

AVVISO VOLONTARIO PER LA TRASPARENZA PREVENTIVA E STABILITA' DEL CONTRATTO PUBBLICO: OSSERVAZIONI CRITICHE A MARGINE DI UNA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA ORIGINATA DA UNA VICENDA ITALIANA.

Sommario. – 1. Avviso volontario per la trasparenza preventiva e stabilità del contratto nella direttiva 2007/66/CE. – 2. Avviso volontario per la trasparenza preventiva e stabilità del contratto nella trasposizione italiana della direttiva 2007/66/CE. – 3. Una vicenda italiana maturata a fine 2011. – 4. Approdo della vicenda italiana, ad inizio 2013, alla Corte di Giustizia europea: questione d'interpretazione e di validità dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi (disposizione relativa all'avviso volontario per la trasparenza preventiva). – 5. Le Conclusioni dell'Avvocato generale, presentate il 10 aprile 2014 nella causa C-19/13: il suggerimento di un'interpretazione tanto creativa quanto capace di fugare qualsiasi perplessità intorno alla validità dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi. – 6. La sentenza della Corte di Giustizia europea, Quinta Sezione, 11 settembre 2014, nella causa C-19/13: una decisione nel solco tracciato dalle Conclusioni dell'Avvocato generale. – 7. Osservazioni critiche.

1. Avviso volontario per la trasparenza preventiva e stabilità del contratto nella direttiva 2007/66/CE.

Dato che *“l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi”* costituisce, *“secondo la Corte di giustizia”*, *“la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici”* (13° *“considerando”* della direttiva 2007/66/CE), e che *“la privazione di effetti”* del contratto risultante da affidamento diretto illegittimo *“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”* (14° *“considerando”* della direttiva 2007/66/CE), l'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a) della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a) della direttiva 92/13/CEE (di seguito: direttive ricorsi), come introdotti dalla direttiva 2007/66/CE¹, stabiliscono l'obbligo degli Stati membri di assicurare la *“privazione di effetti”* del contratto scaturente da un'aggiudicazione non preceduta da pubblicazione del bando nella G.U.U.E., *“senza che ciò sia consentito a norma”*, rispettivamente, della direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2004/17/CE.

“Le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale”: *“pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di [rectius: a] quegli obblighi che rimangono da adempiere”*, con applicazione, *“in quest'ultimo caso”*, delle c.d. sanzioni alternative di cui all'art. 2-*sexies* delle direttive ricorsi (art. 2-*quinquies*, par. 2, delle direttive ricorsi e 21° *“considerando”* della direttiva 2007/66/CE).

“Gli Stati membri possono prevedere” che il giudice *“abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti”* allorché *“il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale”* imponga *“che gli effetti del contratto siano mantenuti”*, salva l'applicazione delle c.d. sanzioni alternative di cui all'art. 2-*sexies* delle direttive ricorsi (art. 2-*quinquies*, par. 3, delle direttive ricorsi e 22° *considerando* della direttiva 2007/66/CE).

¹ Sulle direttive ricorsi come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, sia consentito il rinvio a L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata. M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2014, I, 905-919.

“Per evitare l’incertezza giuridica che può derivare dalla privazione di effetti” (26° considerando della direttiva 2007/66/CE), l’art. 2-*quinqies*, par. 4, delle direttive ricorsi stabilisce quanto segue:

“Gli Stati membri prevedono che il paragrafo 1, lettera a), del presente articolo [id est, la “privazione di effetti” del contratto originante da aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando in G.U.U.E.], 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/CE o della direttiva 2004/17/CE,*
- *“l’amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea un avviso di cui all’articolo 3-bis della presente direttiva [avviso volontario per la trasparenza ex ante] 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”.*

L’art. 3-bis delle direttive ricorsi definisce il “contenuto” necessario *“dell’avviso volontario per la trasparenza ex ante”*, che reca *“le seguenti informazioni:*

- a) denominazione e recapito dell’amministrazione aggiudicatrice;*
- b) descrizione dell’oggetto dell’appalto;*
- c) motivazione della decisione dell’autorità aggiudicatrice di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea;*
- d) denominazione e recapito dell’operatore economico a favore del quale è stata presa la decisione di aggiudicazione dell’appalto; e*
- e) se del caso, qualsiasi altra informazione ritenuta utile dall’autorità aggiudicatrice”.*

Nella fattispecie di cui all’art. 2-*quinqies*, par. 4, cit. il legislatore europeo esclude sia l’inefficacia contrattuale di cui all’art. 2-*quinqies*, par. 1, lett. a), cit., sia le c.d. sanzioni alternative di cui all’art. 2-*sexies* cit.

Si segnala, nell’art. 2-*quinqies*, par. 4, cit., la locuzione *“gli Stati membri prevedono”* (che designa un obbligo degli Stati membri)², anziché quella *“gli Stati membri possono prevedere”* (che individua una facoltà, un margine di scelta rimesso agli Stati membri), adoperata, all’interno dello stesso art. 2-*quinqies*, nel par. 2 – a proposito dell’alternativa tra inefficacia contrattuale *ex tunc* ed *ex nunc* – e nel par. 3 – riguardo alla salvaguardia dell’efficacia contrattuale in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale³.

Al di fuori delle violazioni di cui all’art. 2-*quinqies* cit., che, in quanto particolarmente gravi, preludono in linea di principio alla *“privazione di effetti”* del contratto, *“gli effetti dell’esercizio”* del potere giudiziale di annullamento dell’aggiudicazione *“sul contratto [già] stipulato ... sono determinati dal diritto nazionale”* (art. 2, par. 7, delle direttive ricorsi).

² Cfr. altresì, nel 26° considerando della direttiva 2007/66/CE, la consonante locuzione *“Gli Stati membri dovrebbero prevedere”*.

³ Cfr. altresì, nel 21° e nel 22° considerando della direttiva 2007/66/CE, le allineate locuzioni *“il diritto nazionale può prevedere”* e *“gli Stati membri possono consentire”*.

2. Avviso volontario per la trasparenza preventiva e stabilità del contratto nella trasposizione italiana della direttiva 2007/66/CE.

L'art. 121, comma 1, lett. a), c.p.a.⁴ annovera tra le "gravi violazioni"⁵, che conducono alla "inefficacia del contratto", "l'aggiudicazione definitiva ... senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice la gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana [a seconda che il contratto sia 'sopra' o 'sotto soglia']⁶, quando tale pubblicazione è prescritta" dal d. lgs. n. 163/2006. Tale previsione assorbe quella, subito dopo riportata sotto la lett. b)⁷, della "aggiudicazione definitiva ... avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti" (rispettivamente, dall'art. 57 e dall'art. 125 del d. lgs. n. 163/2006), allorché ciò "abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice la gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana" (a seconda che il contratto sia 'sopra' o 'sotto soglia'), pubblicazione invece "prescritta" dal d. lgs. n. 163/2006.

In simili evenienze, "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto ... precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire ... o opera in via retroattiva" (art. 121, comma 1, c.p.a.)⁸.

"Il contratto resta efficace ... qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti" (art. 121, comma 2, c.p.a.)⁹.

"Nei casi in cui ... il contratto sia considerato efficace [ai sensi dell'art. 121, comma 2, cit.] o l'inefficacia sia temporalmente limitata [ai sensi dell'art. 121, comma 1, cit.] si applicano le sanzioni alternative" di cui all'art. 123 c.p.a. (art. 121, comma 4, c.p.a.)¹⁰.

L'art. 121, comma 5, c.p.a. – che ricalca quasi alla lettera l'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi – prevede quanto segue:

"La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b) [inefficacia contrattuale quale sanzione dell'omessa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice la gara], non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

- a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice la gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

⁴ Che traspone l'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a), delle direttive ricorsi.

⁵ Sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva per violazioni "gravi", sia permesso il rinvio a L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 939-944.

⁶ Nel recepire la direttiva 2007/66/CE, il legislatore italiano ha sancito l'applicazione della disciplina anche agli appalti pubblici 'sotto soglia', agli appalti di servizi di cui all'Allegato II B al d. lgs. n. 163/2006 e alle concessioni di servizi (art. 30, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006).

⁷ Anch'essa traspone l'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a), delle direttive ricorsi.

⁸ L'art. 121, comma 1, c.p.a. traspone l'art. 2-*quinquies*, par. 2, delle direttive ricorsi.

⁹ L'art. 121, comma 2, c.p.a. traspone l'art. 2-*quinquies*, par. 3, delle direttive ricorsi.

¹⁰ Gli artt. 123 e 121, comma 4, c.p.a. traspongono gli artt. 2-*sexies* e 2-*quinquies*, par. 2 e 3, delle direttive ricorsi. Cfr., più ampiamente, L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 918 e 954-958.

- b) *abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'art. 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;*
- c) *il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)*".

L'art. 79-bis del d. lgs. n. 163/2006 – in perfetta coerenza con l'art. 3-bis delle direttive ricorsi – enumera le "informazioni" che devono essere contenute nell' "avviso volontario per la trasparenza preventiva":

- a) *denominazione e recapito della stazione appaltante;*
- b) *descrizione dell'oggetto del contratto;*
- c) *motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;*
- d) *denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva;*
- e) *se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.*

L'art. 122 c.p.a. (rubricato "Inefficacia del contratto negli altri casi")¹¹ prevede che, "fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1 ["Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni"] ... il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta"¹².

3. Una vicenda italiana maturata a fine 2011.

Nel marzo 2012 – dopo un vano preavviso di ricorso¹³ di fine febbraio 2012 – Fastweb S.p.A. ha impugnato l'aggiudicazione, da parte del Ministero dell'Interno e a favore di Telecom Italia S.p.A., di un accordo-quadro, della durata di 7 anni, avente ad oggetto servizi di "comunicazione elettronica" del valore di 521.500.000 euro, in esito ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ex art. 57, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 163/2006 (erano state addotte "ragioni di natura tecnica" tali da rendere il contratto suscettibile di affidamento "unicamente ad un operatore determinato": Telecom Italia S.p.A.).

In data 15 dicembre 2011 Telecom Italia S.p.A. ha rappresentato al Ministero dell'Interno la scadenza imminente (31 dicembre 2011) del contratto in essere, perfezionato nel 2003, relativo a servizi di "comunicazione elettronica". In pari data il Ministero dell'Interno ha: a) adottato una determinazione che

¹¹ L'art. 122 c.p.a. costituisce attuazione del margine di scelta affidato agli Stati membri dall'art. 2, par. 7, delle direttive ricorsi.

¹² Sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva per (tutte) le (residuali) violazioni diverse da quelle (tassativamente definite come) "gravi", si rimanda nuovamente a L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 949-953.

¹³ Ex art. 243-bis del d. lgs. n. 163/2006.

individuava Telecom Italia S.p.A. “quale *partner* tecnologico e fornitore”; b) chiesto un parere, in punto di legittimità, all’Avvocatura generale dello Stato; c) spedito alla G.U.U.E. un avviso volontario per la trasparenza preventiva.

Il parere – facoltativo e favorevole – dell’Avvocatura generale dello Stato è pervenuto il 20 dicembre 2011, data in cui l’avviso volontario per la trasparenza preventiva è stato pubblicato in G.U.U.E. Ricevuto il parere, il Ministero dell’Interno, in data 22 dicembre 2011, ha adottato una determinazione sostitutiva di quella del 15 dicembre 2011, con cui ha confermato l’individuazione di Telecom Italia S.p.A. quale operatore con cui negoziare l’affidamento del servizio e l’ha invitata alla negoziazione per il 23 dicembre 2011, data in cui – se non si è male ricostruita l’intricata vicenda – è stata disposta l’aggiudicazione definitiva. Il 31 dicembre 2011, quindi, è stato sottoscritto l’accordo-quadro.

Infine, in data 13 febbraio 2012 il Ministero dell’Interno ha spedito l’avviso di aggiudicazione definitiva dell’appalto, pubblicato in G.U.U.E. il 16 febbraio 2012¹⁴.

TAR Lazio, Roma, Sez. I-ter, 1 giugno 2012, n. 4997 ha annullato l’aggiudicazione definitiva, ritenendo indimostrate le “*ragioni tecniche*” addotte a fondamento dell’affidamento diretto. Anche sulla scorta di una relazione tecnica corredata da corposa documentazione – depositata in giudizio dal Ministero dell’Interno in ottemperanza ad un’ordinanza istruttoria (n. 3095 del 3 aprile 2012, recante richiesta di documentati chiarimenti) emessa a valle della camera di consiglio in cui la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare – il TAR Lazio ha ritenuto che i “*dati*” rappresentati dall’Amministrazione resistente non integrassero quelle “*ragioni tecniche*” che, sole, fanno sì che “*il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato*”, quanto piuttosto “*ragioni di opportunità e difficoltà che potrebbero derivare dall’affidamento dei servizi ad operatori economici diversi da Telecom*” (punto 4 del “Diritto” della sentenza n. 4997/2012 cit.).

Per quel che riguarda la sorte del contratto¹⁵, il TAR ha constatato il rispetto della “*procedura*” delineata dall’art. 121, comma 5, c.p.a., ritenendo di prescindere dalla circostanza che, nella specie, l’aggiudicazione definitiva (23 dicembre 2011) fosse successiva alla pubblicazione dell’avviso volontario per la trasparenza *ex ante* (20 dicembre 2011), poiché quest’ultimo avviso recava comunque l’indicazione del fornitore (Telecom Italia S.p.A.) individuato dall’Amministrazione (fin dal 15 dicembre 2011), così pienamente appagando la *ratio* sottesa alla pubblicazione volontaria e al susseguente obbligo di *stanstill*.

Ma – a dire del TAR – il fatto che l’accordo-quadro datato 31 dicembre 2011 “*non ‘debba’ essere dichiarato inefficace ex art. 121 c.p.a. non significa che lo stesso non ‘possa’ essere dichiarato tale ai sensi dell’art. 122*

¹⁴ Ex art. 65 del d. lgs. n. 163/2006.

Il ricorso di Fastweb S.p.A. è stato proposto nei “*trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell’avviso di aggiudicazione definitiva*” di cui all’art. 65 del d. lgs. n. 163/2006. Tale termine è fissato dall’art. 120, comma 2, c.p.a., “*a condizione che*” l’avviso di aggiudicazione definitiva “*contenga la motivazione dell’atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando*”. Diversamente – in mancanza di pubblicazione di tale avviso o di enunciazione, nello stesso, delle ragioni alla base dell’affidamento diretto – il termine per la notifica del ricorso è pari a “*sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto*” (art. 120, comma 2, c.p.a.). Dette previsioni derivano dalla trasposizione dell’art. 2-septies, par. 1, delle direttive ricorsi, ove si stabiliscono sia “*un termine di almeno trenta giorni*” decorrenti dalla pubblicazione dell’avviso di aggiudicazione definitiva contenente la motivazione della decisione di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando (lett. a, primo trattino), sia “*un periodo di almeno sei mesi a decorrere*” dalla “*data di stipula del contratto*” (lett. b).

¹⁵ Fastweb S.p.A. aveva, nella specie, formulato espressa domanda di dichiarazione d’inefficacia del contratto. Non si era pertanto posto, nella specie, il delicato problema della sua necessità o meno, in presenza di violazioni “*gravi*”, su cui cfr. L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 967-968.

c.p.a.” (rubricato “*Inefficacia del contratto negli altri casi*”, dove gli “*altri casi*” sono quelli – generali e residuali – diversi dai tassativi “*casi di gravi violazioni*” di cui all’art. 121, comma 1, cit.).

Il TAR ha così dichiarato inefficace il settennale accordo-quadro¹⁶ con decorrenza 31 dicembre 2013, “*tenendo conto dei tempi e dei profili tecnici necessari per espletare una procedura selettiva nel caso di specie e di tutte le esigenze dell’Amministrazione ... con particolare riferimento alla necessità di non interrompere i delicati servizi oggetto di affidamento e di prevedere tempi adeguati per garantire una eventuale migrazione degli stessi ad altro fornitore*” (punto 6 del “Diritto” della sentenza n. 4997/2012 cit.).

Nell’estate del 2012 il Ministero dell’Interno e Telecom Italia S.p.A. hanno interposto ricorsi in appello, insistendo:

- a) per la consistenza delle “*ragioni tecniche*” addotte a giustificazione dell’affidamento diretto;
- b) in ogni caso, per la perdurante efficacia del contratto, in considerazione dell’avvenuto rispetto, nella specie, della “*procedura*” di cui all’art. 121, comma 5, c.p.a. e della non pertinenza – versandosi in uno dei tassativi “*casi di gravi violazioni*” – dell’art. 122 c.p.a.

Con sentenza parziale 8 gennaio 2013, n. 26, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha confermato il capo della sentenza di prime cure recante la statuizione di annullamento dell’aggiudicazione a favore di Telecom Italia S.p.A., rigettando *in parte qua* gli appelli: dagli atti di causa emergeva “*non già un’oggettiva impossibilità di affidare i medesimi servizi ad operatori economici diversi*” da Telecom, quanto “*l’asserita inopportunità*” e difficoltà tecnica di tale soluzione.

4. Approdo della vicenda italiana, ad inizio 2013, alla Corte di Giustizia europea: questione d’interpretazione e di validità dell’art. 2-quinquies, par. 4, delle direttive ricorsi (disposizione relativa all’avviso volontario per la trasparenza preventiva).

Con ordinanza¹⁷ 7 gennaio 2013, n. 25¹⁸, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia europea:

- a) la seguente **questione pregiudiziale interpretativa** dell’art. 2-quinquies, par. 4, delle direttive ricorsi: “*Dica la Corte di Giustizia se l’art. 2-quinquies, par. 4 ... 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*

¹⁶ Aderendo – stando a quel che si legge nella sentenza n. 4997/2012 cit. (punto 6 del “Diritto”) – alla tesi secondo cui l’interesse strumentale alla riedizione della gara (o, come nella specie, all’indizione di una gara a seguito dell’annullamento di un affidamento diretto) prelude, senz’altro o quanto meno in linea di principio, all’inefficacia del contratto (già stipulato in esito alla precedente gara o, come nella specie, in esito all’illegittimo affidamento diretto). Tesi non condivisibile – al pari di quella, antitetica, che nega *a priori* l’inefficacia contrattuale ad un ricorrente portatore in giudizio di un interesse a ricorrere di tipo strumentale – per le ragioni che si leggono in L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 950-951, nota 103.

¹⁷ Adottata, al pari della coeva sentenza n. 26/2013 cit., in esito alla camera di consiglio del 14 dicembre 2012.

¹⁸ In *Urb. app.*, 2013, 696, con nota di M.L. BECCARIA, *Inefficacia del contratto affidato senza bando: la parola alla Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 729, con nota di N. BASSI, *L’inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*; in *Corr. giur.*, 2013, 511, con nota di V. CARBONE, *Tramonto della scelta dell’appaltatore senza gara: ma il contratto resiste?*

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”;

- b) *“in via subordinata”*, e cioè nel caso di risposta positiva al quesito interpretativo¹⁹, la seguente **questione pregiudiziale di validità** dell'art. 2-quinquies, par. 4: *“Dica la Corte di Giustizia se l'art. 2-quinquies, par. 4 ... - ove interpretato nel senso di escludere la possibilità che a norma del diritto nazionale (art. 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'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”*²⁰²¹.

E' preliminarmente utile un riepilogo del materiale normativo rilevante.

Da un lato, il 13° e il 14° considerando della direttiva 2007/66/CE, secondo cui gli *“affidamenti diretti illegittimi”* costituiscono, *“secondo la Corte di giustizia”*, *“la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici”*, ragion per cui – in un'ottica di contrasto mediante *“sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive”* – *“un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto”*, che è d'altra parte *“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”*. Entro queste coordinate si colloca l'art. 2-quinquies, par. 1, lett. a), delle direttive ricorsi – sulla (tendenzialmente necessaria) *“privazione di effetti”* del contratto che scaturisce da un affidamento diretto illegittimo – trasposto nel diritto nazionale con l'art. 121, comma 1, lett. a) e b), c.p.a.

¹⁹ Il *“punto di vista”* della Terza Sezione del Consiglio di Stato, espresso ai sensi del par. 23 delle Istruzioni della Corte di giustizia 160/01 del 2011, è nel senso che *“dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione (della direttiva) che permetta, nel diritto nazionale, di ricomprendere nel novero delle violazioni ‘minori’, ovvero degli ‘altri casi’ di cui all'art. 122 del codice del processo amministrativo, l'ipotesi in cui l'affidamento diretto del contratto senza previa pubblicazione del bando sia stata preceduta dalla pubblicazione dell'avviso di trasparenza preventiva. Detto in altri termini, l'impossibilità di dichiarare il contratto inefficace ai sensi dell'art. 121 non dovrebbe impedire di disporre l'inefficacia ai sensi dell'art. 122, ove ne ricorrano le condizioni”*. E ciò anche argomentando dal 20° considerando della direttiva 2007/66/CE, a mente del quale *“la presente direttiva non dovrebbe escludere l'applicazione di sanzioni più rigorose a norma del diritto nazionale”*. Al netto dell'accento al 20° considerando, il *“punto di vista”* della Terza Sezione del Consiglio di Stato coincide *in toto* con quello già manifestato, senza rivolgersi al giudice europeo, da TAR Lazio, Roma, Sez. I-ter, n. 4997/2012 cit.

²⁰ Il *“punto di vista”* della Terza Sezione del Consiglio di Stato è nel senso che *“si possa dubitare che l'art. 2-quinquies, par. 4... – ove interpretato nel senso di un divieto assoluto e indistinto di privare di effetti il contratto frutto di un illegittimo affidamento senza gara – sia conforme ai principi di parità delle parti, non discriminazione e concorrenza, principi che trovano il loro fondamento nella libertà di circolazione delle merci, nella libertà di stabilimento e nella libertà di circolazione dei servizi ... Si dubita inoltre che tale soluzione assicuri una tutela davvero effettiva agli operatori economici i cui diritti e le cui libertà siano stati violati, in quanto la sola tutela risarcitoria per equivalente può non essere sufficiente a riparare la violazione subita e a prevenire che la stessa violazione sia reiterata in futuro, attraverso nuovi affidamenti diretti”*.

²¹ L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è richiamato dal 36° considerando della direttiva 2007/66/CE, ove si legge che quest'ultima *“rispetta i diritti fondamentali ... riconosciuti ... nella Carta”* e *“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”*.

Dall'altro lato, il 26° considerando della direttiva 2007/66/CE, secondo cui “*per evitare l'incertezza giuridica che può derivare dalla privazione di effetti, gli Stati membri dovrebbero prevedere*”²² una deroga diretta ad escludere ogni profilo di privazione di effetti anche nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice ... considera che l'aggiudicazione mediante affidamento diretto ... sia consentita ... e ha applicato un termine sospensivo minimo che consente mezzi di ricorso efficaci”, decorrente da una “*pubblicazione volontaria*”. In questo quadro s'inserisce l'art. 2-*quinqüies*, par. 4, delle direttive ricorsi, secondo cui “*gli Stati membri prevedono*”²³ che il paragrafo 1, lettera a) [*id est*, l'inefficacia tendenzialmente necessaria del contratto risultante da un affidamento diretto illegittimo] *non si applichi quando*” la stazione appaltante ha seguito l'iter ivi contemplato, incentrato sulla pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva e sul rispetto del termine dilatorio di almeno 10 giorni ai fini della stipula del contratto. Per la trasposizione nel diritto nazionale, cfr. il più volte menzionato art. 121, comma 5, c.p.a.

Quando la vicenda processuale sopra descritta era pervenuta, al principio del 2013, sulla soglia della Corte di Giustizia europea, *ivi* rimessa da Cons. Stato, Sez. III, ord. n. 25/2013 cit., chi scrive – imbattutosi nella specifica tematica sia pure nel quadro di un ben più vasto contributo – aveva svolto le seguenti considerazioni²⁴:

- quanto alla **questione pregiudiziale interpretativa**, vero è che può provocare qualche disagio l'idea che una violazione così grave come l'affidamento diretto illegittimo non sia mai sanzionabile con l'inefficacia del contratto, sol che la stazione appaltante abbia fornito, mediante l'avviso volontario per la trasparenza preventiva, una pubblicità ritenuta equipollente e rispettato un termine dilatorio ai fini della stipula del contratto. Non di meno così stabilisce, a chiarissime lettere, una direttiva che dimostra, una volta in più, di avere a cuore tanto la stabilità dei contratti quanto la tutela piena del ricorrente²⁵;
- per quel che riguarda la **questione pregiudiziale di validità**, chi scrive si sottraeva ben volentieri all'opinabilità della sua soluzione, non senza aver osservato che, ai sensi del suo 20° considerando²⁶, la direttiva 2007/66/CE “*non dovrebbe escludere l'applicazione di sanzioni più rigorose a norma del diritto nazionale*”²⁷, ma non pare davvero – leggendo gli artt. 121, comma 5, e 122 c.p.a. – che il legislatore italiano si sia così orientato²⁸, riconducendo i contratti scaturenti da affidamenti diretti illegittimi e nel contempo rispettosi della “*procedura*” di cui all'art. 121, comma

²² “*Dovrebbero prevedere*” – si badi – e non “*possono*” prevedere, com'è scritto, invece, nel 21° e nel 22° considerando della direttiva 2007/66/CE a proposito, rispettivamente, di inefficacia contrattuale *ex tunc* o *ex nunc* e di conservazione dell'efficacia contrattuale in ragione di esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

²³ “*Prevedono*” – si badi – e non “*possono*” prevedere: formula, quest'ultima, che designa una facoltà, anziché un obbligo, e che è ad altri fini utilizzata all'interno dello stesso art. 2-*quinqüies* delle direttive ricorsi: se ne vedano i par. 2 e 3.

²⁴ L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 947-948.

²⁵ E, segnatamente, di privilegiare la stabilità del contratto qualora non sia stato pregiudicato, per il tramite dell'osservanza di appositi termini dilatori, il diritto al ricorso prima della sua sottoscrizione: così N. BASSI, *L'inefficacia*, cit., 733.

²⁶ Ispirato dal principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, a sua volta richiamato dal 34° considerando della stessa direttiva 2007/66/CE.

²⁷ Secondo N. BASSI, *L'inefficacia*, cit., 735 l'esclusione dell'obbligo di privazione di effetti, da parte del legislatore europeo, non si presta ad essere inteso come implicito divieto per il legislatore nazionale.

²⁸ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 739 correttamente esclude sia l'inefficacia (tendenzialmente) necessaria, sia quella eventuale: le perplessità che a prima vista potrebbero derivarne sono ingiustificate perché “le violazioni più gravi, nell'ottica della direttiva, non sono quelle che si discostano maggiormente dal paradigma normativo ... sibbene quelle che impediscono una tempestiva reazione da parte degli interessati”, e cioè “quelle che consentono la stipulazione del contratto senza che possa essere attivato un possibile intervento inibitorio ... da parte del giudice”.

5, cit. nell'area dell'inefficacia eventuale di cui all'art. 122 cit.²⁹. Ma tale problematica – si concludeva – è, con ogni evidenza, squisitamente domestica³⁰.

5. Le Conclusioni dell'Avvocato generale, presentate il 10 aprile 2014 nella causa C.19/13: il suggerimento di un'interpretazione tanto creativa quanto capace di fugare qualsiasi perplessità intorno alla validità dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi.

Nella causa C-19/13, cui ha dato vita il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, il 10 aprile 2014 sono state presentate le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot.

Quest'ultimo ha esaminato *“congiuntamente le due questioni [interpretativa e di validità] poste dal Consiglio di Stato”* (punto 38 delle Conclusioni)³¹ e suggerito un'interpretazione dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, tanto creativa quanto capace di fugare qualsiasi perplessità intorno alla sua validità.

Questi i punti salienti del suo ragionamento:

- a) l'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi introduce una *“eccezione alla regola”* o al *“principio”* della *“privazione di effetti”* di cui all'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a), delle direttive ricorsi (punti 4, 54 e 57 delle Conclusioni);
- b) i *“termini imperativi”* adoperati dal legislatore dell'Unione e la *“assenza di qualsiasi altra indicazione nel testo”* inducono a ritenere che l'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi non consenta agli Stati membri *“di applicare una sanzione più rigorosa ai sensi del considerando 20 della direttiva 2007/66/CE e, in particolare, di pronunciare la privazione di effetti del contratto”*, allorché sia stata osservata la procedura *ivi* delineata (punti 58-59 delle Conclusioni)³²;
- c) laddove – in esito al *“controllo giurisdizionale”* del *“comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice”* e, in particolare, della sua aderenza o meno al canone della *“buona fede”* (punto 80 delle Conclusioni) – il giudice nazionale constati che *“l'errore ... in cui è incorsa l'amministrazione è scusabile, dato che quest'ultima si è dimostrata in buona fede”*³³, è allora *“tenuto a conservare gli*

²⁹ Soluzione, quest'ultima, cui sarebbe vano opporre il tenore imperativo dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit. o la sua collocazione al di fuori della regola generale che affida agli Stati membri la determinazione delle conseguenze sul contratto dell'esercizio dei poteri decisorii del giudice nazionale (art. 2, par. 7, delle direttive ricorsi), perché, a questa stregua, la facoltà degli Stati di forgiare sanzioni più rigorose smarrirebbe ogni significato, riducendosi ad un'inutile duplice delle disposizioni della direttiva 2007/66/CE che, muovendosi sul versante sanzionatorio, lasciano agli Stati più o meno consistenti margini di manovra.

³⁰ E così si perveniva, ancorché sulla scorta di un sentiero argomentativo sensibilmente diverso, alla stessa conclusione di N. BASSI, *L'inefficacia*, cit., 734, e cioè che le questioni pregiudiziali apparivano mal poste.

³¹ Si legge nel punto 39 delle Conclusioni che con le due questioni, esaminate *“congiuntamente”* (punto 38 delle Conclusioni), il Consiglio di Stato *“chiede alla Corte, in sostanza, se, ai sensi dell'articolo 2-quinquies, paragrafo 4 ... letto alla luce del principio della parità di trattamento e del diritto ad un ricorso effettivo, il giudice nazionale sia tenuto, a prescindere dalle circostanze, a conservare gli effetti di un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando, quando l'amministrazione aggiudicatrice”* abbia rispettato l'iter dall'anzidetta disposizione delineato. Si vedrà, a breve, la centralità dell'inciso *“a prescindere dalle circostanze”*, nell'economia delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

³² A più riprese l'Avvocato generale discorre di *“tre condizioni”* – *“cumulative”* – da soddisfare (cfr., ad esempio, i punti 56, 58, 61, 62, 67, 68 e 80 delle Conclusioni): ma si tratta, a ben vedere, di una sequenza – logica e cronologica – di tre passaggi, il cui perfezionamento determina, quale conseguenza giuridica, la conservazione degli effetti del contratto ad onta del suo illegittimo affidamento diretto.

³³ Viene in rilievo *“il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice”* e la sua aderenza o meno al canone della *“buona fede”* (intesa nella sua accezione oggettiva, e cioè alla stregua di correttezza) e non – come talvolta si trova

- effetti del contratto*”, “in modo da preservare l’equilibrio perseguito fra gli interessi delle diverse parti” (punto 87 delle Conclusioni), senza peraltro adottare alcuna sanzione alternativa di cui all’art. 2-sexies delle direttive ricorsi (punti 88-90 delle Conclusioni);
- d) laddove, per contro, il giudice nazionale ritenga che l’errore in cui è incorsa l’amministrazione “*non sia scusabile*”, che “*l’amministrazione aggiudicatrice abbia deliberatamente e volontariamente violato le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale*”, è allora tenuto a privare il contratto dei suoi effetti. “*In tal caso, un siffatto inadempimento deve, evidentemente, essere sanzionato. Non esiste, infatti, alcun motivo legittimo [rectius: alcuna ragione plausibile] che giustifichi la conservazione degli effetti di un contratto la cui conclusione costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte, la violazione più grave della normativa sugli appalti pubblici*” (punto 92 delle Conclusioni). La doverosa negazione dell’efficacia contrattuale equivale “*a reintegrare nei suoi diritti l’operatore economico leso da tale atto fraudolento*” (punto 93 delle Conclusioni);
- e) nelle ipotesi di violazione “*deliberata e intenzionale*” (cfr. già il punto 16 delle Conclusioni) delle norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale, la (sanzione della) privazione di effetti incombe inesorabile, giacché, se così non fosse, “*l’amministrazione aggiudicatrice sarebbe libera di non rispettare le regole in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale previste dalla legge*³⁴, fatto salvo l’obbligo, eventualmente, di risarcire i danni all’operatore economico leso [secondo la tecnica della perdita di *chance*]. Orbene, un’interpretazione del genere comprometterebbe certamente gli obiettivi³⁵ che il legislatore dell’Unione ha inteso perseguire mediante l’adozione della direttiva 2007/66/CE” (punto 94 delle Conclusioni), poiché “*in una situazione in cui l’amministrazione aggiudicatrice ha manifestamente agito con l’intenzione di eludere le norme applicabili, solo la privazione di effetti del contratto consente di garantire una sanzione dissuasiva ed efficace*” (punto 95 delle Conclusioni) e, nel contempo, “*di ripristinare la concorrenza sul mercato*”, creando “*nuove opportunità commerciali per l’operatore economico che è stato illegittimamente privato della possibilità di competere*” (punto 96 delle Conclusioni)³⁶;

scritto per errore nelle Conclusioni – la legittimità o meno dell’affidamento diretto (cfr. i punti 80 e 102 delle Conclusioni): invero, senza illegittimità dell’affidamento diretto neppure si aprirebbe il varco per discutere di sorte del contratto.

³⁴ Nel punto 71 delle Conclusioni si discorre di rispetto dell’obbligo di messa in gara del contratto come “*condizione meramente potestativa*” e, per conseguenza, di “*tutela giuridica dell’operatore economico leso*” strutturalmente “*viziata*”: scenario nel quale – si legge nel punto 73 delle Conclusioni – “*manifestamente vi è un paradosso*”. Pure nel punto 75 delle Conclusioni si allude ad un rischio di abuso del diritto da parte delle Amministrazioni, attratte verso repentini affidamenti diretti illegittimi dalla invitante prospettiva, “*espletando formalità minime ed esponendosi ad una sanzione minima*” (eventuale risarcimento dei danni per perdita di *chance*), della conservazione dell’efficacia dei relativi contratti.

³⁵ Obiettivi cui quali si soffermano i punti da 41 a 44 delle Conclusioni: parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza (che dalla parità e dal divieto di favoritismi deriva), a loro volta strumentali alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi nell’Unione europea. Gli anzidetti obiettivi si traducono in obblighi in capo alle stazioni appaltanti e da tali obblighi derivano, in capo agli operatori economici, diritti che devono poter costituire l’oggetto di una tutela giurisdizionale effettiva da parte del giudice nazionale, investito di poteri decisori tali da assicurare la piena efficacia delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici.

³⁶ Già nel punto 40 delle Conclusioni l’Avvocato generale aveva decisamente respinto l’ “*automatismo*” per cui, osservata la procedura di cui all’art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi, ne deriverebbe sempre e comunque – “*a prescindere dalle circostanze*” (cfr. il punto 39 delle Conclusioni) – il mantenimento degli effetti del contratto risultante da un affidamento diretto illegittimo, perché insostenibilmente elevato si rivelerebbe “*il rischio di compromettere l’effetto utile delle disposizioni introdotte dal legislatore dell’Unione nell’ambito della direttiva 2007/66/CE e di violare taluni principi fondamentali*”, quali la parità di trattamento, la non discriminazione, la trasparenza (che dalla parità e dal divieto di favoritismi deriva) e il diritto ad un ricorso effettivo.

- f) qualora la privazione di effetti receda al cospetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale (art. 2-*quinquies*, par. 3, delle direttive ricorsi) o sia temporalmente limitata alle sole prestazioni che rimangono da adempiere (art. 2-*quinquies*, par. 2, delle direttive ricorsi), s'impone l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 2-*sexies* delle direttive ricorsi (punti 98-99 delle Conclusioni);
- g) in conclusione, "*né la finalità*" delle direttive ricorsi come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, "*né la formulazione letterale del suo art. 2-quinquies ostano a che uno Stato membro riconosca*", in capo al giudice nazionale, il potere di privare di effetti un contratto originante da un affidamento diretto illegittimo, qualora tale giudice rilevi che l'amministrazione, nonostante la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva e il rispetto del termine sospensivo minimo di dieci giorni fra tale pubblicazione e la firma del contratto³⁷, "*ha violato in maniera deliberata e intenzionale le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale*" (punto 100 delle Conclusioni)³⁸;
- h) anzi, "*un'interpretazione del genere*" appare "*obbligatoria se si vuole garantire l'effetto utile*" delle direttive ricorsi "*e assicurare la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti all'operatore economico illegittimamente privato della possibilità di partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto*" (punto 101 delle Conclusioni);
- i) spetta al giudice nazionale accertare se, nel caso di specie, "*l'errore sia scusabile o se costituisca una violazione deliberata e intenzionale delle norme [in materia] di aggiudicazione degli appalti pubblici*" (punto 114 delle Conclusioni)³⁹.

6. La sentenza della Corte di Giustizia europea, Quinta Sezione, 11 settembre 2014, nella causa C-19/13: una decisione nel solco tracciato dalle Conclusioni dell'Avvocato generale.

La sentenza della Corte di Giustizia europea, Quinta Sezione, 11 settembre 2014, nella causa C-19/13 si colloca nel solco tracciato dalle Conclusioni dell'Avvocato generale. Questi gli snodi nei quali – principiando dalla **questione pregiudiziale interpretativa** – è compendiata la *ratio decidendi*:

- a) anche per la Corte di Giustizia, come per l'Avvocato generale (punti 4, 54 e 57 delle Conclusioni), l'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi introduce una "*eccezione alla regola della privazione di effetti*" di cui all'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a), delle direttive ricorsi (punti 39, 40 e 44 della sentenza). Aggiunge la Corte che l'eccezione deve essere bensì oggetto di interpretazione restrittiva, ma senza che tale interpretazione renda l'eccezione *tamquam non esset* (punto 40 della sentenza)⁴⁰;

³⁷ Il termine sospensivo minimo di dieci giorni, ai fini della firma del contratto, decorre dalla pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza *ex ante*, e non dalla "*aggiudicazione dell'appalto*", come talvolta si trova scritto, per errore, nelle Conclusioni (cfr., ad esempio, i punti 12 e 39).

³⁸ Si noti che un tale approdo era già stato anticipato fin dal punto 16 delle Conclusioni, ed *ivi* impropriamente presentato come "*presupposto*" di partenza.

³⁹ Quanto si legge nei punti 112 e 113 delle Conclusioni – a proposito della sorprendente "*cronologia dei fatti*" ("*e, segnatamente*", della "*rapidità con la quale l'appalto è stato aggiudicato*") e della potenziale disponibilità, da parte del Ministero dell'Interno, di "*consulenze giuridiche sufficientemente preparate per non incorrere in un errore*" simile a quello commesso – lascia trasparire l'opinione dell'Avvocato generale.

⁴⁰ Così si rintuzza la linea difensiva di Fastweb S.p.A., orientata nel senso che "*l'articolo 2-quinquies, paragrafo 4 ... 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*" (punto 41 della sentenza).

- b) anche per la Corte di Giustizia, come per l'Avvocato generale (punti 58 e 59 delle Conclusioni), non è consentito agli Stati membri – per il tramite del 20° considerando della direttiva 2007/66/CE – *“applicare una sanzione più rigorosa”* e, segnatamente, privare di effetti il contratto nonostante il rispetto della procedura di cui all'art. 2-*quinquies*, par. 4, delle direttive ricorsi. Mentre l'Avvocato generale procede dalla formulazione testuale (in *“termini imperativi”*) dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., la Corte di Giustizia valorizza l'art. 2, par. 7, delle direttive ricorsi, che collocherebbe le fattispecie di cui all'art. 2-*quinquies* cit. al di fuori della *“regola generale in base alla quale gli effetti dell'esercizio dei poteri”* decisi dal giudice nazionale *“sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto sono determinati dal diritto nazionale”* (punto 42 della sentenza);
- c) come già per l'Avvocato generale, pure per la Corte di Giustizia il giudice nazionale *“è tenuto a valutare se, allorché ha adottato la decisione di aggiudicare un appalto ... senza pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice ha agito con diligenza⁴¹ e se poteva ritenere [scusabilmente] che ricorressero effettivamente”* le ragioni giustificatrici dell'affidamento diretto (punto 50 della sentenza);
- d) *“se, in esito al proprio controllo”*, il giudice nazionale *“constata che non sussistono le condizioni previste all'articolo 2-quinquies, paragrafo 4⁴² ... 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”* e determinare *“le conseguenze della dichiarazione di privazione di effetti del contratto in forza dell'articolo 2-quinquies, paragrafo 2 ... conformemente al diritto nazionale”⁴³* (punto 52 della sentenza);
- e) *“per contro, qualora”* il giudice nazionale *“rilevi che sussistono le condizioni in parola [id est, che sono stati osservati i tre passaggi nei quali si articola la procedura di cui all'art. 2-quinquies, par. 4, cit.], esso è tenuto a conservare gli effetti del contratto”* (punto 53 della sentenza);
- f) *“si deve pertanto rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 2-quinquies, paragrafo 4 ... deve essere interpretato nel senso che, qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara ... quando ciò non era consentito ... 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 nazionale verificare”* (punto 54 della sentenza)⁴⁴;
- g) ma – ribadisce chi scrive, certo di opportunamente sottolineare un profilo decisivo – nell'accertare la sussistenza o meno della prima *“condizione”* (*id est*, del primo dei tre elementi costitutivi della fattispecie complessa di cui all'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit.), il giudice nazionale *“è tenuto a valutare se, allorché ha adottato la decisione di aggiudicare un appalto ... senza pubblicazione di un bando ... l'amministrazione ha agito con diligenza e se poteva ritenere [scusabilmente] che ricorressero effettivamente”* le ragioni giustificatrici dell'affidamento diretto (punto 50 della sentenza, che,

⁴¹ Già l'Avvocato generale, nel punto 80 delle sue Conclusioni, si era riferito, accanto alla *“buona fede”*, alla *“necessaria diligenza”*.

⁴² Come già l'Avvocato generale (cfr. la precedente nota 31), anche la Corte di Giustizia discorre a più riprese di *“condizioni”* sancite dall'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., da soddisfare affinché sia conservata l'efficacia contrattuale (cfr. i punti 45, 46, 47, 52 e 53 della sentenza). Più che di condizioni (cumulative), si tratta però di una sequenza – logica e cronologica – di tre *steps*, la cui maturazione produce la conseguenza giuridica del mantenimento dell'efficacia del contratto a dispetto del suo illegittimo affidamento diretto.

⁴³ Con maggior impegno esplicativo: dichiara l'inefficacia del contratto *ex tunc* o *ex nunc*, in conformità a quanto al riguardo previsto dal diritto nazionale.

⁴⁴ Diversamente dall'Avvocato generale (cfr. i punti 112 e 113 delle sue Conclusioni), la Corte di Giustizia non si sbilancia in ordine alle verifiche di competenza del giudice nazionale.

integrando il responso contenuto nel già menzionato punto 54, racchiude l'intima *ratio decidendi*)⁴⁵.

Quanto, poi, alla **questione pregiudiziale di validità**, così è sintetizzabile la risposta offerta dalla Corte di Giustizia europea:

- a) *“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 ad 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”* (punto 58 della sentenza, ove si richiama la sentenza *Pelati*, C-603/10, EU:C:2012:639, punto 30, e la giurisprudenza *ivi* citata);
- b) *“una tutela giurisdizionale effettiva impone ... 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”* (punto 60 della sentenza, ove si richiamano *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);
- c) l'art. 2-*quinqüies*, par. 4, cit., prevedendo la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza *ex ante*, *“garantisce la trasparenza dell'aggiudicazione di un appalto”*, poiché *“tutti i candidati potenzialmente interessati”* sono messi *“in condizione di venire a conoscenza della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di affidare l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara. Inoltre ... 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”* (punto 61 della sentenza);
- d) *“anche quando il termine”* sospensivo minimo *“di almeno dieci giorni ... sia trascorso, gli operatori lesi possono proporre ricorso per risarcimento dei danni”* (punto 62 della sentenza);
- e) *“occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che dal suo esame non sono emersi elementi atti a inficiare la validità dell'articolo 2-*quinqüies*, paragrafo 4”* delle direttive ricorsi (punto 66 della sentenza).

7. Osservazioni critiche.

L'art. 2-*quinqüies*, par. 4, delle direttive ricorsi ha introdotto un'*eccezione* alla regola della negazione di efficacia ai contratti risultanti da affidamenti diretti illegittimi⁴⁶.

L'*eccezione*, in quanto tale, deve essere oggetto di un'interpretazione sì *restrittiva*, ma non al punto da divenire *abrogans* e rendere l'*eccezione* medesima *tamquam non esset*⁴⁷.

⁴⁵ Riecheggia, nel punto 50 della sentenza, quanto sostenuto dall'Avvocato generale, nell'ultimo periodo del punto 84 delle sue Conclusioni: *“l'articolo 2-*quinqüies*, paragrafo 4, primo trattino ... presuppone, ai fini della sua applicazione, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia agito in buona fede”*.

⁴⁶ Su ciò si concorda con le Conclusioni presentate dall'Avvocato generale nella causa C-19/13 (punti 4, 54 e 57) e con la sentenza dell'11 settembre 2014 (punti 39, 40 e 44).

⁴⁷ Su ciò si concorda con la sentenza dell'11 settembre 2014: cfr. il suo punto 40.

La disposizione delinea una “*procedura*” scandita da tre passaggi (decisione di aggiudicazione senza previo bando, pubblicazione di un avviso volontario in cui si manifesta l’intenzione di concludere il contratto, attesa di almeno dieci giorni per la stipula del contratto): il perfezionamento della *fattispecie complessa* determina, quale conseguenza giuridica, la conservazione dell’efficacia del contratto a dispetto del suo illegittimo affidamento diretto⁴⁸.

Premesso che, secondo ricevuti insegnamenti, l’obbligo è il vincolo giuridico di tenere un certo contegno nell’interesse altrui, mentre l’onere è la necessità pratica di tenere un certo comportamento per realizzare un interesse proprio, la stazione appaltante ha l’*onere* d’intraprendere (e perfezionare) la “*procedura*” in parola per assicurarsi il mantenimento degli effetti del contratto, quand’anche venisse giudizialmente appurata l’illegittimità del suo affidamento diretto⁴⁹.

Argomentando dal 20° considerando della direttiva 2007/66/CE – ispirato dal principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri (a sua volta richiamato dal 34° considerando della stessa direttiva 2007/66/CE) – il diritto nazionale ben potrebbe ricondurre i contratti frutto di affidamenti diretti illegittimi e tuttavia rispettosi della “*procedura*” di cui all’art. 121, comma 5, c.p.a. (che traspone l’art. 2-*quinquies*, par. 4, cit.)⁵⁰ nel perimetro dell’inefficacia eventuale di cui all’art. 122 c.p.a.

Soluzione, quest’ultima, cui non sarebbe utilmente opponibile il tenore imperativo dell’art. 2-*quinquies*, par. 4, cit.⁵¹, né la sua collocazione al di fuori della regola generale che affida agli Stati membri la determinazione delle ripercussioni sul contratto dell’esercizio dei poteri decisorii del giudice nazionale (art. 2, par. 7, delle direttive ricorsi)⁵², poiché, così ragionando, la facoltà degli Stati membri di prevedere “*sanzioni più rigorose*” finirebbe per smarrire ogni autonomo significato, riducendosi ad un inutile doppione delle disposizioni delle direttive ricorsi che, sul versante *lato sensu* sanzionatorio, rimettono agli Stati membri un qualche margine di manovra.

E’ sufficiente la lettura del chiarissimo dato testuale dell’art. 2-*quinquies*, par. 4, cit. per rendersi conto che **non è vero che**, nell’accertare la sussistenza del primo degli elementi costitutivi della fattispecie complessa ivi raffigurata (“*l’amministrazione aggiudicatrice ritiene che l’aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando ... sia consentita ...*”), “*il giudice è tenuto a valutare se, allorché ha adottato la decisione di aggiudicare un appalto facendo ricorso ad un procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, l’amministrazione aggiudicatrice ha agito con **diligenza** [id est, con buona fede intesa in senso oggettivo, come correttezza] e se poteva ritenere [si intende: scusabilmente] che ricorressero effettivamente*” le ragioni giustificatrici dell’affidamento diretto (così, invece, il punto 50 della sentenza, che, integrando il responso della Corte siccome declinato nel punto 54 della sentenza, contribuisce a rivelarne l’intima *ratio decidendi* e a precisarne l’esatta portata)⁵³.

⁴⁸ Il mantenimento dell’efficacia contrattuale dovrebbe comportare la sopravvenuta carenza d’interesse, in capo al ricorrente, ad ottenere l’annullamento dell’aggiudicazione definitiva: il già intervenuto accertamento dell’illegittimità di quest’ultima dovrebbe rilevare, allora, ai soli fini risarcitori, ai sensi dell’art. 34, comma 3, c.p.a.

⁴⁹ Impropriamente nel punto 78 delle Conclusioni dell’Avvocato generale si accenna ad un “*obbligo*”.

⁵⁰ Generalizzandone la portata anche in direzione di appalti ‘sotto soglia’, appalti di servizi di cui all’Allegato II B al d. lgs. n. 163/2006 e concessioni di servizi.

⁵¹ Così, invece, i punti 58 e 59 delle Conclusioni dell’Avvocato generale.

⁵² Così, invece, il punto 42 della sentenza dell’11 settembre 2014.

⁵³ Il punto 50 della sentenza dell’11 settembre 2014 – decisivo onde comprenderne intima *ratio decidendi* ed esatta portata – è la (estrema) sintesi di quanto ben più diffusamente illustrato nei punti da 60 a 101 delle Conclusioni dell’Avvocato generale.

Si tratta di un'interpretazione **inammissibilmente creativa**, che introduce nella disposizione l'alieno parametro della "*diligenza*" (intesa come buona fede in senso oggettivo) e scevera tra **errore scusabile**, frutto di un comportamento comunque **diligente**, ed **errore non scusabile**, corollario di un comportamento **negligente**, quando non di una violazione **deliberata e intenzionale** delle norme in materia di pubblicità e confronto concorrenziale.

Soltanto quando valuta scusabile l'errore in cui è incorsa l'amministrazione, il giudice è tenuto, in via d'*eccezione*, a conservare gli effetti del contratto, malgrado il suo illegittimo affidamento diretto. Per contro, quando reputa inescusabile l'errore in cui è incappata l'amministrazione, si ricade nella *regola generale* e il giudice è tenuto a privare il contratto dei suoi effetti, poiché diversamente risulterebbe compromesso l'effetto utile della direttiva 2007/66/CE.

Manipolando inammissibilmente l'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., la Corte di Giustizia europea ne riduce l'ambito applicativo ai soli **affidamenti diretti scusabilmente illegittimi**, e cioè scaturenti da **errori scusabili** da parte di amministrazioni che hanno **comunque agito con sufficiente diligenza**. Viceversa, esulano dall'*eccezione* di cui all'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., per ricadere nella *regola generale* di cui all'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. a), cit. (privazione di effetti), i contratti risultanti da **affidamenti diretti inescusabilmente illegittimi**, e cioè originanti da **errori inescusabili** da parte di amministrazioni che **non hanno agito con la necessaria diligenza** o, addirittura, che hanno violato **volontariamente e deliberatamente** le norme in materia di pubblicità e confronto concorrenziale.

E' un'interpretazione che **tradisce palesemente la cristallina lettera** dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit.⁵⁴: assecondando la sollecitazione dell'Avvocato generale, la Corte di Giustizia ha **travalicato il confine tra interpretazione e integrazione normativa**, caricando su di sé l'altrui ruolo di legislatore dell'Unione⁵⁵.

La ragione di tale forzatura – ben spiegata più nelle Conclusioni dell'Avvocato generale che non nella sentenza dell'11 settembre 2014 – risiede nell'evitare il *vulnus* che deriverebbe all'*effetto utile* della direttiva 2007/66/CE qualora si garantisse, per il tramite della pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva e del rispetto del correlato *standstill* (di almeno dieci giorni) ai fini della stipula contrattuale, la conservazione dell'efficacia di un contratto risultante da un affidamento diretto inescusabilmente o addirittura intenzionalmente illegittimo.

Ma in tanto un simile scenario è realisticamente ipotizzabile, in quanto si dubiti della coerenza dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit. con il diritto (degli operatori del settore interessati ad insorgere contro affidamenti diretti) ad una tutela giurisdizionale effettiva.

L'intimo legame tra la temuta attitudine dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., se inteso per quel che dice, a compromettere l'*effetto utile* della direttiva 2007/66/CE e la altrettanto temuta inidoneità dello schema basato sul binomio 'avviso volontario – *standstill period*' ad assicurare il diritto ad un ricorso effettivo,

⁵⁴ Stando al punto 84 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, Telecom S.p.A. "*ha illustrato in udienza l'idea secondo la quale l'articolo 2-quinquies, paragrafo 4, primo trattino ... non imporrebbe assolutamente all'amministrazione aggiudicatrice di agire in buona fede e con diligenza*": interpretazione respinta "*con fermezza*" dall'Avvocato generale, "*poiché la buona fede dell'amministrazione è connaturata alla sua funzione*". Ebbene, la "*buona fede*" (intesa nella sua accezione oggettiva, e cioè come correttezza) sarà pure "*connaturata*" alla "*funzione*" dell'Amministrazione, ma ciò **non autorizza ad inserirla, in via interpretativa, in una disposizione normativa che, a certi precisi fini, vuole chiaramente prescindere**.

⁵⁵ Ciò è avvenuto, peraltro, con l'adesione di Consiglio e Commissione, secondo quanto risulta nel punto 81 e nella nota 25 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, ove si rinvia al punto 33 delle osservazioni presentate dal Consiglio e al punto 48 di quelle presentate dalla Commissione.

emerge particolarmente dalle Conclusioni dell'Avvocato generale, che non a caso ha scelto di *“esaminare congiuntamente le due questioni poste dal Consiglio di Stato”*⁵⁶, dando un'interpretazione dell'art. 2-*quinqües*, par. 4, cit. tanto manipolativa (proprio *“alla luce del principio della parità di trattamento e del diritto ad un ricorso effettivo”*)⁵⁷, quanto capace di neutralizzare ogni perplessità in punto di sua validità.

Il timore è che l'art. 2-*quinqües*, par. 4, cit., se preso alla lettera, non garantisca un diritto ad un ricorso effettivo in capo agli operatori del settore interessati a reagire contro affidamenti diretti e, per questa via, finisca per nuocere all'*effetto utile* della direttiva 2007/66/CE. Di qui l'irresistibile attrazione verso una 'pseudo-interpretazione' che, sconfinando apertamente nell'integrazione del precetto, valga però a fugare ogni dubbio sul piano della validità – *sub specie* di coerenza con il diritto ad un ricorso effettivo e con i principi fondamentali alla cui soddisfazione è ordinata la direttiva 2007/66/CE – e, così, sul piano dell'idoneità ad assicurare l'*effetto utile* di quest'ultima direttiva, a sua volta funzionale, com'è noto, ad un'applicazione effettiva delle norme sostanziali relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il dissenso di chi scrive è netto. Vero è che – come si era già notato altrove⁵⁸ – può suscitare qualche imbarazzo l'idea che una violazione tanto grave come l'affidamento diretto illegittimo non sia mai sanzionabile con l'inefficacia del contratto, sol che la stazione appaltante abbia fornito, mediante l'avviso volontario per la trasparenza *ex ante*, una pubblicità ritenuta equipollente e rispettato un termine dilatorio (di almeno dieci giorni) ai fini della stipula del contratto. Tuttavia, proprio questo stabilisce, ***a chiarissime lettere***, l'art. 2-*quinqües*, par. 4, cit., che – con opzione nitida – ***privilegia la stabilità del contratto sull'implicito presupposto che non sia pregiudicato***, per il tramite del rispetto di uno *standstill period*, ***il diritto al ricorso prima della sigla del contratto***⁵⁹.

Si tratta, allora, di sottoporre a verifica quest'ultimo presupposto⁶⁰. Superando l'impulso quasi istintivo – che aveva preso il sopravvento ad una prima lettura di Cons. Stato, Sez. III, ord. n. 25/2013 cit.⁶¹ – di sottrarsi all'opinabilità di una questione pregiudiziale di validità la cui soluzione sembrava passare attraverso l'assegnazione, per molti versi arbitraria, di specifici contenuti al principio di effettività della tutela giurisdizionale, chi scrive - in esito ad un opportuno approfondimento – perviene alla seguente conclusione:

- a) la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva fa sì che tutti gli operatori del settore 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”* (punto 61 della sentenza dell'11 settembre 2014);
- b) il *“termine sospensivo di [almeno] dieci giorni”* pone gli interessati *“in grado di contestare in giudizio l'aggiudicazione di un appalto prima che il contratto sia concluso”* (punto 61 della citata sentenza) e, in particolare, di presentare domanda di provvedimenti cautelari prima di tale conclusione (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, richiamate nel punto 60 della citata sentenza dell'11 settembre 2014);

⁵⁶ Cfr. i punti 38 e 39 delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

⁵⁷ Cfr. il punto 39 delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

⁵⁸ L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 947.

⁵⁹ Così avrebbe dovuto essere risolta, ad avviso di chi scrive, la questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato.

⁶⁰ E, così, di trascorrere al modo in cui avrebbe dovuto essere risolta, sempre ad avviso di chi scrive, la questione pregiudiziale di validità sollevata dal Consiglio di Stato.

⁶¹ L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 947.

- c) la **ragionevolezza del termine sospensivo di almeno dieci giorni** (decorrenti dalla pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza *ex ante*)⁶² emerge, **senza dubbio**, dal raffronto con il "termine sospensivo" (c.d. *standstill* sostanziale) stabilito dall'art. 2-*bis* delle direttive ricorsi ai fini della stipula del contratto in esisto a procedure rette da bandi⁶³ e nelle quali competano due o più operatori: almeno **dieci o quindici giorni**, a seconda delle modalità di trasmissione adoperate dalla stazione appaltante⁶⁴, decorrenti dalla comunicazione della decisione di aggiudicazione dell'appalto ai concorrenti⁶⁵.

⁶² **Ragionevolezza** intesa – alla luce di una "costante [e ben nota] giurisprudenza" europea richiamata nel punto 58 della sentenza dell'11 settembre 2014 – nel senso che il termine è tale da non "rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione" e, segnatamente, tale da consentire di stigmatizzare giudizialmente l'aggiudicazione prima che il contratto sia concluso, ottenendo i pertinenti provvedimenti cautelari (ivi compresi, nel diritto processuale amministrativo italiano, quelli monocratici, *intra* o *ante causam*: artt. 56 e 61 c.p.a.).

⁶³ L'art. 2-*ter*, par. 1, lett. a), delle direttive ricorsi prevede che "gli Stati membri possono" derogare allo *standstill* sostanziale allorché le direttive non prescrivano "la previa pubblicazione di un bando". Dato che l'art. 11, comma 10-*bis*, del d. lgs. n. 163/2006 non reca una tale deroga, nel diritto italiano la linea di discriminare per l'applicazione dello *standstill* sostanziale non ruota intorno alla pubblicazione o meno del bando di gara, bensì alla presenza nella procedura di uno o più concorrenti: l'art. 11, comma 10, del d. lgs. n. 163/2006 (*standstill* sostanziale) trova così applicazione nelle procedure negoziate senza previo bando in cui competano due o più operatori; non trova applicazione, per contro, laddove vi sia un solo concorrente, quale che sia la tipologia di procedura indetta dalla stazione appaltante e quand'anche si tratti di procedura aperta o ristretta (cfr. art. 11, comma 10-*bis*, lett. a), del d. lgs. n. 163/2006).

⁶⁴ **Dieci giorni** – si badi – allorché il mezzo di comunicazione adoperato ("per fax o per via elettronica") implica contestualità tra invio e ricezione della "decisione di aggiudicazione dell'appalto"; e sempre **dieci giorni**, decorrenti dalla "data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto", quando "la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione" che non implicano la suddetta contestualità.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540, nel mettere un primo punto finale alla vicenda sopra illustrata, è pervenuto, attraverso un sentiero puramente processuale, ad esiti coincidenti con quelli cui si sarebbe, più linearmente, approdati se la Corte di Giustizia europea avesse abbracciato la soluzione delle questioni d'interpretazione e di validità dell'art. 2-*quinqies*, par. 4, cit. appena suggerita da chi scrive.

La Terza Sezione, con la citata sentenza n. 540/2015, ha ritenuto: a) "preclusa da un giudicato interno derivante dalla sentenza di primo grado" ogni "valutazione sulla sussistenza o meno delle condizioni previste" dall'art. 121, comma 5, c.p.a.; b) inesistente "l'obbligo di disapplicare norme [processuali] che prevedano l'intangibilità del giudicato interno persino nel caso in cui questo fosse contrario al diritto comunitario come interpretato da una sopravvenuta decisione della Corte (cfr. CGE, 10 luglio 2014, in C-213/13)".

Non è questa la sede per approfondire la questione se, nella specie, era ravvisabile o meno un capo della sentenza di primo grado recante accertamento della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 121, comma 5, c.p.a.: certo è che l'opinione positiva, sposata dalla Terza Sezione, è valsa a dirimere la controversia tradendo in parte il responso del giudice europeo, **come se** quest'ultimo non avesse richiesto al giudice nazionale uno scrutinio sull'aderenza o meno, al paradigma della buona fede, del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice all'atto di affidare direttamente il contratto, **come se** le questioni sottoposte al giudice europeo fossero state risolte nel senso suggerito da chi scrive, **come se** nella sentenza del giudice europeo non fosse scritto quel punto 50 che è invece decisivo onde apprezzarne intima *ratio decidendi* ed esatta portata. Nella soluzione del caso concreto resiste, al riparo del giudicato interno formatosi su un non appellato capo della sentenza di prime cure, un'interpretazione dell'art. 121, comma 5, cit. (corretta ma) disallineata da quella (inammissibilmente manipolativa) poi fornita dalla Corte di Giustizia all'art. 2-*quinqies*, par. 4, cit.

Siamo di fronte ad un altro (caso di scaltro) intervento 'ortopedico', da parte del Consiglio di Stato, a valle di una claudicante sentenza del giudice europeo? Il pensiero di chi scrive corre alle fin troppo note vicissitudini, negli anni 2013 e 2014, del ricorso incidentale nell'ambito dei giudizi amministrativi di primo grado, aventi ad oggetto procedure selettive.

Per completezza, si segnala che dalla lettura di Cons. Stato, Sez. III, n. 540/2015 cit. emerge che Fastweb S.p.A. ha fatto valere "pretese risarcitorie ... in conseguenza dell'accertata illegittimità dell'affidamento a Telecom", nell'ambito di un "autonomo giudizio instaurato presso il TAR del Lazio" (è da ritenere entro il termine di decadenza di 120 giorni

Vero è che, ai sensi del suo 20° considerando, la direttiva 2007/66/CE “non dovrebbe escludere l’applicazione di sanzioni più rigorose a norma del diritto nazionale”, ma onestamente non pare – leggendo gli artt. 121, comma 5, e 122 c.p.a. – che il legislatore italiano si sia mosso in tale direzione, allocando i contratti risultanti da affidamenti diretti illegittimi e nel contempo rispettosi della “procedura” di cui all’art. 121, comma 5, cit. nell’orbita dell’inefficacia eventuale di cui all’art. 122 cit.

Tale problematica è però – come si era già constatato a suo tempo⁶⁶ – squisitamente domestica. Anzi, può ora osservarsi che la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia europea – non condivisibile in sé e laddove nega ai legislatori nazionali la facoltà di sanzionare(in qualche misura) con l’inefficacia contratti scaturenti da affidamenti diretti (illegittimi e nel contempo) rispettosi della “procedura” di cui all’art. 121, comma 5, cit. – costituisce esito cui avrebbe potuto semmai pervenire il legislatore italiano, in sede di trasposizione della direttiva 2007/66/CE.

LUCA BERTONAZZI

decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza parziale del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 26/2013 cit., ai sensi dell’art. 30, comma 5, c.p.a.).

⁶⁶ L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, cit., 948.