a tal fine.

7. L'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 mira a facilitare la possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula di un contratto, nella misura in cui, mediante la pubblicazione di un avviso in cui viene manifestata l'intenzione di concludere un contratto (6) e mediante la sospensione della firma del contratto per un periodo minimo di dieci giorni, il giudice può rimediare in tempo utile alla violazione delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (7).

8. Con il suo rinvio pregiudiziale il Consiglio di Stato interroga la Corte in ordine all'interpretazione e alla validità di tale disposizione alla luce del principio della parità di trattamento, sancito dalla giurisprudenza quale principio fondamentale del diritto dell'Unione, e al diritto a un ricorso effettivo, sancito, quanto ad esso, dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).

9. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra il Ministero dell'Interno e la Fastweb SpA (in prosieguo: la «Fastweb»). Tale controversia verte sull'aggiudicazione alla Telecom Italia SpA (in prosieguo: la «Telecom Italia») di un appalto pubblico avente ad oggetto la fornitura di servizi di comunicazione elettronica per una durata di sette anni ed un valore di EUR 521 500 000.

10. È pacifico, nella presente causa, che il Ministero dell'Interno non ha rispettato le norme relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, procedendo all'assegnazione di tale appalto mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

11. Con una decisione datata 8 gennaio 2013 il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittima tale aggiudicazione e l'ha annullata.

12. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha constatato che il Ministero dell'Interno ha pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto con la Telecom Italia, conformemente a quanto disposto dall'articolo 3 bis della direttiva 89/665. Esso ha parimenti riconosciuto che questi ha rispettato il termine sospensivo minimo di dieci giorni fra l'aggiudicazione dell'appalto e la firma del contratto. In applicazione dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, di tale direttiva, il giudice nazionale sarebbe pertanto tenuto alla conservazione degli effetti di tale contratto, nonostante l'illegittimità del medesimo.

13. È in tale contesto che il giudice del rinvio si è interrogato sulla portata dei poteri di annullamento e sanzionatori riconosciuti al giudice nazionale.

14. Il Consiglio di Stato ha pertanto sospeso il procedimento ed ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) (...) se l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva [89/665] vada interpretato nel senso che, qualora un'amministrazione aggiudicatrice, prima di affidare il contratto direttamente ad un operatore economico determinato, scelto senza previa pubblicazione del bando, abbia pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* l'avviso di trasparenza preventiva e abbia atteso almeno dieci giorni per la stipulazione del contratto, sia automaticamente precluso – sempre e comunque - al giudice nazionale di pronunciare la privazione di effetti del contratto, anche se ravvisi la violazione delle norme che consentono, a determinate condizioni, di affidare il contratto senza l'espletamento di una gara.

2) [In via subordinata], se l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva [89/665] — ove interpretato nel senso di escludere la possibilità che a norma del diritto nazionale (articolo 122 del codice del processo amministrativo) sia pronunciata l'inefficacia del contratto, nonostante il giudice abbia accertato la violazione delle norme che consentono, a determinate condizioni, di affidare il contratto senza l'espletamento di una gara — sia conforme ai principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, nonché assicuri il diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta (...)».

15. Le parti nel procedimento principale, i governi italiano, austriaco e polacco, nonché il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea hanno presentato osservazioni.

16. Nelle presenti conclusioni partirò dal presupposto che né la finalità della direttiva 89/665 né il dettato del suo articolo 2 quinquies ostano a che uno Stato membro riconosca, in capo all'organo responsabile della procedura di ricorso, la libertà di valutare la misura in cui un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* debba essere privato dei suoi effetti, quando detto organo rilevi che l'amministrazione aggiudicatrice, nonostante la pubblicazione, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, di un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e il rispetto di un termine sospensivo minimo di dieci giorni fra l'aggiudicazione di tale appalto e la firma del contratto, ha violato in maniera deliberata e intenzionale le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18.

I – Fatti del procedimento principale

17. Il Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza, ha concluso, nel 2003,

una convenzione con la Telecom Italia per la gestione e lo sviluppo dei servizi di telecomunicazione, con scadenza prevista il 31 dicembre 2011.

18. In vista della scadenza di tale convenzione, il Ministero dell'Interno, con decisione del 15 dicembre 2011, ha quindi designato nuovamente la Telecom Italia quale proprio fornitore e partner tecnologico per la gestione e lo sviluppo di tali servizi.

19. In vista dell'assegnazione dell'appalto, esso ha ritenuto di poter ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, fondandosi sul testo dell'articolo 57, paragrafo 2, lettera b), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (8), il quale traspone nell'ordinamento giuridico italiano l'articolo 28, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2009/81/CE (9).

20. Ai sensi di quest'ultima disposizione l'ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara «qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato».

21. Nella specie, il Ministero dell'Interno ha ritenuto che la Telecom Italia fosse l'unico operatore economico in grado di eseguire l'appalto di servizi, per ragioni tecniche e di tutela di (alcuni) diritti esclusivi.

22. Tale decisione è stata sottoposta all'Avvocatura Generale dello Stato, la quale ha espresso un parere favorevole, il 20 dicembre 2011, in ordine alla legittimità della procedura prevista.

23. Lo stesso giorno il Ministero dell'Interno ha pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso in cui manifestava la sua intenzione di affidare alla Telecom Italia l'appalto relativo alla «fornitura di servizi di comunicazione elettronica a favore del Dipartimento di pubblica sicurezza e dell'Arma dei Carabinieri, quali servizi di fonia vocale, fonia mobile, trasmissione dati, nel rispetto di tutte le esigenze di riservatezza e di sicurezza informativa nell'interesse della sicurezza nazionale».

24. Il 22 dicembre 2011 il Ministero dell'Interno ha adottato la determinazione che invitava la Telecom Italia a partecipare alla negoziazione fissata per il 23 dicembre 2011.

25. Le parti hanno sottoscritto la convenzione quadro il 31 dicembre 2011, ossia successivamente alla scadenza di un termine di dieci giorni calcolato a partire dalla data di pubblicazione dell'avviso sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, per una durata di sette anni e per una somma pari a EUR 521 500 000.

26. L'avviso di aggiudicazione dell'appalto è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 16 febbraio 2012.

27. La Fastweb ha proposto un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ossia l'organo responsabile delle procedure di ricorso avviate avverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico in Italia. La Fastweb ha chiesto che tale aggiudicazione fosse dichiarata nulla e inefficace, sul rilievo che non ricorrevano le condizioni previste dall'articolo 28, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2009/81 per avviare una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.

28. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha accolto il ricorso. Esso ha ritenuto che i dati e le circostanze indicati dal Ministero dell'Interno non integrassero le

«ragioni tecniche» di cui all'articolo 57, paragrafo 2, lettera b), del decreto legislativo n. 163/2006, ma che si fondassero su ragioni di opportunità e su difficoltà che potrebbero derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro operatore economico. Dopo aver annullato l'aggiudicazione dell'appalto, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha ritenuto di non poter pronunciare l'inefficacia del contratto, considerato che il Ministero dell'Interno aveva adempiuto all'obbligo di trasparenza e aveva rispettato il termine sospensivo minimo richiesto dall'articolo 121, paragrafo 5, del codice del processo amministrativo, il quale recepisce l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 nell'ordinamento giuridico italiano.

29. Per contro, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha ritenuto che tali disposizioni non gli impedissero di dichiarare inefficace il contratto a partire dal 31 dicembre 2013 sul fondamento dell'articolo 122 del codice del processo amministrativo.

30. Il Ministero dell'Interno e la Telecom Italia hanno proposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato.

31. Quest'ultimo ha confermato l'annullamento dell'aggiudicazione di cui trattasi. Esso ha parimenti dichiarato che l'amministrazione aggiudicatrice non aveva sufficientemente dimostrato le condizioni richieste per ricorrere ad una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara. A tal riguardo, esso ha ritenuto che, dall'insieme delle allegazioni svolte e della documentazione prodotta, compresa la relazione tecnica, emergesse non già un'oggettiva impossibilità di affidare tali servizi ad operatori economici diversi quanto, piuttosto, l'inopportunità di una tale soluzione, essenzialmente perché, a giudizio del Ministero dell'Interno, essa comporterebbe dei cambiamenti, dei costi e dei tempi necessari di adeguamento.

32. Per contro, il Consiglio di Stato si è interrogato in merito alle conseguenze che occorre trarre da un tale annullamento per quanto riguarda gli effetti del contratto di cui trattasi, tenuto conto dei principi fissati dal legislatore dell'Unione all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665.

II – La normativa italiana

33. La direttiva 89/665 è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, il cui contenuto è stato integrato successivamente agli articoli 120 e seguenti del codice del processo amministrativo.

34. L'articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo traspone nell'ordinamento giuridico italiano l'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, della direttiva 89/665. Esso stabilisce che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

- se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo n. 163/2006;
- se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza pubblicazione di un bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità di un bando di gara nella

Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo n. 163/2006.

35. L'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 è stato trasposto dall'articolo 121, comma 5, del codice del processo amministrativo, il quale prevede che l'inefficacia del contratto prevista al comma 1, lettere a) e b), di tale articolo 121 non trova applicazione quando la stazione appaltante:

- abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo n. 163/2006;
- abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79 bis del decreto legislativo n. 163/2006, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto, e
- il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

36. L'articolo 122 del codice del processo amministrativo aggiunge che, fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, di tale codice, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

37. L'articolo 3 bis della direttiva 89/665, relativo al contenuto e all'oggetto dell'avviso di trasparenza preventiva, è trasposto dall'articolo 79 bis del decreto legislativo n. 163/2006.

III – Analisi

38. Ho scelto di esaminare congiuntamente le due questioni poste dal Consiglio di Stato.

39. Con tali questioni esso chiede alla Corte, in sostanza, se, ai sensi dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, letto alla luce del principio della parità di trattamento e del diritto ad un ricorso effettivo, il giudice nazionale sia tenuto, a prescindere dalle circostanze, a conservare gli effetti di un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando, quando l'amministrazione aggiudicatrice abbia pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e abbia rispettato il termine sospensivo minimo di dieci giorni previsto da suddetta disposizione fra l'aggiudicazione di tale appalto e la firma del contratto.

40. Non sono di tale avviso. Ritengo, infatti, che l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 non possa instaurare un siffatto automatismo, pena il rischio di compromettere l'effetto utile delle disposizioni introdotte dal legislatore dell'Unione nell'ambito della direttiva 2007/66 e di violare taluni dei principi fondamentali che tale legislatore riconosce in capo all'operatore economico leso.

41. L'articolo 2 della direttiva 2004/18, con il titolo «Principi di aggiudicazione degli appalti», impone all'amministrazione aggiudicatrice di trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e di agire con trasparenza.

42. In tale ambito, la Corte ha dichiarato che il principio della parità di trattamento degli offerenti o dei candidati costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (10). Il rispetto di suddetto principio deve consentire di garantire la libera circolazione dei servizi nell'Unione europea e mira a favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra gli operatori economici interessati in tutti gli Stati membri (11). Come rammentato dalla Corte, esso osta, pertanto, a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto. Il rispetto del principio della parità di trattamento comporta non solo un'assenza di discriminazione in base alla nazionalità, ma anche un obbligo di trasparenza della procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici (12). Tale trasparenza mira essenzialmente a garantire, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità della procedura di aggiudicazione che consenta in tal modo un'apertura alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità della procedura (13). Essa è dunque intesa ad evitare il rischio di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice, in modo che tali offerenti possano disporre delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte (14).

43. Siffatti obblighi creano in capo agli operatori economici diritti che devono poter costituire l'oggetto di una tutela giurisdizionale effettiva da parte del giudice nazionale. Quest'ultimo dev'essere pertanto in grado di garantire la piena esecuzione della propria decisione e deve poter adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive al fine di assicurare la piena efficacia delle norme relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

44. È al fine di garantire un'applicazione effettiva di tali principi, nonché una tutela giurisdizionale effettiva degli offerenti interessati a fronte dei rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice, che il legislatore dell'Unione ha scelto di rafforzare, nella direttiva 2007/66, l'efficacia dei procedimenti di ricorso avviati negli Stati membri dai soggetti che abbiano interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e siano state lese a causa di una presunta violazione (15).

45. La direttiva 89/665 si limita a stabilire, in linea di principio, soltanto i requisiti minimi che le procedure di ricorso previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare (16) e non esclude, in conformità del considerando 20 della direttiva 2007/66, l'applicazione di sanzioni più rigorose a norma del diritto nazionale, rispettando in tal modo, in conformità del considerando 34 della stessa, il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

46. L'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, esige pertanto dagli Stati membri che essi garantiscano a tutti gli operatori economici lesi la possibilità di proporre un ricorso efficace e quanto più rapido possibile nei confronti delle decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, secondo le condizioni elencate agli articoli da 2 a 2 septies di tale direttiva (17).

47. A tale fine e in conformità dell'articolo 2, paragrafo 1, di suddetta direttiva, queste ultime sono tenute a riconoscere in capo all'organo responsabile delle procedure di ricorso i seguenti poteri:

- il potere di prendere provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti;

- il potere di annullare le decisioni illegittime, e
- il potere di accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi.

48. All'articolo 2, paragrafo 7, della direttiva 89/665, il legislatore dell'Unione riconosce in capo agli Stati membri la libertà di determinare, nel rispettivo diritto nazionale, gli effetti che devono essere connessi all'esercizio di tali poteri quanto all'adempimento del contratto di cui trattasi.

49. Cionondimeno, il legislatore dell'Unione esclude da tale libertà le ipotesi di cui agli articoli da 2 quinquies a 2 septies della menzionata direttiva e, in particolare, i casi in cui il giudice nazionale ha annullato il contratto per violazione delle norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18. In un'ipotesi del genere, esso ha pertanto scelto di inquadrare i poteri dell'organo responsabile della procedura di ricorso fissando espressamente gli effetti che devono essere connessi all'annullamento di un siffatto contratto.

50. Difatti, l'articolo 2 quinquies della direttiva 89/665, intitolato «Privazione di effetti», esige, al suo paragrafo 1, lettera a), che l'organo responsabile della procedura di ricorso privi il contratto dei suoi effetti qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, in violazione di quanto prescritto dalla direttiva 2004/18. I termini sono chiari, il margine di manovra riconosciuto agli Stati membri è, in linea di principio, inesistente.

51. Il legislatore dell'Unione giustifica tale inquadramento al considerando 13 della direttiva 2007/66, sulla base del rilievo che l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi rappresenta, secondo la giurisprudenza della Corte, la violazione più grave del diritto dell'Unione degli appalti pubblici (18). Esso ritiene che occorra pertanto prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, il che esige di privare un contratto dei suoi effetti.

52. In tali circostanze, qualora l'organo responsabile della procedura di ricorso constati l'illegittimità dell'aggiudicazione di un appalto pubblico mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, esso deve annullare il contratto e privarlo dei suoi effetti, al fine di ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per l'operatore economico leso (19).

53. Il rigore di tale principio, cionondimeno, è mitigato all'articolo 2 quinquies, paragrafo 2, della direttiva 89/665, poiché il legislatore dell'Unione riconosce in capo agli Stati membri la libertà di determinare le conseguenze che devono essere connesse alla declaratoria di inefficacia del contratto.

54. Inoltre, suddetto principio conosce un'eccezione, prevista dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, di tale direttiva, della quale devo, in questa sede, esaminare i termini e la portata.

55. Ricordo che, ai sensi di tale disposizione, gli «Stati membri prevedono che il paragrafo 1, lettera a), del presente articolo, non si applichi quando»:

- l'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che la conclusione del contratto senza previa pubblicazione fosse consentita a norma della direttiva 2004/18;
- essa ha adempiuto ad un obbligo di trasparenza prima della firma del contratto, pubblicando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso volontario per la

trasparenza ex ante e,

- essa ha rispettato il termine sospensivo minimo di dieci giorni civili fra la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* dell'avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e la conclusione di quest'ultimo.

56. In udienza il Parlamento e la Commissione hanno confermato che dette condizioni sono in effetti cumulative.

57. Dai considerando 13, 14 e 26 della direttiva 2007/66 risulta con estrema chiarezza che il legislatore dell'Unione, introducendo tale eccezione alla regola, si propone di conciliare i diversi interessi in gioco, ossia quelli dell'impresa lesa, la cui soddisfazione implica la possibilità di avviare un procedimento sommario precontrattuale e l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, e quelli dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata, i quali implicano di evitare l'incertezza giuridica che può derivare dalla privazione di effetti del contratto.

58. All'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, il legislatore dell'Unione utilizza termini imperativi e, in assenza di qualsiasi altra indicazione nel testo, tale disposizione esige dall'organo responsabile della procedura di ricorso che esso conservi gli effetti di un contratto, seppur ne sia stato però pronunciato l'annullamento, qualora tutte le tre condizioni siano soddisfatte, e ciò al fine di preservare fra le diverse parti interessate l'equilibrio perseguito.

59. Ritengo che il legislatore dell'Unione, aggiungendo alla direttiva 89/665, nella sua versione iniziale, una disposizione distinta e altresì specifica quale l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, abbia inteso elaborare una regola comune e imperativa per il complesso degli Stati membri. Contrariamente ad altre disposizioni nelle quali esso riconosce espressamente agli Stati membri il compito di determinare, nell'ambito della loro autonomia procedurale, le conseguenze che occorre trarre dall'annullamento del contratto e dalla privazione dei suoi effetti (20), l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 non sembra consentire a tali Stati di applicare una sanzione più rigorosa ai sensi del considerando 20 della direttiva 2007/66, e, in particolare, di pronunciare la privazione di effetti del contratto.

60. Cionondimeno, si pone la questione se ciò significhi, come chiede espressamente il giudice del rinvio, che «sia automaticamente precluso – sempre e comunque» – all'organo responsabile della procedura di ricorso di pronunciare la privazione di effetti del contratto.

61. Ritengo che il margine di manovra di cui dispone tale organo risieda nel controllo giurisdizionale che esso deve esercitare con riferimento al soddisfacimento delle condizioni previste dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, e in particolare della prima condizione.

Infatti, qualora suddetto organo rilevi che sussistono le condizioni previste da tale disposizione, esso è allora tenuto a conservare gli effetti del contratto in conformità dei termini e dello scopo di suddetta disposizione.

62. Per contro, qualora, al termine del suo controllo giurisdizionale, l'organo responsabile della procedura di ricorso rilevi che tali condizioni non sono soddisfatte, esso deve allora considerare privo di effetti il contratto ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665 e dispone, in tale ambito, del margine di manovra conferitogli dalla menzionata direttiva al suo articolo 2 quinquies, paragrafo 2.

63. Il margine di valutazione del quale dispone l'organo responsabile della procedura di

ricorso pertanto dipende dall'esito del controllo giurisdizionale da esso effettuato.

64. Insisto sulla portata di tale controllo per due ragioni.

65. La prima è legata alla realizzazione degli obiettivi che il legislatore dell'Unione intende perseguire all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, e in particolare alla predisposizione di mezzi di ricorso efficaci avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione del diritto degli appalti pubblici.

66. Il controllo giurisdizionale si impone per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, e per infliggere, se del caso, una sanzione effettiva e dissuasiva.

67. Tale controllo si impone parimenti qualora si intenda garantire l'effettività del ricorso presentato dall'impresa lesa in conformità dell'articolo 47 della Carta. Ricordo che, ai sensi del considerando 36 della direttiva 2007/66, il legislatore dell'Unione si impegna affinché tale «direttiva rispett[i] i diritti fondamentali e osserv[i] i principi riconosciuti segnatamente nella Carta» e, in particolare, affinché essa garantisca il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo, quale sancito dall'articolo 47 della Carta. Orbene, il rispetto del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo presuppone che il giudice nazionale disponga di un potere discrezionale quanto al rispetto della legge applicabile e, nella specie, quanto al soddisfacimento delle condizioni previste dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665.

68. La seconda ragione è legata ai termini che il legislatore dell'Unione utilizza nel redigere la prima condizione prevista dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, primo trattino, di tale direttiva.

69. Rammento, infatti, che, ai sensi di tale disposizione, il giudice nazionale è tenuto a conservare gli effetti del contratto concluso illegittimamente se «l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia consentita a norma della direttiva 2004/18» (21).

70. Orbene, mi sembra estremamente difficile perseguire gli obiettivi summenzionati riconoscendo, in capo all'amministrazione aggiudicatrice, un margine di manovra di pari importanza rispetto a quello di cui essa dispone nell'ambito di suddetta disposizione, senza che lo stesso sia soggetto ad un qualsivoglia controllo giurisdizionale.

71. Infatti, quale si presenta, tale condizione è meramente potestativa, e la tutela giuridica dell'operatore economico leso viziata (22).

72. In primo luogo, essa porta a riconoscere a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, in contrasto con il dettato, il contesto e l'obiettivo delle disposizioni della direttiva 89/665, la libertà di decidere se procedere o meno ad una gara d'appalto e, di conseguenza, rispettare o meno i principi di trasparenza e di non discriminazione sanciti dall'articolo 2 della direttiva 2004/18, garantendole al contempo che il contratto concluso in violazione delle norme in materia di pubblicità non sarà privato di effetti, qualora essa abbia tuttavia pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e abbia rispettato il termine sospensivo minimo di dieci giorni. L'operatore economico escluso disporrà unicamente, di fatto, della possibilità di proporre una domanda di risarcimento del danno, la quale non consentirà di avviare una nuova procedura concorsuale per l'appalto aggiudicato in maniera illegittima.

73. Orbene, manifestamente vi è un paradosso.

74. Ricordo, infatti, che la direttiva 89/665 mira espressamente a rafforzare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in modo da garantire all'operatore economico leso una protezione giuridica piena (23). Peraltro, ricordo parimenti che è per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi e per tutelare i potenziali offerenti dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che il legislatore dell'Unione ha scelto di rafforzare, nella direttiva 2007/66, l'efficacia delle procedure di ricorso (24).

75. In secondo luogo, suddetta condizione, quale si presenta, consente all'amministrazione aggiudicatrice di attribuire un appalto pubblico mediante un affidamento diretto illegittimo contrario ai requisiti di cui alla direttiva 2004/18, espletando formalità minime ed esponendosi ad una sanzione minima, cosicché la stessa potrebbe abusare dei diritti che le sono riconosciuti.

76. Come rilevato dalla Fastweb nelle sue osservazioni, è pertanto più agevole concludere un appalto pubblico con l'impresa di propria scelta piuttosto che svolgere una regolare gara d'appalto rispettosa delle norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18.

77. Anzitutto, il calendario della gara d'appalto viene effettivamente evitato e l'appalto pubblico può essere aggiudicato più rapidamente. La presente causa illustra perfettamente questo aspetto, in quanto la procedura legata all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, per una durata di sette anni e per un importo di EUR 521 500 000, è stata avviata il 15 dicembre 2011 e si è conclusa il 31 dicembre 2011, ossia quindici giorni dopo.

78. Inoltre, il regime di pubblicità è diverso. Nell'ambito di una gara d'appalto regolare l'amministrazione aggiudicatrice è infatti tenuta a pubblicare un bando di gara e a notificare a ciascuno degli offerenti le decisioni prese. La previa pubblicità e il confronto concorrenziale sono pertanto formalizzati. Nell'ambito dell'aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara all'amministrazione aggiudicatrice incombe unicamente un obbligo di pubblicità nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*; l'impresa interessata ha quindi a disposizione dieci giorni per proporre un ricorso precontrattuale. È evidente che tale pubblicità non assicura l'informazione dell'interessato in maniera analoga a quanto può garantirla la pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* oppure la notifica individuale delle decisioni adottate dall'amministrazione aggiudicatrice, e limita pertanto le procedure di ricorso.

79. Infine, qualora l'aggiudicazione dell'appalto sia illegittima, a causa, segnatamente, di un vizio che inficia il procedimento di gara d'appalto, il contratto può essere privato di effetti. Per contro, nell'ambito della procedura prevista dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, l'organo responsabile della procedura di ricorso è tenuto a conservare gli effetti di un contratto concluso in violazione delle norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale, se l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato un avviso volontario per la trasparenza ex ante e ha rispettato il termine sospensivo minimo di dieci giorni fra tale pubblicazione e la conclusione del contratto. Esso può certamente condannare quest'ultima al risarcimento dei danni. Orbene, la concessione del risarcimento dei danni non consente di avviare una nuova procedura concorsuale per l'appalto aggiudicato illegittimamente.

80. Di conseguenza, mi sembra indispensabile che, nell'ambito del suo controllo giurisdizionale delle condizioni previste dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva

89/665, l'organo responsabile della procedura di ricorso valuti il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice. A mio avviso esso deve, in particolare, verificare se quest'ultima abbia agito in buona fede e con la necessaria diligenza nell'ambito della conclusione del contratto, e se i motivi da essa dedotti per procedere ad un'aggiudicazione dell'appalto mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* siano o fossero legittimi.

81. Questa è l'opinione espressa parimenti dai governi italiano e polacco, nonché dal Consiglio e dalla Commissione, nelle loro osservazioni [\(25\)](#).

82. Non si deve infatti trascurare la circostanza che la conservazione degli effetti del contratto prevista dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, si basa sulla buona fede dell'amministrazione aggiudicatrice ed è intesa a preservare la certezza giuridica delle parti contraenti. Il legislatore dell'Unione lo riconosce espressamente al considerando 26 della direttiva 2007/66, insistendo sulla necessità di «evitare l'incertezza giuridica che può derivare dalla privazione di effetti» del contratto. Ciò è stato inoltre affermato espressamente dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania [\(26\)](#).

83. Orbene, non possono sussistere né certezza del diritto né legittimo affidamento quando l'amministrazione aggiudicatrice ha agito in malafede nell'applicazione della norma di legge e ha violato deliberatamente e intenzionalmente le norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.

84. In udienza la Telecom Italia ha illustrato l'idea secondo l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, primo trattino, della direttiva 89/665 non imporrebbe assolutamente all'amministrazione aggiudicatrice di agire in buona fede e con diligenza, ritenendo che l'unico obbligo a carico della stessa sia un obbligo di motivazione. Respingo con fermezza siffatta interpretazione, poiché la buona fede dell'amministrazione è connaturata alla sua funzione e su di essa si basa il legittimo affidamento che gli amministrati devono poter riporre nell'azione della stessa. Si tratta quindi di uno dei principi fondamentali che disciplinano di regola la sua normale attività. Mi sembra di conseguenza evidente che l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, primo trattino, della citata direttiva presuppone, ai fini della sua applicazione, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia agito in buona fede.

85. È pertanto indispensabile che il giudice nazionale esamini le ragioni che, logicamente e onestamente, hanno potuto indurre l'amministrazione aggiudicatrice a ritenere di essere legittimata a procedere all'aggiudicazione dell'appalto mediante una procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, e che distingua l'errore commesso in buona fede da una violazione intenzionale delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Una volta compiuta tale verifica, il giudice nazionale sarà in grado di determinare la sanzione più adeguata.

86. Si prospettano quindi due ipotesi.

87. La prima è quella in cui il giudice nazionale constata che l'errore di diritto in cui è incorsa l'amministrazione aggiudicatrice è scusabile, dato che quest'ultima si è dimostrata in buona fede. In tal caso esso è tenuto a conservare gli effetti del contratto, secondo quanto previsto dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, in modo da preservare l'equilibrio perseguito fra gli interessi delle diverse parti.

88. A riguardo nulla indica che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa allora adottare sanzioni alternative come quelle di cui all'articolo 2 sexies, paragrafo 2, della menzionata direttiva.

89. In primo luogo, l'organo responsabile delle procedure di ricorso può irrogare una sanzione alternativa solamente allorché vi è una sanzione da sostituire. In altri termini, deve esistere una base giuridica affinché detto organo possa stabilire una sanzione. Orbene, nell'ipotesi in cui ricorra il complesso delle condizioni di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, si è visto che il legislatore dell'Unione impone all'organo di cui trattasi di mantenere gli effetti del contratto, privando in tal modo quest'ultimo della possibilità di sanzionare l'amministrazione aggiudicatrice privando il contratto di effetti. Manca pertanto la «sanzione» nel senso accolto dalla succitata direttiva.

90. In secondo luogo, relativamente alle sanzioni alternative di cui all'articolo 2 sexies della direttiva 89/665, il legislatore dell'Unione considera espressamente le ipotesi nelle quali l'organo responsabile delle procedure di ricorso può sostituire alla mancanza di effetti del contratto una sanzione pecuniaria o una riduzione della durata del contratto e non vi è menzione della situazione contemplata dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della succitata direttiva (27).

91. In tale contesto ci si può effettivamente porre la domanda se sia d'uopo estendere la portata materiale dell'articolo 2 sexies della direttiva 89/665. Non sono di tale avviso, poiché un'interpretazione siffatta non terrebbe debito conto della formulazione letterale stessa dell'articolo 2, paragrafo 7, della menzionata direttiva nonché dell'intenzione del legislatore dell'Unione. In quest'ultima disposizione, infatti, esso ha espressamente escluso le situazioni di cui all'articolo 2 sexies della direttiva 89/665 dalla sfera della libertà riconosciuta agli Stati membri per determinare gli effetti che devono essere connessi all'esercizio del loro potere sanzionatorio.

92. La seconda ipotesi è quella in cui il giudice nazionale ritiene che l'errore di diritto non sia scusabile, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia deliberatamente e volontariamente violato le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale preliminari. In tal caso, un siffatto inadempimento deve, evidentemente, essere sanzionato. Non esiste, infatti, alcun motivo legittimo che giustifichi la conservazione degli effetti di un contratto la cui conclusione costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte, la violazione più grave della normativa sugli appalti pubblici.

93. In tali circostanze l'organo responsabile della procedura di ricorso è allora tenuto a privare il contratto dei suoi effetti, in forza del principio sancito all'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665 e a reintegrato nei suoi diritti l'operatore economico leso da tale atto fraudolento.

94. In un'ipotesi del genere gli Stati membri non possono essere privati della possibilità di considerare il contratto privo di effetti, in quanto, se così fosse, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe libera di non rispettare le regole in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale previste dalla legge, fatto salvo l'obbligo, eventualmente, di risarcire i danni all'operatore economico leso. Orbene, un'interpretazione del genere comprometterebbe certamente gli obiettivi che il legislatore dell'Unione ha inteso perseguire mediante l'adozione della direttiva 2007/66 (28).

95. Ricordo che il fine perseguito consiste nell'assicurare l'efficacia della sanzione. Orbene, in una situazione in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha manifestamente agito con l'intenzione di eludere le norme applicabili, solo la privazione di effetti del contratto consente di garantire una sanzione dissuasiva ed efficace.

96. Rammento inoltre che l'obiettivo della direttiva 89/665 consiste nel garantire il rispetto del principio della parità di trattamento. Orbene, soltanto l'annullamento del contratto illegittimamente concluso e la privazione di effetti dello stesso consentono di

ripristinare la concorrenza sul mercato e di creare nuove opportunità commerciali per l'operatore economico che è stato illegittimamente privato della possibilità di competere.

97. Ciò premesso, occorre ora precisare che l'organo responsabile della procedura di ricorso resta libero di valutare la misura in cui il contratto debba essere privato dei suoi effetti, e ciò in conformità dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 2, della direttiva 89/665.

98. Si è visto, infatti, che tale disposizione riconosce agli Stati membri la libertà di prevedere, nel loro diritto nazionale, le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti. Secondo il legislatore dell'Unione gli Stati membri possono dunque conferire all'organo responsabile della procedura di ricorso il potere di annullare con effetto retroattivo tutti gli obblighi contrattuali o di limitare la portata dell'annullamento a quegli obblighi che rimangono da adempiere. Tuttavia, il legislatore dell'Unione, in quest'ultimo caso, intende conferire un ampio potere discrezionale all'organo responsabile della procedura di ricorso. Infatti, esso rimanda espressamente all'articolo 2 sexies, paragrafo 2, della direttiva 89/665. Ai sensi di tale disposizione, gli Stati membri possono conferire a tale organo un'ampia discrezionalità al fine di esaminare, tenuto conto di tutti i fattori rilevanti, compresa la gravità della violazione, il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice e, nei casi di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 2, la misura in cui il contratto resta in vigore, per determinare, eventualmente, se occorra ridurre la durata del contratto o irrogare sanzioni pecuniarie.

99. Si trova infatti qui, nella lettura in combinato disposto degli articoli 2 quinquies, paragrafo 2, e 2 sexies, paragrafo 2, della direttiva 89/665, il margine di manovra di cui può disporre l'organo responsabile della procedura di ricorso allorché deve considerare privo di effetti un contratto concluso illegittimamente.

100. Alla luce del complesso di tali elementi il mio parere è che né la finalità della direttiva 89/665 né la formulazione letterale del suo articolo 2 quinquies ostano a che uno Stato membro riconosca, in capo a tale organo, la libertà di valutare la misura in cui un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* debba essere privato dei suoi effetti, qualora esso rilevi che l'amministrazione aggiudicatrice, nonostante la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* di un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e il rispetto di un termine sospensivo minimo di dieci giorni fra l'aggiudicazione di tale appalto e la firma del contratto, ha violato in maniera deliberata e intenzionale le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18.

101. Al contrario, invece, mi sembra che un'interpretazione del genere sia obbligatoria se si vuole garantire l'effetto utile della direttiva 89/665 e assicurare la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti all'operatore economico illegittimamente privato della possibilità di partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

102. Nell'ambito della causa principale, ritengo che spetterà pertanto al giudice nazionale competente valutare la legittimità dei motivi su cui si è basato il Ministero dell'Interno per aggiudicare l'appalto di cui trattasi mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

103. A tal riguardo desidero fare le seguenti osservazioni.

104. Rammento che nella presente causa il Ministero dell'Interno ha ritenuto di poter ricorrere a tale procedura fondandosi sul testo dell'articolo 57, comma 2, lettera b), del decreto legislativo n. 163/2006, il quale recepisce nell'ordinamento giuridico italiano l'articolo 28, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2009/81.

105. Ricordo che, ai sensi di tale disposizione, suddetta procedura è autorizzata «qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato».

106. Nella specie, il Ministero dell'Interno ha ritenuto che la Telecom Italia fosse l'unico operatore economico in grado di eseguire l'appalto di servizi, per ragioni tecniche e legate alla tutela di (taluni) diritti esclusivi.

107. Orbene, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha ritenuto che i dati e le circostanze indicati dal Ministero dell'Interno non integrassero le «ragioni tecniche» di cui all'articolo 57, comma 2, lettera b), del decreto legislativo n. 163/2006, ma che si fondassero su ragioni di opportunità e difficoltà che potrebbero derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro operatore economico.

108. Analogamente, il Consiglio di Stato ha dichiarato che l'amministrazione aggiudicatrice non aveva sufficientemente dimostrato il soddisfacimento delle condizioni richieste per ricorrere ad una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara. Al riguardo esso ha ritenuto che, dall'insieme delle allegazioni svolte e della documentazione prodotta, compresa la relazione tecnica, emergesse non già un'oggettiva impossibilità di affidare tali servizi ad operatori economici diversi quanto, piuttosto, l'inopportunità di una tale soluzione, essenzialmente perché, a giudizio del Ministero dell'Interno, essa comporterebbe dei cambiamenti, dei costi e dei tempi necessari di adeguamento.

109. È vero che, alla luce degli elementi a mia disposizione, il Ministero dell'Interno non sembra far valere ragioni tecniche particolari e neanche esigenze relative alla peculiarità dei materiali di cui trattasi o alla sensibilità del mercato.

110. Capisco che, nel settore della sicurezza o della difesa, possa essere legittimo che talune disposizioni del diritto degli appalti pubblici non si applichino, in quanto alcuni appalti sono talmente sensibili che sarebbe inappropriato ricorrere ad una pubblicità e ad un confronto concorrenziale preliminari degli operatori economici. È il caso, ad esempio, degli appalti assegnati dai servizi di intelligence o degli appalti destinati ad attività di controspionaggio. È parimenti il caso di acquisti particolarmente sensibili che richiedono un livello di riservatezza estremamente elevato, come ad esempio quelli legati alla lotta contro il terrorismo o destinati specificatamente ad attività sensibili svolte dalle forze di polizia e di sicurezza.

111. Orbene, nella presente causa, il Ministero dell'Interno non sembra richiamare tali circostanze. È vero che esso precisa che l'appalto riguarda la «fornitura di servizi di comunicazione elettronica a favore del Dipartimento di pubblica sicurezza e dell'Arma dei Carabinieri, quali servizi di fonia vocale, fonia mobile, trasmissione dati, *nel rispetto di tutte le esigenze di riservatezza e di sicurezza informativa nell'interesse della sicurezza nazionale*» (29). Cionondimeno, alla luce, segnatamente, delle considerazioni svolte dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e dal Consiglio di Stato, sembra che il Ministero dell'Interno non abbia giustificato il carattere sensibile dell'appalto e del materiale di cui trattasi né che abbia richiamato esigenze particolari, legate, ad esempio, alla sicurezza delle informazioni o alla protezione di informazioni riservate o classificate, le quali, nell'interesse della sicurezza nazionale, potrebbero effettivamente esigere una protezione specifica e implicare una selezione particolare del candidato.

112. Sono peraltro sorpreso dalla cronologia dei fatti, e segnatamente dalla rapidità con la quale l'appalto è stato aggiudicato. A tale riguardo condivido quindi le riserve espresse dalla Commissione in udienza. Dagli elementi del fascicolo risulta infatti che il Ministero dell'Interno ha deciso di rinnovare il contratto di telefonia concluso nel 2003 con la Telecom

Italia solo quindici giorni prima della scadenza della precedente convenzione, ossia il 15 dicembre 2011. Inoltre, si evince parimenti dai documenti contenuti nel fascicolo che il contratto è stato sottoscritto il 31 dicembre 2011, ossia quindici giorni più tardi. Un tale atteggiamento sorprende, tenuto conto dell'importanza di tale contratto ai fini del funzionamento dell'amministrazione, della durata di suddetto contratto (sette anni) e del suo importo (EUR 521 500 000), salvo considerare che fra il Ministero dell'Interno e la Telecom Italia fosse inteso che la convenzione sarebbe stata rinnovata.

113. Infine, ritengo che occorra evidentemente tenere conto del fatto che il Ministero dell'Interno è un'autorità pubblica che dispone di consulenze giuridiche sufficientemente preparate per non incorrere in un errore di valutazione quanto alle condizioni alle quali un appalto pubblico può essere aggiudicato in assenza di pubblicità e di confronto concorrenziale preliminari.

114. Ciò premesso, spetterà al giudice nazionale competente esaminare, alla luce degli elementi di cui dispone, se un siffatto errore sia scusabile o se costituisca una violazione deliberata e intenzionale delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici.

115. Tenuto conto del complesso di tali elementi, ritengo, pertanto, che l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, letto alla luce del principio della parità di trattamento e del diritto ad un ricorso effettivo, debba essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro riconosca, in capo all'organo responsabile della procedura di ricorso, la libertà di valutare la misura in cui un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* debba essere privato dei suoi effetti, qualora detto organo rilevi che l'amministrazione aggiudicatrice, nonostante la pubblicazione di un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e il rispetto di un termine sospensivo minimo di dieci giorni fra l'aggiudicazione di tale appalto e la firma del contratto, ha violato in maniera deliberata e intenzionale le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18.

IV – Conclusione

116. Alla luce di quanto precede, propongo pertanto di risolvere nei seguenti termini la questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato:

L'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, 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 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, letto alla luce del principio della parità di trattamento e del diritto ad un ricorso effettivo, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro riconosca, in capo all'organo responsabile della procedura di ricorso, la libertà di valutare la misura in cui un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* debba essere privato dei suoi effetti, qualora detto organo rilevi che l'amministrazione aggiudicatrice, nonostante la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* di un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e l'osservanza di un termine sospensivo minimo di dieci giorni fra l'aggiudicazione di tale appalto e la firma del contratto, ha violato in maniera deliberata e intenzionale le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

1 – Lingua originale: il francese.

2 – Direttiva 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 (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

3 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

4 – V. terzo considerando, nonché articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665. V., parimenti, sentenza Commissione/Germania (C-503/04, EU:C:2007:432, punto 35 e la giurisprudenza citata).

5 – V. considerando 27 e 28 della direttiva 2007/66.

6 – Tale avviso è anche chiamato «avviso volontario per la trasparenza ex ante».

7 – V. considerando 28 della direttiva 2007/66.

8 – Supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006. Decreto modificato dal decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (supplemento ordinario alla GURI n. 231 del 2 ottobre 2008; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»).

9 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GU L 216, pag. 76), come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione del 30 novembre 2011 (GU L 319, pag. 43; in prosieguo: la «direttiva 2009/81»). L'articolo 28, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2009/81 riprende, in termini sostanzialmente identici, quelli dell'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18.

10 – V. le considerazioni dedicate a tale principio ai paragrafi 34 e segg. delle mie conclusioni

nella causa decisa con la sentenza Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

[11](#) – V., segnatamente, sentenza Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punto 28). V., parimenti, sentenza Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), nella quale la Corte ha precisato che gli «[articoli 43 CE e 49 CE] e i principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, perseguono obiettivi identici a quelli contemplati da[lla] direttiva [92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), come modificata dalla direttiva 2001/78/CE della Commissione del 13 settembre 2001 (GU L 285, pag. 1)], in particolare con riferimento alla libera circolazione dei servizi e all'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri» (punto 48).

[12](#) – V. sentenze Commissione/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punto 109 e la giurisprudenza citata), nonché Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punto 49 e la giurisprudenza citata).

[13](#) – V. sentenza Wall (EU:C:2010:182, punto 36 e la giurisprudenza citata).

[14](#) – V. sentenza Commissione/Belgio (C-87/94, EU:C:1996:161, punti da 54 a 56).

[15](#) – V., segnatamente, considerando 3 e 4 di tale direttiva. V., parimenti, sentenza Commissione/Austria (C-212/02, EU:C:2004:386, punti da 20 a 22).

[16](#) – V. sentenza Strabag e a. (C-314/09, EU:C:2010:567, punto 33 e la giurisprudenza citata).

[17](#) – V., parimenti, sentenza GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, punto 44 e la giurisprudenza citata).

[18](#) – V. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punto 37).

[19](#) – Considerando 14 della direttiva 2007/66.

[20](#) – V., segnatamente, articolo 2 quinquies, paragrafo 3, della direttiva 89/665, il quale introduce un temperamento al principio previsto al paragrafo 1 di tale articolo, enunciando che gli «Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso (...) abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente (...), se l'organo di ricorso (...) rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti». Il dettato di tale disposizione è chiaro, in quanto il legislatore dell'Unione riconosce manifestamente in capo al giudice nazionale un potere discrezionale quanto alla determinazione della sanzione più adeguata allorché esistono ragioni imperative di interesse generale.

[21](#) – Il corsivo è mio. Si trova tale termine all'articolo 2 *sexies*, paragrafo 2, della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici [COM(2006) 195 final], nonché un termine simile al punto 3 della relazione di tale proposta, il quale stabilisce che «[s]e il soggetto aggiudicatore *ritiene* di avere il diritto di aggiudicare con trattativa privata un appalto (...) egli dovrà sospendere la conclusione del contratto (...) per un termine minimo di 10 giorni di calendario, dopo aver provveduto ad una pubblicità adeguata mediante un avviso di aggiudicazione semplificato» (il corsivo è mio).

[22](#) – Una condizione è «potestativa» se il sorgere dell'obbligazione o la sua esecuzione dipendono dalla sola volontà di uno solo dei contraenti.

[23](#) – V. terzo considerando di tale direttiva.

[24](#) – Sentenza Commissione/Austria (EU:C:2004:386, punti da 20 a 22).

[25](#) – V. punti 22 e 27 delle osservazioni presentate dal governo italiano, punto 12 di quelle presentate dal governo polacco, punto 33 di quelle presentate dal Consiglio e punto 48 di quelle presentate dalla Commissione.

[26](#) – EU:C:2007:432, punto 33 e la giurisprudenza citata. V. parimenti, per analogia, la sentenza *Strabag e a.* (EU:C:2010:567), nella quale la Corte ha precisato che i termini sono necessari «per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa [sugli appalti pubblici], obbligando così l'amministrazione aggiudicatrice a riprendere l'intera procedura al fine di rimediare a tali violazioni» (punto 37 e la giurisprudenza citata).

[27](#) – Tali ipotesi sono le seguenti. La prima, di cui all'articolo 1, paragrafo 5, della direttiva 89/665, è quella in cui il contratto è concluso sebbene l'operatore economico leso abbia proposto ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. Nella seconda, di cui all'articolo 2, paragrafo 3, della stessa direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice conclude il contratto prima che il giudice

nazionale si sia pronunciato sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul ricorso. La terza, di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, della menzionata direttiva, è quella in cui la conclusione del contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto avviene prima dello scadere del termine minimo dieci giorni successivo alla notifica agli offerenti e ai candidati interessati della decisione di aggiudicazione. La quarta, infine, è quella in cui il contratto è stato privato di effetti per i motivi espressamente riportati all'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, della medesima direttiva.

[28](#) – Da una giurisprudenza costante risulta che, al fine di assicurare un'interpretazione e un'applicazione uniformi di una disposizione la cui versione in una lingua dell'Unione diverge da quelle in altre lingue, essa deve essere interpretata alla luce non solo dell'economia generale del testo in cui si inserisce, bensì anche della finalità perseguita dal legislatore dell'Unione [v., segnatamente, sentenza Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, punti 22 e segg.)].

[29](#) – Il corsivo è mio.