

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

11 settembre 2014

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Articolo 2 quinquies, paragrafo 4 – Interpretazione e validità – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici – Privazione di effetti del contratto – Esclusione»

Nella causa C-19/13,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 14 dicembre 2012, pervenuta in cancelleria il 15 gennaio 2013, nel procedimento

Ministero dell'Interno

contro

Fastweb SpA,

nei confronti di:

Telecom Italia SpA,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby e C. Vajda (relatore), giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 20 marzo 2014,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Fastweb SpA, da P. Stella Richter e G.L. Tosato, avvocati;
- per la Telecom Italia SpA, da F. Cardarelli, F. Lattanzi e F.S. Cantella, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. Fiengo, avvocato dello Stato;
- per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, M. Szwarc ed E. Gromnicka, in qualità di agenti;
- per il Parlamento europeo, da J. Rodrigues e L. Visaggio, in qualità di agenti;

- per il Consiglio dell'Unione europea, da P. Mahnič Bruni e A. Vitro, in qualità di agenti;
 - per la Commissione europea, da L. Pignataro-Nolin e A. Tokár, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 10 aprile 2014,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione e sulla validità dell'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 (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»).
- 2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia fra il Ministero dell'Interno – Dipartimento di Pubblica Sicurezza (in prosieguo: il «Ministero dell'Interno») e la Fastweb SpA (in prosieguo: la «Fastweb») relativamente all'aggiudicazione alla Telecom Italia SpA (in prosieguo: la «Telecom Italia») di un appalto pubblico concernente la fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 2007/66

- 3 I considerando 3, 13, 14, 21, 26 e 36 della direttiva 2007/66 enunciano quanto segue:

«(3) (...) le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo [delle direttive 89/665 e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14),] dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 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 (GU L 134, pag. 114),] e 2004/17/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1)]. È opportuno quindi modificare le direttive [89/665] e [92/13] aggiungendo le precisazioni indispensabili per raggiungere i risultati perseguiti dal legislatore comunitario.

(...)

- (13) Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli

appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo.

- (14) La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* ai sensi della direttiva [2004/18]. Ciò corrisponde a una procedura senza previa indicazione di una gara ai sensi della direttiva [2004/17].

(...)

- (21) Nel prevedere che gli Stati membri fissino le norme atte a garantire che un appalto sia considerato privo di effetti si mira a far sì che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto dovrebbero essere determinate dal diritto nazionale. Pertanto il diritto nazionale può, ad esempio, prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (ex tunc) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (ex nunc). Ciò non dovrebbe condurre a una mancanza di forti sanzioni se gli obblighi derivanti da un contratto sono già stati adempiuti interamente o quasi interamente. In tali casi gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale. Il diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile.

(...)

- (26) Per evitare l'incertezza giuridica che può derivare dalla privazione di effetti, gli Stati membri dovrebbero prevedere una deroga diretta ad escludere ogni profilo di privazione di effetti anche nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore considerano che l'aggiudicazione mediante affidamento diretto di un qualsiasi contratto senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia consentita conformemente alla direttiva [2004/18] e alla direttiva [2004/17] e hanno applicato un termine sospensivo minimo che consente mezzi di ricorso efficaci. La pubblicazione volontaria che dà avvio al termine sospensivo non implica alcuna estensione degli obblighi derivanti dalla direttiva [2004/18] o dalla direttiva [2004/17].

(...)

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

La direttiva 89/665

4 Il considerando 3 della direttiva 89/665 così recita:

«(...) l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e (...) occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto».

5 Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665:

«Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 *septies* della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

6 L'articolo 2 della direttiva 89/665, intitolato «Requisiti per le procedure di ricorso», al paragrafo 1 così prevede:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione».

7 L'articolo 2, paragrafo 7, primo comma, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«Eccetto nei casi di cui agli articoli da 2 *quinquies* a 2 *septies*, gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 del presente articolo sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto sono determinati dal diritto nazionale».

8 L'articolo 2 *quinquies* della direttiva 89/665, intitolato «Privazione di effetti», così stabilisce:

«1. Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:

a) 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];

(...)

2. Le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale.

(...) il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni a norma dell'articolo 2 *sexies*, paragrafo 2.

(...)

4. 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.

(...).».

9 Secondo l'articolo 3 bis della direttiva 89/665, intitolato «Contenuto dell'avviso volontario per la trasparenza ex ante», l'avviso di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, secondo trattino, della menzionata direttiva contiene la denominazione e il recapito dell'amministrazione aggiudicatrice, la descrizione dell'oggetto dell'appalto, la motivazione della decisione dell'autorità aggiudicatrice di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara, la denominazione e il recapito dell'operatore economico a favore del quale è stata presa la decisione di aggiudicazione dell'appalto e, se del caso, qualsiasi altra informazione ritenuta utile dall'autorità aggiudicatrice.

La direttiva 2004/18

10 L'articolo 2 della direttiva 2004/18, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti», prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

11 Ai sensi dell'articolo 31 della direttiva 2004/18, intitolato «Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara»:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle fattispecie seguenti:

1) per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi:

(...)

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

(...).».

La direttiva 2009/81/CE

- 12 Ai sensi dell'articolo 28 della direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 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), intitolato «Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara»:

«Nei seguenti casi le amministrazioni aggiudicatrici/gli enti aggiudicatori possono aggiudicare appalti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara e giustificano il ricorso a tale procedura nell'avviso relativo agli appalti aggiudicati, come previsto dall'articolo 30, paragrafo 3:

1. nel caso degli appalti di lavori, forniture e servizi:

(...)

- e) qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

(...).».

- 13 L'articolo 60 di tale direttiva, intitolato «Privazione di effetti», così dispone:

«1. Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice/dall'ente aggiudicatore o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:

- a) se l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* senza che ciò sia consentito a norma della presente direttiva;

(...)

4. Gli Stati membri prevedono che il paragrafo 1, lettera a), non si applichi quando:

- l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore ritiene che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia consentita a norma della presente direttiva,
- l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore ha pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso di cui all'articolo 64 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.

(...).».

Il diritto italiano

- 14 La direttiva 2007/66 è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano dal decreto legislativo del 20 marzo 2010, n. 53, il cui contenuto è stato integrato successivamente agli articoli da 120 a 125 del decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo

(Supplemento ordinario alla GURI n. 158 del 7 luglio 2010; in prosieguo: il «codice del processo amministrativo»).

- 15 Dall'articolo 121 del codice del processo amministrativo risulta che, nei casi di violazioni gravi, come un'aggiudicazione di un appalto con procedura negoziata senza bando fuori dai casi consentiti, è necessario, salvo deroghe e nonostante il potere di valutazione riservato al giudice amministrativo, dichiarare inefficace il contratto concluso in esito a siffatta procedura.
- 16 Fra le deroghe a tale norma, il paragrafo 5 di detto articolo 121, che traspone l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, prevede che un contratto conservi tuttavia la sua efficacia quando l'amministrazione aggiudicatrice 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 sia consentita dal codice del processo amministrativo, abbia pubblicato un avviso volontario per la trasparenza preventiva 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 in parola.
- 17 Secondo l'articolo 122 del codice del processo amministrativo, relativo agli altri casi di violazione, il giudice nazionale stabilisce, nei limiti fissati in detto articolo, se occorra dichiarare inefficace il contratto.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 18 Dall'ordinanza di rinvio risulta che il Ministero dell'Interno ha concluso, nel 2003, una convenzione con la Telecom Italia per la disciplina e lo sviluppo dei servizi di telecomunicazione.
- 19 In vista della scadenza di tale convenzione il 31 dicembre 2011, il Ministero dell'Interno, con una decisione del 15 dicembre 2011, ha designato la Telecom Italia quale proprio fornitore e partner tecnologico per la disciplina e lo sviluppo di detti servizi.
- 20 Per l'assegnazione dell'appalto relativo alle comunicazioni elettroniche il Ministero dell'Interno ha ritenuto di poter ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, come previsto all'articolo 28, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2009/81 e all'articolo 57, paragrafo 2, lettera b), del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006), come modificato dal decreto legislativo dell'11 settembre 2008, n. 152 (Supplemento ordinario alla GURI n. 231 del 2 ottobre 2008; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»).
- 21 Ai sensi di quest'ultima disposizione, la stazione appaltante può aggiudicare un contratto pubblico mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara «qualora, per ragioni di natura tecnica (...) ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato».
- 22 Nella specie, il Ministero dell'Interno ha considerato che, per ragioni tecniche e di tutela di alcuni diritti esclusivi, la Telecom Italia fosse l'unico operatore economico in grado di eseguire l'appalto di cui trattavasi.
- 23 Una volta ricevuto, il 20 dicembre 2011, il parere favorevole dell'Avvocatura Generale in ordine alla procedura prevista, il Ministero dell'Interno ha pubblicato lo stesso giorno nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso in cui manifestava l'intenzione di concludere con la Telecom Italia il contratto in parola.

- 24 Il 22 dicembre 2011 il Ministero dell'Interno ha invitato la Telecom Italia a partecipare alla negoziazione.
- 25 All'esito di tale negoziazione, il 31 dicembre 2011, le parti hanno sottoscritto una convenzione quadro avente ad oggetto 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».
- 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 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio affinché l'aggiudicazione dell'appalto fosse annullata e il contratto concluso fosse dichiarato inefficace, facendo valere che non ricorrevano le condizioni previste all'articolo 28 della direttiva 2009/81 e all'articolo 57 del decreto legislativo n. 163/2006 per avviare una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.
- 28 Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha accolto il ricorso della Fastweb. Esso ha ritenuto che le ragioni addotte a giustificazione del ricorso a detta procedura, invocate dal Ministero dell'Interno, non integrassero ragioni tecniche ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 2, lettera b), del decreto legislativo n. 163/2006, per le quali i servizi potevano essere affidati unicamente ad un operatore economico determinato, bensì, piuttosto, ragioni di opportunità. Pur annullando la decisione di aggiudicazione, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha ritenuto di non poter pronunciare l'inefficacia del contratto concluso il 31 dicembre 2011 in applicazione dell'articolo 121, paragrafo 5, del codice del processo amministrativo, dal momento che ricorrevano le condizioni previste in tale disposizione per escludere l'applicazione di detto principio. Tuttavia, esso ha dichiarato inefficace il contratto in applicazione dell'articolo 122 di tale codice, a partire dal 31 dicembre 2013.
- 29 Il Ministero dell'Interno e la Telecom Italia hanno proposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato.
- 30 Con un'ordinanza dell'8 gennaio 2013 il Consiglio di Stato ha confermato l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto, in quanto il Ministero dell'Interno non aveva dimostrato che ricorressero le condizioni richieste per utilizzare una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Esso ha infatti considerato che dagli elementi del fascicolo emergesse non già un'oggettiva impossibilità di affidare l'appalto ad operatori economici diversi quanto, piuttosto, l'inopportunità di una tale soluzione, essenzialmente perché, a giudizio del Ministero dell'Interno, essa avrebbe comportato cambiamenti e costi e necessitato di un periodo di adeguamento.
- 31 A tale proposito il Consiglio di Stato, anche se sottolinea come la direttiva 2009/81 contenga per i ricorsi una disciplina pressoché corrispondente a quella di cui alla direttiva 89/665, si concentra nelle sue osservazioni sulla direttiva 89/665.
- 32 Nutrendo tuttavia dubbi quanto alle conseguenze che occorre trarre da un tale annullamento per quanto riguarda gli effetti del contratto in discussione, tenuto conto del dettato dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre 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) 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]».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

- 33 Con la prima questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se, l’articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che, qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara pur mancando le condizioni prescritte dalla direttiva 2004/18 per utilizzare tale procedura, tale disposizione esclude che il corrispondente contratto sia dichiarato privo di effetti quando l’amministrazione aggiudicatrice abbia pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea* un avviso di trasparenza preventiva e abbia rispettato, prima della conclusione del contratto, il termine sospensivo minimo di dieci giorni a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso.
- 34 In via preliminare occorre rammentare che le disposizioni della direttiva 89/665, volte a tutelare gli offerenti dall’arbitrio dell’amministrazione aggiudicatrice, si propongono di rafforzare i meccanismi esistenti al fine di garantire l’effettiva applicazione delle norme dell’Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, segnatamente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (sentenza Commissione/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).
- 35 Inoltre, come emerge dai considerando 3 e 4 della direttiva 2007/66, quest’ultima è diretta a migliorare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l’obiettivo della direttiva 89/665, al fine di rafforzare l’efficacia delle procedure di ricorso avviate negli Stati membri da coloro che abbiano interesse a ottenere un appalto pubblico.
- 36 L’articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della menzionata direttiva.
- 37 A tal fine l’articolo 2 della direttiva 89/665, intitolato «Requisiti per le procedure di ricorso», al paragrafo 1, lettera b), dispone che gli Stati membri sono tenuti a prevedere in capo all’organo responsabile delle procedure di ricorso il potere di annullare o di far annullare le decisioni illegittime.
- 38 L’articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/665 a tale proposito richiede che l’organo responsabile delle procedure di ricorso dichiari il contratto privo di effetti se l’amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea* senza che ciò fosse consentito a norma della direttiva 2004/18.

- 39 Ciò nondimeno, il legislatore dell'Unione, all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, ha previsto un'eccezione a detta regola della privazione di effetti del contratto. Secondo tale disposizione, la regola suddetta non si applica se, in primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia consentita a norma della direttiva 2004/18, in secondo luogo, se l'amministrazione aggiudicatrice abbia pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso del tipo descritto all'articolo 3 bis della direttiva 89/665 in cui ha manifestato l'intenzione di concludere il contratto e, in terzo luogo, se il contratto non sia 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.
- 40 Costituendo un'eccezione alla regola della privazione di effetti del contratto ai sensi dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, della direttiva 89/665, l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della citata direttiva deve essere oggetto di interpretazione restrittiva (v., per analogia, sentenza Commissione/Germania, C-275/08, EU:C:2009:632, punto 55 e giurisprudenza ivi citata). Tuttavia, l'interpretazione di tale eccezione deve essere conforme agli obiettivi da essa perseguiti. Il principio dell'interpretazione restrittiva non consente che i termini utilizzati per definire l'eccezione di cui al menzionato articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 siano interpretati in un modo che priverebbe detta eccezione dei suoi effetti (v., per analogia, sentenza Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).
- 41 La Fastweb è dell'avviso che, conformemente agli obiettivi della direttiva 89/665 nonché alle norme relative alla libertà di stabilimento e alla concorrenza che il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici si propone di realizzare, detta eccezione sia soltanto facoltativa. A tale riguardo essa afferma che dai considerando da 20 a 22 della direttiva 2007/66 risulta che l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 non esclude l'applicazione di sanzioni più rigorose a norma del diritto nazionale e, quindi, la possibilità per il giudice nazionale di decidere, a seguito di una ponderazione degli interessi generali e individuali in gioco, se sia d'uopo dichiarare la privazione di effetti del contratto.
- 42 In proposito occorre rilevare che, in base all'articolo 2, paragrafo 7, della direttiva 89/665, fatti salvi i casi di cui agli articoli da 2 quinquies a 2 septies della stessa direttiva, gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 di detto articolo 2 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto sono determinati dal diritto nazionale. Ne discende che, per le situazioni considerate, in particolare, all'articolo 2 quinquies della menzionata direttiva, i provvedimenti che possono essere presi in merito alle procedure di ricorso dirette contro le amministrazioni aggiudicatrici sono determinati unicamente in base alle regole previste dalla direttiva in parola. Al riguardo si deve porre in evidenza che, secondo l'articolo 2, paragrafo 7, della direttiva 89/665, i casi di cui agli articoli da 2 quinquies a 2 septies della medesima direttiva non rientrano nella regola generale in base alla quale gli effetti di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici sono determinati dal diritto nazionale. Di conseguenza, agli Stati membri non è consentito prevedere nei rispettivi ordinamenti disposizioni relative agli effetti delle violazioni del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici in circostanze come quelle previste all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della suddetta direttiva.
- 43 Sebbene dai considerando 13 e 14 della direttiva 2007/66 risulti che l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi costituisce la violazione più grave del diritto dell'Unione degli appalti pubblici, relativamente alla quale occorre prevedere, in via di principio, come sanzione, la privazione di effetti del contratto, il considerando 26 di detta direttiva pone in rilievo la necessità di evitare l'incertezza giuridica che potrebbe derivare da siffatta privazione nello specifico caso dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665.
- 44 Come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, introducendo, con l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, detta eccezione alla regola della privazione di effetti del contratto, il legislatore dell'Unione si propone di conciliare i diversi interessi

in gioco, ossia quelli dell'impresa lesa, cui preme riservarsi la possibilità di avviare un procedimento sommario precontrattuale e l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, con quelli dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata, i quali implicano di evitare l'incertezza giuridica che potrebbe derivare dalla privazione di effetti del contratto.

- 45 Alla luce di quanto precede, si deve constatare che sarebbe contrario sia al dettato sia all'obiettivo dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 consentire ai giudici nazionali di dichiarare che il contratto è privo di effetti quando le tre condizioni sancite da tale disposizione siano soddisfatte.
- 46 Ciò nondimeno, al fine di raggiungere gli obiettivi indicati all'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, segnatamente la predisposizione di mezzi di ricorso efficaci avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione del diritto degli appalti pubblici, è essenziale che l'organo responsabile delle procedure di ricorso eserciti un controllo effettivo allorché verifica se le condizioni di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 siano soddisfatte.
- 47 In particolare, la condizione prevista al succitato articolo 2 quinquies, paragrafo 4, primo trattino, concerne la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* sia consentita a norma della direttiva 2004/18. A sua volta, la condizione indicata al secondo trattino dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 prevede che l'amministrazione aggiudicatrice pubblichi nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso, del tipo descritto all'articolo 3 bis della citata direttiva, ove manifesti l'intenzione di concludere il contratto. In conformità di detto articolo 3 bis, lettera c), l'avviso deve indicare la motivazione della decisione dell'autorità aggiudicatrice di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara.
- 48 A quest'ultimo riguardo detta motivazione deve far risultare in modo chiaro e inequivocabile le ragioni che hanno indotto l'amministrazione aggiudicatrice a ritenere di poter attribuire l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara, così da consentire agli interessati di decidere con piena cognizione di causa se reputino utile adire l'organo responsabile delle procedure di ricorso e a quest'ultimo di svolgere un controllo effettivo.
- 49 Come emerge dall'ordinanza di rinvio, nel procedimento principale l'amministrazione aggiudicatrice ha utilizzato la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara basandosi sull'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18. In proposito va ricordato che si può fare ricorso alla procedura negoziata soltanto nelle circostanze tassativamente indicate agli articoli 30 e 31 della direttiva 2004/18 e che detta procedura ha, rispetto alla procedura aperta e ristretta, natura eccezionale (sentenza Commissione/Belgio, C-292/07, EU:C:2009:246, punto 106 e giurisprudenza ivi citata).
- 50 Nell'ambito del suo controllo l'organo responsabile delle procedure di ricorso è tenuto a valutare se, allorché ha adottato la decisione di aggiudicare un appalto facendo ricorso ad una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice ha agito con diligenza e se poteva ritenere che ricorressero effettivamente le condizioni poste all'articolo 31, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18.
- 51 Tra gli elementi che detto organo deve prendere in considerazione al riguardo figurano le circostanze e le ragioni, elencate nell'avviso previsto dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, secondo trattino, della direttiva 89/665, che hanno indotto l'amministrazione aggiudicatrice ad utilizzare la procedura negoziata ex articolo 31 della direttiva 2004/18.
- 52 Se, in esito al proprio controllo, l'organo responsabile delle procedure di ricorso constata che non sussistono le condizioni previste all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, esso

deve allora dichiarare che il contratto è privo di effetti in osservanza della regola di cui al paragrafo 1, lettera a), del medesimo articolo. Esso determina le conseguenze della dichiarazione di privazione di effetti del contratto in forza dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 2, della direttiva 89/665, conformemente al diritto nazionale.

- 53 Per contro, qualora suddetto organo rilevi che sussistono le condizioni in parola, esso è tenuto a conservare gli effetti del contratto in applicazione dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665.
- 54 Si deve pertanto rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che, qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* quando ciò non era consentito a norma della direttiva 2004/18, tale disposizione esclude che il corrispondente contratto sia dichiarato privo di effetti laddove ricorrano le condizioni che essa stessa pone, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulla seconda questione

- 55 Con la seconda questione il giudice del rinvio domanda, sostanzialmente, nell'ipotesi di risposta in senso affermativo alla prima questione, se l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665 sia valido alla luce del principio di non discriminazione e del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta.
- 56 In proposito la *Fastweb* afferma che la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* di un avviso di trasparenza preventiva e l'osservanza del termine sospensivo minimo di dieci giorni civili fra detta pubblicazione e la conclusione del contratto non garantiscono il rispetto del principio della tutela giurisdizionale effettiva. Detta pubblicazione, infatti, non garantisce che i concorrenti potenziali siano informati dell'aggiudicazione di un appalto ad un determinato operatore economico, segnatamente laddove la pubblicazione sia effettuata in un periodo in cui le attività sono ridotte o interrotte.
- 57 Relativamente al diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva, l'articolo 47, primo comma, della Carta enuncia che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in tale articolo.
- 58 Da una costante giurisprudenza risulta che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, a tutela sia del singolo sia dell'amministrazione interessati, è compatibile con il diritto fondamentale a un'effettiva tutela giurisdizionale. Termini del genere non devono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Pelati*, C-603/10, EU:C:2012:639, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).
- 59 Inoltre, le disposizioni della direttiva 89/665, volte a tutelare gli offerenti dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, si propongono di rafforzare i meccanismi esistenti al fine di garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, segnatamente in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. Una siffatta tutela non può essere efficace se gli offerenti non sono in condizione di avvalersi di tali regole nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza *Commissione/Austria*, EU:C:2004:386, punto 20).
- 60 Una tutela giurisdizionale effettiva impone quindi che gli interessati siano informati di una decisione di aggiudicazione con un certo anticipo rispetto alla conclusione del contratto, affinché dispongano di una reale possibilità di esperire un ricorso e, in particolare, di presentare una

domanda di provvedimenti provvisori prima di tale conclusione (v., in tal senso, sentenze Commissione/Spagna, C-444/06, EU:C:2008:190, punti 38 e 39, e Commissione/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, punto 33).

- 61 L'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, secondo trattino, della direttiva 89/665, prevedendo la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* di un avviso del tipo descritto all'articolo 3 bis della direttiva 89/665 che manifesti l'intenzione di concludere un contratto, garantisce la trasparenza dell'aggiudicazione di un appalto. Tale disposizione si propone infatti di garantire che tutti i candidati potenzialmente interessati siano in condizione di venire a conoscenza della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di affidare l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara. Inoltre, conformemente al terzo trattino della menzionata disposizione, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad osservare un termine sospensivo di dieci giorni. In tal modo gli interessati sono posti in grado di contestare in giudizio l'aggiudicazione di un appalto prima che il contratto sia concluso.
- 62 Occorre inoltre parimenti sottolineare che, anche quando il termine di almeno dieci giorni civili, previsto all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, sia trascorso, gli operatori lesi possono proporre ricorso per risarcimento dei danni in forza dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 89/665.
- 63 A tale proposito, come risulta dal punto 44 della presente sentenza, si deve tenere conto della circostanza che, con l'eccezione di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, il legislatore dell'Unione si propone di conciliare più interessi, ossia quelli dell'impresa lesa, attribuendole il diritto di avviare un procedimento sommario precontrattuale e di ottenere l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, con quelli dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata, limitando l'incertezza giuridica che potrebbe derivare dalla privazione di effetti del contratto.
- 64 Tenuto conto delle suesposte considerazioni occorre constatare che l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, nel prevedere la conservazione degli effetti di un contratto, non è contrario agli obblighi derivanti dall'articolo 47 della Carta.
- 65 Analoga considerazione si applica al principio di non discriminazione che persegue, nell'ambito degli appalti pubblici, i medesimi obiettivi di garantire, segnatamente, la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in particolare, sentenze Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 48, e Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 28). Difatti, come già constatato al punto 61 della presente sentenza, l'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, secondo trattino, della direttiva 89/665 si propone di garantire che tutti i candidati potenzialmente interessati siano in condizione di venire a conoscenza della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di concludere il contratto senza previa pubblicazione di un bando di gara e, pertanto, di proporre ricorso avverso una decisione del genere perché ne sia verificata la legittimità.
- 66 Ciò considerato, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che dal suo esame non sono emersi elementi atti a inficiare la validità dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665.

Sulle spese

- 67 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

- 1) **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, deve essere interpretato nel senso che, qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* quando ciò non era consentito a norma della 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, tale disposizione esclude che il corrispondente contratto sia dichiarato privo di effetti laddove ricorrano le condizioni che essa stessa pone, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.**
- 2) **Dall'esame della seconda questione non sono emersi elementi atti a inficiare la validità dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66.**

Firme