

N. 00534/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00289/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2014, proposto da:

Impresa Edilux S.r.l., nella qualità di capogruppo mandataria in A.T.I., con S.I.C.EF. S.r.l. (Società Italiana Costruzioni e Forniture S.r.l.), nella qualità di mandante, rappresentati e difesi dagli avv.ti Filippo Lattanzi, Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso questo Consiglio, in Palermo, via F. Cordova, n. 76;

contro

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana-Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana, U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Trapani, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata in Palermo, via De Gasperi, n. 81; Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana;

nei confronti di

Icogen S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso l'avv. Rosaria Zammataro in Palermo, via Pacini, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE II n. 00568/2014,

resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE II n. 00568/2014, resa tra le parti, concernente appalto per la progettazione esecutiva, il coordinamento e la sicurezza nell'ambito dei lavori di restauro dei templi di Selinunte – aggiudicazione.

Viste le “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2012/C 338/01; d’ora in poi anche “Raccomandazioni”) della Corte di Giustizia dell’Unione europea (nel prosieguo: CGUE o Corte di Giustizia);

Visti gli artt. 19, par. 3, lett. b), del Trattato sull’Unione europea (TUE) e 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE);

Visti lo Statuto e il regolamento di procedura della CGUE;

Visto l’art. 79, comma 1, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, allegato 1 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), recante il Codice del processo amministrativo (c.p.a.);

Vista la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 490 del 2 settembre 2014;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana-Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e di Assessorato Ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana e di U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Trapani e di Icogen S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il Cons. Gabriele Carlotti e uditi per le parti gli avvocati G. Corso su delega di F. Lattanzi, avv. di Stato Tutino e C. Giurdanella;

A) Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

A.1. – La Edilux s.r.l. e la S.i.c.e.f.-Società italiana costruzioni e forniture s.r.l. (d'ora in poi, anche collettivamente: Edilux), nelle rispettive qualità di capogruppo mandataria e di mandante dell'ATI (associazione temporanea di imprese) tra le stesse imprese costituenda, hanno impugnato la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, sez. II, ebbe a rigettare il ricorso proposto dall'Edilux avverso gli atti e provvedimenti afferenti alla gara, a procedura aperta, indetta dalla Soprintendenza ai beni culturali della Provincia di Trapani (nel prosieguo: Soprintendenza) e gestita dall'Ufficio regionale espletamento gare appalto (U.R.E.G.A.), Sezione provinciale di Trapani, per l'aggiudicazione dell'appalto - rientrante nell'ambito degli interventi P.O. FESR 2007-2013 – Linea 3.1.1.4. “Architettura dorica nell'Occidente greco: interventi pilota di restauro dei templi C ed E di Selinunte” - dei lavori di "progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e dell'esecuzione dei lavori ... - CIG 4581765017"; in particolare, detto ricorso si rivolgeva, onde ottenerne l'annullamento, contro i seguenti atti:

- la determinazione, prot. n. 4721, del 18 giugno 2013, con la quale: a) fu annullata in autotutela la determinazione, prot. n. 3732, del 20 maggio 2013, di aggiudicazione della predetta gara in favore dell'Edilux e b) fu disposta una nuova aggiudicazione definitiva in favore della Icogen s.r.l. (poi, Icogen), con contestuale esclusione dell'Edilux;
- la nota, prot. n. 4725, del 18 giugno 2013, con cui fu trasmessa la determinazione n. 4721 del 18 giugno 2013 e con cui fu fissato, nel giorno del 28 luglio 2013, il termine dilatorio per la stipulazione del contratto;
- la nota, prot. n. 4381, del 6 giugno 2013, con cui fu comunicato l'avvio del procedimento di annullamento della determinazione di aggiudicazione definitiva

n. 3732 del 20 maggio 2013;

- la nota n. 5014 del 27 giugno 2013, con la quale fu dato riscontro alle richieste della Edilux, rispettivamente, del 21 giugno 2013 e del 24 giugno 2013;

- il disciplinare di gara, nella parte in cui esso comminava la sanzione espulsiva per la mancanza della dichiarazione di accettazione del protocollo di legalità (il disciplinare fu altresì impugnato anche sotto il profilo del preteso contrasto con il bando di gara);

- il bando di gara, nella parte in cui si richiedeva la dichiarazione di accettazione del protocollo di legalità, ove interpretato nel senso in cui alla mancanza di detta dichiarazione conseguisse l'esclusione dalla gara.

Con tale impugnativa la Edilux chiese l'aggiudicazione della procedura in proprio favore, nonché la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Icogen, il subentro in quest'ultimo o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

A.2. - Si sono costituiti in secondo grado, per resistere all'impugnazione, l'Assessorato regionale ai beni culturali e ambientali, la Soprintendenza e l'U.R.E.G.A..

Si è altresì costituita la Icogen, contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e riproponendo i motivi del ricorso incidentale, da essa interposto in primo grado e dichiarato, dal T.a.r., improcedibile.

A.3. – All'udienza pubblica del 9 luglio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

A.4. – In ordine alla vicenda sulla quale si è innestata la controversia giova riferire succintamente quanto segue:

- la Soprintendenza indisse la procedura sopra descritta, dell'importo complessivo di euro 2.271.735,00, da affidarsi in base al criterio del prezzo più basso;

- la stazione appaltante, dapprima, aggiudicò l'appalto alla Edilux, con

determinazione dirigenziale n. 3732 del 20 maggio 2013; sennonché, successivamente, in accoglimento di un reclamo presentato dalla Icogen, seconda classificata, annullò in autotutela, con determinazione, prot. n. 4721, del 18 giugno 2013, l'aggiudicazione già disposta, riaffidando definitivamente i lavori alla Icogen e, contestualmente, escludendo la Edilux dalla procedura; più in dettaglio, il provvedimento di ritiro fu motivato con riferimento all'accertata mancanza, tra la documentazione allegata dalla Edilux (intesa qui come Edilux s.r.l.) alla domanda di partecipazione, della dichiarazione di accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità, di cui alla circolare 593 del 31 giugno 2006 dell'Assessorato regionale dei lavori pubblici, da rendere secondo lo schema predisposto dalla stazione appaltante e contenuto nell'Allegato 6 al disciplinare; siffatta dichiarazione era prevista dalla *lex specialis* della gara quale documento essenziale, da prodursi a pena di esclusione (pag. punto 10 e lett. h della voce "Avvertenze" del disciplinare);

- la Icogen, dal canto suo, interpose un ricorso incidentale;
- il T.a.r. adito respinse l'istanza cautelare avanzata dalla Edilux, ma questo Consiglio, con ordinanza n. 806 del 18 ottobre 2013, accolse il gravame (cautelare) ai fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito;
- il T.a.r., tornato a pronunciarsi dopo l'ordinanza di questo Consiglio, respinse nel merito il ricorso proposto dall'Edilux, osservando che:
 - doveva ritenersi, in difetto di elementi deponenti in senso contrario, che l'Edilux non avesse prodotto, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il documento contenente l'accettazione del protocollo di legalità;
 - alla stregua di tale accertamento negativo, la stazione appaltante ben avrebbe ben esercitato il potere di ritiro in autotutela della prima aggiudicazione;
 - doveva esser respinta anche la seconda censura proposta dalla Edilux, in quanto

- essendo incontestato che la normativa di gara prevedesse l'estromissione dalla gara in conseguenza di detta omissione - era da ritenersi legittima la clausola escludente in discorso, senza che ciò comportasse alcuna violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006, trovando la misura espulsiva copertura normativa nell'art. 1, comma 17, della L. 6 novembre 2012, n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”);
- la stazione appaltante nemmeno avrebbe potuto esercitare, in favore della Edilux, alcun soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto un intervento del genere risulterebbe consentito, senza alterare la *par condicio* tra le imprese partecipanti, solo quando le prescrizioni formali contenute negli atti di gara risultino formulate in modo impreciso od equivoco e non, come nel caso di specie, in presenza di una chiara previsione della *lex specialis*, recante finanche il modello di dichiarazione da compilare (v. l'allegato 6 sunnominato): l'omessa o l'erronea allegazione di dichiarazioni previste a pena di esclusione giammai potrebbe, difatti, considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile o integrabile in via postuma e, viepiù nel caso specifico, l'assenza della dichiarazione in parola non si sarebbe potuta stimare alla stessa stregua di un vizio o di una dimenticanza puramente formali;
- nemmeno sussisterebbe alcun contrasto tra il bando, che non avrebbe espressamente comminato la sanzione espulsiva di che trattasi, e il disciplinare, che invece la contemplava, atteso che siffatto asserito contrasto tra i due atti, nei termini prospettati dalla Edilux, sarebbe inesistente, sia perché il disciplinare risultava essere una “parte integrante del bando”, unitamente al quale costituiva la *lex specialis* della gara (v. il bando, punto V.2., “Informazioni complementari”), sia perché il bando (al punto V.2.v.) prevedeva che il concorrente, in esito agli impegni assunti dalla Regione Siciliana con l'adesione al protocollo unico di

legalità, dovesse presentare il modello di dichiarazione allegato al disciplinare e quest'ultimo, all'art. 1, punto 10 (Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte, in relazione al contenuto della busta A), coerentemente indicava, tra i documenti da produrre "a pena di esclusione", la medesima dichiarazione di cui al punto V.2.v. del bando, descrivendola nuovamente al successivo punto 10 (tanto che la Sicef rispettò la previsione in discorso);

- non rilevarebbe poi, nella fattispecie, il disposto dell'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE - che, secondo la tesi patrocinata dalla Edilux, precluderebbe al Legislatore italiano di introdurre cause di esclusione legate alle qualità personali del concorrente, ulteriori rispetto a quelle ivi elencate - atteso che la L. n. 190/2012 gravita nel diverso ambito della prevenzione dell'infiltrazione mafiosa, mediante la condivisione di regole di comportamento descritte nei protocolli di legalità;

- in conseguenza dei surriferiti argomenti, il ricorso principale proposto dalla Edilux doveva respingersi, mentre era da reputarsi improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, quello incidentale interposto dalla Icofen.

A.5. – Avverso tale pronuncia l'Edilux ha interposto appello, i cui motivi sono stati in gran parte esaminati e respinti da questo Consiglio con la sentenza non definitiva n. 490/2014, fatta eccezione, tra l'altro, per la questione interpretativa oggetto del presente rinvio pregiudiziale (rinvio preannunciato nel dispositivo delle ridetta sentenza).

A.6. – In estrema sintesi, onde consentire un primo inquadramento del tema che sarà di seguito più dettagliatamente illustrato, questo Consiglio nutre dei dubbi in ordine alla possibilità che il diritto dell'Unione europea e, segnatamente, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, osti all'applicabilità di una norma dell'ordinamento della Repubblica italiana (per l'appunto, l'art. 1, comma 17, della L. 6 novembre

2012, n. 190) che, in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici, contempli la facoltà, per le amministrazioni aggiudicatrici, di considerare, quale valida causa di esclusione dalle predette procedure, la mancata accettazione o la mancata dimostrazione documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle imprese partecipanti, degli impegni contenuti nei protocolli di legalità.

B) Contenuto delle pertinenti disposizioni eurounitarie e nazionali, nonché della pertinente giurisprudenza della CGUE e del Consiglio di Stato.

B.1. Con riferimento alla pertinente disciplina dell'Unione europea va richiamato l'art. 45 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, rubricato "Situazione personale del candidato o dell'offerente" (il cui testo si omette, per esigenze di sinteticità).

B.2. – L'art. 45 sunnominato è stato recepito nell'ordinamento italiano mediante l'art. 38 del D.Lgs. 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), rubricato "Requisiti di ordine generale", che, nella versione applicabile alla fattispecie *ratione temporis* (versione riportata nei documenti trasmessi insieme alla presente ordinanza e omessa per esigenze di sinteticità), non contemplava - né, a dire il vero, contempla nel testo attualmente vigente - alcuna sanzione di esclusione in relazione alla mancanza della dichiarazione di accettazione degli impegni contenuti nei protocolli di legalità.

B.3. – Va, tuttavia, osservato che la disciplina italiana in materia di cause di esclusione è completata, per quel che rileva ai fini della presente ordinanza, da altre due disposizioni e, segnatamente:

- dall'art. 46, comma 1-*bis*, del suddetto D.Lgs. n. 163/2006, in tema di tassatività delle clausole di esclusione, secondo cui: *"La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal*

regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”;

- dall'art. 1, comma 17, della L. 6 novembre 2012, n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”), in base al quale: *“Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara.”.*

C) Motivi del rinvio pregiudiziale: oggetto e rilevanza.

C.1. – Tanto premesso, il Collegio, per chiarire i motivi del rinvio pregiudiziale e della sua rilevanza nella presente controversia, ritiene indispensabile illustrare, in via prodromica, alcuni ulteriori aspetti della controversia e della pronuncia non definitiva con la quale è stato definito parte del complessivo contenzioso. Occorre, in particolare, precisare che:

- il valore del contratto oggetto della procedura al centro del contendere si colloca al di sotto della c.d. “soglia comunitaria”;
- i “protocolli di legalità”, che registrano una diffusione oggi molto vasta, sono stati introdotti da alcuni anni nell'ordinamento italiano al fine di prevenire e di contrastare il pernicioso fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore del *public procurement*, della criminalità organizzata, purtroppo molto radicata sul territorio di alcune regioni italiane del sud del Paese (e, tra queste, la Sicilia);
- in sintesi, con i protocolli di legalità le amministrazioni aggiudicatrici assumono l'obbligo di inserire nei bandi e negli altri atti di indizione di gare, quale

condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole intese alla prevenzione, al controllo e al contrasto delle attività criminali, nonché alla verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro; a loro volta nei medesimi protocolli è specularmente stabilito l'obbligo, gravante in capo a ogni impresa partecipante a una procedura di affidamento di un pubblico contratto, di rendere una dichiarazione, sottoscritta dai legali rappresentanti, recante vari impegni (declinati analiticamente negli stessi protocolli), da assumere nei confronti della stazione appaltante, con i quali l'impresa accetta di tenere alcuni comportamenti virtuosi, anche in aggiunta a quelli già imposti dalla legge e comunque con questi concorrenti, finalizzati a consentire e ad agevolare gli interventi repressivi delle pubbliche Autorità in relazione a eventuali tentativi, posti in essere da sodalizi criminosi, allo scopo di turbare o di distorcere lo svolgimento delle gare o di intimidire i titolari delle imprese ad esse partecipanti;

- tra gli impegni in discorso, ricorrono, ad esempio, quello di comunicare i contratti eventualmente stipulati con terzi per l'esecuzione del contratto, quello di segnalare ogni condotta sospetta o richiesta estorsiva, quello di collaborare fattivamente con le Forze di polizia;

- con specifico riferimento alla controversia oggetto della presente ordinanza, il sunnominato Allegato 6 prevedeva, tra l'altro, l'impegno del partecipante alla gara: 1) a comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto e derivati, quali il nolo e le forniture, nonché le modalità di scelta dei contraenti e il numero e le qualifiche dei lavoratori da occupare; 2) a segnalare qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nello svolgimento della gara e durante l'esecuzione del contratto, da parte di chiunque; 3) a collaborare con le Forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale; 4) a inserire

identiche clausole nei contratti di subappalto, nolo, cottimo, ecc.;

- i protocolli in discorso sono, dunque, strumenti convenzionali, consistenti in accordi tra amministrazioni aggiudicatrici e imprese, che rinvengono la loro base legislativa di carattere generale nell'art. 15 della L. n. 241/1990, nonché in norme speciali in materia di contratti pubblici, come il succitato art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 o come l'art. 176, comma 3, lett. e), del D.Lgs. n. 163/2006;

- i protocolli di legalità assolvono insomma a una duplice funzione: essi, come accennato, sono strumentali alla lotta ai fenomeni di devianza criminale e, in forza di tale azione di contrasto, risultano altresì funzionali alla tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la disciplina europea e italiana dei pubblici appalti;

- dal punto di vista logico l'efficacia dei protocolli di legalità postula, tuttavia, che i medesimi, oltre ad essere rispettati nel corso dell'esecuzione del rapporto, ancor prima siano stati accettati dalle imprese concorrenti, posto che – in mancanza di tale accettazione – nessuna impresa potrebbe essere giuridicamente tenuta al rispetto di alcuno dei suddetti impegni (qualora non corrispondenti ad altrettanti obblighi di legge), quanto meno in relazione alle condotte criminali che dovessero esser poste in essere durante lo svolgimento della gara, pur essendo quest'ultima lo snodo più critico per il contrasto della criminalità mafiosa;

- nella sentenza non definitiva n. 490/2014, questo Consiglio ha già statuito che, nell'ordinamento italiano, l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 – disposizione, sopra riportata, che prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di escludere dalle gare le imprese che non abbiano rispettato i protocolli di legalità – deve essere interpretata nel senso che siffatta potestà di esclusione sussiste anche a fronte della mancata accettazione, a monte, di detti protocolli o - ma è lo stesso *quoad effectum* - nel caso della mancata produzione, ove prescritta dagli atti di gara, della dichiarazione attestante l'accettazione degli obblighi in detti protocolli contenuti

(ed è esattamente questa l'omissione contestata alla Edilux); in particolare, questo Consiglio ha affermato che l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 implica che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano il potere di pretendere l'accettazione, a pena di esclusione, di tali protocolli, non ostando a siffatta esegesi il tenore letterale della previsione che apparentemente si riferisce soltanto al mancato "rispetto" e non anche alla mancata accettazione dei protocolli in questione; difatti, diversamente opinando, risulterebbe vanificata la finalità degli impegni che le imprese concorrenti assumono, mediante l'accettazione dei ridetti protocolli, onde prevenire e contrastare il fenomeno di eventuali tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti;

- nella sentenza in discorso si è, quindi, chiarito che le clausole dei protocolli, imponenti comportamenti specifici, debbono essere previamente "accettate" quale condizione di ammissione alla gara, onde poter esser rese coercibili; invero, se si ritenesse suscettibile di sanzione unicamente il mancato rispetto di dette clausole in fase di esecuzione contrattuale, allora verrebbe meno il voluto e dichiarato effetto - pienamente rispondente alla *ratio legis* della normativa antimafia italiana - di anticipazione massima della soglia di tutela e di deterrenza e, conseguentemente, risulterebbe altresì priva di qualunque utilità la prevista sanzione dell'esclusione dalla gara, come tale destinata obiettivamente a operare nella fase antecedente alla aggiudicazione e all'avvio dell'esecuzione del contratto e che, secondo la diversa esegesi patrocinata dalla Edilux, non potrebbe esser mai in concreto applicata;

- questo Consiglio ha pure ritenuto, nella suddetta sentenza non definitiva, che - sebbene nell'ordinamento italiano viga il principio della tassatività delle cause di esclusione (v. il sunnominato art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006) - nondimeno la disposizione contestata non si porrebbe in contrasto con detto principio, in forza della previsione di siffatta potestà di esclusione da parte

dell'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012, siccome sopra interpretato; invero, l'art. 46, comma 1-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006 considera legittime le esclusioni disposte in base alle leggi vigenti (quale è la L. n. 190/2012);

- infine, questo Consiglio ha deciso nel senso di escludere che, al cospetto dell'inosservanza di una prescrizione, presidiata da misura espulsiva, ma chiaramente formulata, l'amministrazione aggiudicatrice avesse alcun obbligo di venire in soccorso della Edilux, consentendole di produrre tardivamente la ridetta dichiarazione.

C.2. – Tanto precisato, i residui dubbi del Collegio si addensano attorno al profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione europea di una clausola che preveda la sopra descritta causa di esclusione, seppure legittimamente poggiante, dal punto di vista del diritto interno italiano, sull'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012. Ed invero, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, del pari ispirato a un principio di tendenziale tassatività dei motivi di esclusione, non contempla un'analogia previsione.

Al riguardo, l'opinione di questo Consiglio è che l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012 non confligga con l'art. 45, paragrafo 1, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, atteso che l'art. 1 sunnominato, sebbene comportante un adempimento a carico delle imprese che partecipino a una procedura di affidamento di contratti pubblici, risponde tuttavia a una dichiarata logica di contrasto in via anticipata del fenomeno della criminalità organizzata, la cui alta diffusività costituisce un serio pericolo per la genuinità e l'effettiva concorrenzialità delle gare: si tratta pertanto di disposizione che attiene direttamente all'ordine pubblico e alla prevenzione del crimine (seppur indirettamente, come osservato sopra, rafforzi pure l'effettiva concorrenzialità delle procedure, preservandole da interferenze illecite) e che corrisponde, dunque, a esigenze imperative di interesse generale, in relazione al quale gli Stati

membri, proprio in virtù del succitato comma 3 del paragrafo 1 dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, possono derogare al principio di tassatività delle cause di esclusione. Nondimeno, potendo sussistere dubbi riguardo all'ortodossia eurounitaria di siffatta esegesi, questo Consiglio, in quanto sezione staccata del Consiglio di Stato (giusta l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 373/2003) e, quindi, nella qualità di giudice di ultima istanza in relazione alla presente controversia (giacché avverso le decisioni di merito di questo Consiglio non è possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno), reputa doveroso sottoporre comunque la questione al vaglio della Corte di Giustizia.

C.3. – Prima della formulazione dei quesiti va ulteriormente osservato che non incide negativamente sulla rilevanza della questione la circostanza che la gara bandita dalla Soprintendenza si collochi, per valore numerario, al di sotto della c.d. “soglia comunitaria”, atteso che anche per tali procedure “sottosoglia” si applicano comunque i principi del diritto dell'Unione europea né può seriamente dubitarsi che le regole sulle esclusioni dalle procedure attingano il livello delle norme di principio. A tal riguardo giova richiamare la decisione della Corte di Giustizia sul caso “Serrantoni” (CGUE, sez. IV, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08) e la pronuncia CGUE, sez. I, 14 giugno 2007, in causa C-6/05.

Questo Collegio non dubita poi che, nello specifico, sussista un interesse transfrontaliero certo, atteso che alcune disposizioni della *lex specialis* della procedura erano dedicate alla partecipazione di imprese non italiane.

C.4. – Occorre, infine, dar conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, presa in considerazione dal Collegio, dalla quale però non si ricavano indicazioni esegetiche che si attaglino esattamente alla fattispecie concreta sopra riferita.

Vanno comunque richiamate:

- la sentenza della Sez. IV del 19 maggio 2009, in causa C-538-07 (caso “Assitur”) che, in materia di appalti pubblici di servizi, in base alla quale l'art. 29, primo

comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità; in tal senso, anche CGUE, sez. I, 9 febbraio 2006, in causa C-226/04;

- la sentenza della Grande sezione del 16 dicembre 2008, in causa C-213/07, secondo cui l'art. 24, comma 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che esso elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori; tuttavia, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo;

- la sentenza della sez. III del 13 dicembre 2012, in causa C-465/11 (caso "Forposta"), secondo cui, tra l'altro, a) il diritto dell'Unione europea osta a una normativa nazionale che, in luogo di limitarsi a tracciare il contesto generale di applicazione dell'art. 45, par. 2, comma 1, lett. d), dir. 2004/18, imponga alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze, superando quindi il margine di discrezionalità di cui dispongono gli stati membri nel recepimento della direttiva stessa, in violazione del diritto dell'Unione europea; b) se è vero che risulta

dall'art. 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17, che le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare criteri di selezione qualitativa in aggiunta ai criteri di esclusione elencati all'art. 45 della direttiva 2004/18, tuttavia ciò non toglie che, conformemente a una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, il suddetto art. 45, paragrafo 2, di quest'ultima direttiva elenca tassativamente le cause che possono giustificare l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad un appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi, concernenti le sue qualità professionali, e, di conseguenza, osta a che gli Stati membri integrino l'elenco in esso contenuto con altre cause di esclusione fondate su criteri relativi alla qualità professionale (v. sentenze del 9 febbraio 2006, *La Cascina e a.*, C-226/04 e C-228/04, Racc. pag. I-1347, punto 22; *Michaniki*, cit., punto 43, nonché del 15 luglio 2010, *Bâtiments et Ponts Construction e WISAG Produktionservice*, C-74/09, Racc. pag. I-7271, punto 43); c) solo allorché la causa di esclusione interessata non sia connessa alle qualità professionali dell'operatore economico e, pertanto, non sia compresa in un siffatto elenco tassativo che si potrebbe prevedere l'eventuale ammissibilità di tale causa alla luce dei principi o di altre norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., a tal riguardo, sentenze *Fabricom*, cit., punti 25-36; *Michaniki*, cit., punti 44-69, nonché del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, Racc. pag. I-4219, punti 21-33).

C.5. – Da ultimo, il Collegio osserva che la possibilità di una deroga al principio della tassatività delle clausole di esclusione è pure desumibile dall'art. 57, paragrafi 3 e 7, della direttiva 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE (non ancora recepita dalla Repubblica italiana), del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

D) Formulazione dei quesiti.

D.1. – Alla stregua di tutto quanto sopra osservato e considerato, possono dunque formularsi i seguenti quesiti: “1) *se il diritto dell'Unione europea e, in particolare,*

l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE osti a una disposizione, come l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012, che consenta alle stazioni appaltanti di prevedere come legittima causa di esclusione delle imprese partecipanti a una gara indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di appalto, la mancata accettazione, o la mancata prova documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle suddette imprese, degli impegni contenuti nei c.d. "protocolli di legalità" e, più in generale, in accordi, tra le stazioni appaltanti e le imprese partecipanti, volti a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli affidamenti di contratti pubblici;

2) se, ai sensi dell'art. 45 della direttiva 2004/45/CE, l'eventuale previsione da parte dell'ordinamento di uno Stato membro della potestà di esclusione, descritta nel precedente quesito, possa essere considerata una deroga al principio della tassatività delle cause di esclusione giustificata dall'esigenza imperativa di contrastare il fenomeno dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.".

E) Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

E1. - In conclusione, si rimettono all'esame della CGUE le sopra esposte questioni di corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea.

E2. - Ai sensi delle Raccomandazioni si dispone che la segreteria di questo Consiglio trasmetta alla cancelleria della Corte, all'indirizzo di Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Lussemburgo, mediante plico raccomandato i seguenti atti - raccolti in copia in un fascicolo (corredato da un indice e composto di fogli numerati) - ritenuti necessari e sufficienti alla decisione delle questioni di rinvio pregiudiziale sopra indicate:

- 1) il ricorso in appello proposto dalla Edilux;
- 2) il ricorso proposto in primo grado dalla Edilux;
- 3) la sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo, indicata in epigrafe;
- 4) la sentenza non definitiva di questo Consiglio n. 490 del 2 settembre 2014;
- 5) il testo integrale del bando di gara, del disciplinare e dei relativi allegati;

6) la determinazione, prot. n. 4721, del 18 giugno 2013, citata nel precedente punto A.1.;

7) il testo integrale dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, nella versione vigente alla data del 25 gennaio 2013, data di pubblicazione del bando.

E3. – Visto l'art. 79 c.p.a. e il punto 29 delle Raccomandazioni, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla CGUE (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, dispone:

- 1) a cura della segreteria, la trasmissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della presente ordinanza e di copia degli atti indicati in motivazione, e di ogni ulteriore atto eventualmente in futuro richiesto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea;
- 2) la sospensione del presente giudizio fino alla notificazione a questo Consiglio, da parte della cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte.

Manda la Segreteria per gli altri adempimenti di legge.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore

Vincenzo Neri, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONES DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
SUD EUROPSKE UNIE
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
EUROPOS SAJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

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:

* Lingua processuale: l'italiano.

- 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 indizione 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 recepiscano 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'onori 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 *quinqüies* 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 succitata 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 risersarsi 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 pubblici 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

