



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

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 1 di A.P. del 2018, proposto dal Ministero dell'Interno, in persona del Ministro in carica rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio legale in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***contro***

la Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Stella Richter, Gianluigi Tosato e Renzo Ristuccia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Stella Richter in Roma, viale Giuseppe Mazzini, n. 11;

***nei confronti***

della Telecom S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo Studio LCA in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, n. 47;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, Sezione I-ter, n. 14391/2015, resa tra le parti e concernente: risarcimento danni per equivalente per la mancata indizione di una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di comunicazione elettronica del Ministero dell'Interno;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fastweb S.p.A e Telecom S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2018, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, l'avvocato dello Stato Varrone e gli avvocati Ristuccia, Tosato e Zampetti, quest'ultimo per delega dell'avvocato Cardarelli;

1. In vista della scadenza della precedente convenzione già intercorsa sin dal 2003 tra il Ministero dell'Interno e la Telecom S.p.A., il Ministero con determinazioni del 15 e 22 dicembre 2011 aveva affidato in via diretta all'affidataria uscente, con procedura negoziata e senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lettera b), d.lgs. n. 163/2006, i servizi di comunicazione elettronica e relative forniture complementari su tutto il territorio nazionale destinati al dipartimento di Pubblica Sicurezza ed all'Arma dei Carabinieri, per un periodo di sette anni e verso l'importo di euro 521.500.000,00. Il ricorso alla procedura negoziata era stato motivato da ragioni tecniche e attinenti alla tutela di diritti esclusivi, per cui il contratto avrebbe potuto essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato.

Prima dell'adozione della determinazione definitiva, il Ministero dell'Interno in data 20 dicembre 2011, acquisito il parere favorevole dell'Avvocatura generale dello Stato in ordine alla procedura prevista, aveva pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un avviso volontario di trasparenza preventiva ai sensi dell'art.

121, comma 5, lettera b), Cod. proc. amm. in cui aveva manifestato l'intenzione di concludere il contratto in parola con Telecom.

Il 31 dicembre 2011, dopo il decorso del termine dilatorio di cui all'art. 121, comma 5, lettera c), Cod. proc. amm., venne stipulata la convenzione-quadro.

1.1. Su ricorso dell'impresa Fastweb S.p.A., operatore del settore delle comunicazioni elettroniche che già alcuni mesi prima aveva segnalato al Ministero il proprio interesse all'affidamento del servizio, la procedura negoziata è stata annullata dal Tribunale amministrativo regionale per Lazio con la sentenza n. 4997/2012 sul rilievo che la motivazione posta a base dell'affidamento diretto verteva su ragioni di opportunità piuttosto che su ragioni tecniche. Il Tribunale amministrativo regionale ha, altresì, dichiarato l'inefficacia della convenzione a far tempo dal 31 dicembre 2013.

1.2. Tale sentenza è stata confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 26/2013 limitatamente alla statuizione di annullamento della procedura negoziale. Quanto, invece, alla declaratoria di inefficacia del contratto, il Consiglio di Stato con separata ordinanza ha sollevato questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* dinanzi alla Corte di giustizia UE sul quesito, se l'articolo 2-*quinquies*, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (recepita *in parte qua* dall'art. 121, comma 5, Cod. proc. amm.) 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/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per utilizzare tale procedura, tale disposizione escluda 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.

1.3. La Corte di giustizia, con la sentenza dell'11 settembre 2014 (nella causa rubricata *sub* C-19/13), ha risposto a tale questione in senso affermativo, dichiarando che l'articolo 2-*quinquies*, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE 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, tale disposizione esclude che il corrispondente contratto sia dichiarato privo di effetti laddove ricorrano le condizioni che essa stessa poneva, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulla seconda questione sollevata dal Consiglio di Stato – se, nell'ipotesi di risposta in senso affermativo alla prima questione, l'articolo 2-*quinquies*, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE sia valido alla luce del principio di non discriminazione e del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea –, la Corte ha risposto che il citato articolo della direttiva, nel prevedere la conservazione degli effetti del contratto in presenza dei presupposti ivi delineati, non era contrario agli obblighi derivanti dall'art. 47 della Carta, precisando, al punto 62. della sentenza, «*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*».

1.4. Riassunto il processo, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 540/2015, in parziale riforma della sentenza n. 4997/2012 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, respingeva la domanda di inefficacia del contratto, precisando espressamente che le ulteriori pretese risarcitorie, in conseguenza dell'accertata illegittimità dell'affidamento a Telecom, ormai da valutare per

equivalente, erano affidate all'autonomo giudizio instaurato nelle more dinanzi allo stesso Tribunale amministrativo regionale.

1.5. Nel separato giudizio risarcitorio, il Tribunale amministrativo regionale con la sentenza qui appellata (n. 14391/2015) ha accolto parzialmente la domanda risarcitoria, liquidando un importo di euro 10.430.000,00 (pari al 2% dell'importo della Convenzione), ritenendo che fosse stata lesa la *chance* di aggiudicazione della gara che l'Amministrazione avrebbe dovuto indire. Qualificava la perdita della *chance* non come mancato conseguimento di un risultato futuro possibile, bensì come sacrificio di un'occasione favorevole attualmente presente nel patrimonio dell'impresa ricorrente, escludendo di conseguenza, in reiezione della tesi difensiva propugnata dall'Amministrazione, che la ricorrente fosse tenuta a dimostrare la probabilità dell'aggiudicazione secondo una percentuale pari almeno al 50%.

1.6. Nel giudizio d'appello promosso avverso tale sentenza, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza non definitiva n. 118/2018 – previa declaratoria di inammissibilità della questione di giurisdizione sollevata dall'originaria controinteressata Telecom nella memoria di costituzione con appello incidentale, nonché previa reiezione del primo motivo dell'appello principale del Ministero, con il quale era stata censurata la statuizione che aveva ritenuto ammissibile la proposizione di autonoma e separata azione risarcitoria –, affrontando l'esame del secondo e del terzo motivo d'appello proposto nell'appello principale dal Ministero, provvedeva come segue:

(i) riteneva che l'esame della questione relativa alla consistenza della *chance* di aggiudicazione vantata da Fastweb nella presente vicenda contenziosa fosse prioritario rispetto all'esame della questione dell'astratta risarcibilità della *chance* di aggiudicazione, *«perché la questione dei limiti entro i quali è ammesso il risarcimento della chance non può essere affrontata in modo avulso, ed anzi è inevitabilmente condizionata fino alla*

*sua negazione, dalla dimostrazione che l'illegittimità dell'amministrazione ha inciso su un'inesistente o trascurabile di risultato utile per l'operatore economico asseritamente leso, sub specie di conseguimento della commessa pubblica» (v. così, testualmente, il punto V.2. della sentenza non definitiva);*

(ii) accertava la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'illegittimo ricorso alla procedura negoziale e la perdita della *chance* di aggiudicazione in capo a Fastweb (v., al riguardo, il punto V.15. della sentenza non definitiva, del seguente testuale tenore: *«Tutto ciò precisato, nel caso di specie un rapporto di causa ad effetto tra l'affidamento senza gara a Telecom Italia e la perdita della chance di aggiudicazione dello stesso vantata da Fastweb nell'eventuale procedura di gara, quale operatore economico del medesimo settore, appare ravvisabile sulla base del fatto che l'illegittimità del primo – ormai non più controvertibile – ha impedito all'originaria ricorrente di concorrere per lo stesso sulla base dei moduli dell'evidenza pubblica. Il profilo in questione è ormai dunque acclarato e non può ancora essere messo in discussione sulla base di diverse soluzioni, mai praticate dal Ministero dell'interno»*);

(iii) accertava indi, sulla base di una valutazione delle acquisite risultanze istruttorie – in particolare, dei chiarimenti resi dall'ANAC sulla richiesta istruttoria formulata con l'ordinanza collegiale n. 1851 del 20 aprile 2017, volta ad appurare se Fastweb fosse qualificata per svolgere i servizi oggetto della convenzione e se vi fossero altri operatori di settore titolati a partecipare ad una ipotetica procedura di gara per l'affidamento dei servizi oggetto della convenzione tra il Ministero dell'Interno e Telecom Italia –, *«la consistenza della chance di aggiudicazione mediante gara vantata da Fastweb nella misura del 20%, derivante dall'esistenza di cinque operatori qualificati nel mercato dei servizi di comunicazioni elettroniche per le pubbliche amministrazioni [...]»* (v. punto VI.1. della sentenza non definitiva);

(iv) in esito a tali accertamenti nella presente fase, esaminava l'ulteriore questione, oggetto del secondo motivo dell'appello principale e relativa all'astratta risarcibilità

della posizione giuridica fatta valere in giudizio, rilevando la sussistenza di un contrasto nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, nei seguenti termini:

a) secondo un primo orientamento, nell'ipotesi di illecito affidamento di un appalto senza gara va senz'altro riconosciuto il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore, sul rilievo che l'impossibilità di formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa mai svolta non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, sicché la *chance* va ristorata nella sua obiettiva consistenza a prescindere dalla verifica probabilistica sull'esito della gara.

b) secondo un altro indirizzo, invece, ai fini del risarcimento non è sufficiente la perdita dell'astratta possibilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi, ma occorre la prova della sussistenza, nel caso concreto, di un rilevante grado di probabilità di conseguirlo.

La Sezione ha quindi rimesso la controversia all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm., dinanzi alla quale la causa è stata discussa e trattenuta in decisione all'odierna pubblica udienza.

2. Ritiene l'Adunanza plenaria che la questione ad essa deferita dalla Quinta Sezione con la sentenza non definitiva n. 118/2018 non possa essere utilmente esaminata nell'ambito della presente controversia, ravvisandosi dunque l'opportunità di restituire gli atti alla Sezione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, Cod. proc. amm. [aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera o), d.lgs. n. 160/2012].

2.1. Assume, al riguardo, rilievo significativo il fatto che la questione rimessa all'Adunanza plenaria – quella, cioè, dell'opzione, tra “teoria ontologica” e “teoria eziologica” – non sembra aver riferimento soltanto al problema dell'astratta risarcibilità della *chance*, ma implica rilevanti conseguenze in ordine alla qualificazione della natura giuridica della figura, all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, all'accertamento dell'ingiustizia del danno e del nesso di

causalità, all'accertamento probatorio ed al grado di certezza con esso richiesto, alla determinazione della consistenza della situazione soggettiva vantata nei confronti del debitore, agli eventuali criteri di liquidazione del danno.

Ora, come risulta palese dalla lettura della sentenza non definitiva a cui accede l'ordinanza di rimessione, la Quinta Sezione sembrerebbe essersi già pronunciata su diversi dei profili sopra cennati, quali la sussistenza del nesso di causalità tra il comportamento dell'amministrazione – l'affidamento del contratto senza gara – e la perdita di *chance*, l'esistenza e la consistenza, anche ai fini risarcitori, della *chance* di aggiudicazione e le connesse valutazioni legate al profilo probatorio. Potrebbero, in tal modo, essere stati toccati profili attinenti, in ultima analisi, alla determinazione stessa della natura giuridica della perdita di *chance*, nonché al danno risarcibile.

In particolare, la fissazione con sentenza della consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara di Fastweb nella misura del 20%, da una parte potrebbe far ritenere in qualche modo già effettuata, implicitamente, una opzione per uno dei metodi – ontologico o eziologico – utilizzati dalla giurisprudenza e, dall'altra, potrebbe porre un problema di coerenza tra l'affermazione, nei sensi sopra esposti, della consistenza della *chance* e la questione della risarcibilità della medesima, aparendo i due profili, sopra indicati, strettamente correlati.

2.2. Le affermazioni contenute nella sentenza non definitiva n. 118/2018 in ordine alla sussistenza del nesso di causalità ed alla consistenza della *chance* di aggiudicazione – quest'ultima calcolata secondo una percentuale correlata al numero dei potenziali concorrenti di una gara virtuale – potrebbero, così, implicare l'utilizzazione di un metodo di accertamento dell'illecito e di liquidazione del danno, la cui correttezza potrebbe apparire strettamente correlata ai quesiti prospettati sulla ricostruzione dell'illecito e sulle conseguenze sull'esistenza e sulla liquidazione del danno da perdita di *chance*; quesiti, peraltro, risolvibili in astratto



anche attraverso l'individuazione di percorsi ricostruttivi alternativi ovvero intermedi e comunque eclettici rispetto alla dicotomia tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica".

In una situazione del genere, caratterizzata dall'incertezza sopra descritta, la pronuncia dell'Adunanza plenaria, da una parte, potrebbe inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla Sezione con la sentenza non definitiva; dall'altra, potrebbe risultare in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla Sezione e dalle scelte già operate con sentenza, così escludendo la possibilità stessa di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte. Verrebbe, in tal modo, esclusa la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie.

2.3. Per le esposte ragioni, si ravvisano i presupposti per disporre la restituzione degli atti alla Sezione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, Cod. proc. amm..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) rimette gli atti alla Sezione per la prosecuzione del giudizio.

Ordina alla Segreteria di provvedere alla comunicazione della presente ordinanza alle parti.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2018, con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Bernhard Lageder**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandro Pajno**

IL SEGRETARIO