



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 544 del 2011, proposto da:
Vodafone Omnitel N.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alarico Mariani Marini e Laura Mariani Marini, presso i quali è elettivamente domiciliata in Perugia, via Mario Angeloni, 80/B;

contro

Agenzia Umbria Sanita' - A.U.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso l'avv. Donato Antonucci in Perugia, via Baglioni, 10;

nei confronti di

Telecom Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Cintioli e Domenico Ielo, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Pierini in Perugia, corso

Vannucci, 10;

per l'annullamento

della determinazione del D.G. dell'A.U.S. n. 39 in data 17 novembre 2011 di aggiudicazione definitiva del servizio di telefonia mobile occorrente alle Agenzie Sanitarie Umbre, comunicata alla ricorrente in data 18 novembre 2011, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ed, in particolare, della determinazione dirigenziale n. 32 del 24 agosto 2011 di aggiudicazione provvisoria, degli atti del procedimento di gara, tra cui i verbali di gara, e, per quanto possa occorrere, del disciplinare e del capitolato tecnico *in parte qua*, nonché del diniego di autotutela, oltre che per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia dell'eventuale contratto, con richiesta di aggiudicazione della gara, od in subordine per il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Umbria Sanita' - A.U.S. e di Telecom Italia S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Telecom Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna la determinazione del Direttore dell'A.U.S. n. 39 del 17 novembre 2011, recante l'aggiudicazione definitiva in favore della Telecom Italia S.p.a. del servizio di telefonia mobile occorrente alle Aziende ospedaliere ed alle Aziende sanitarie umbre, chiedendo altresì il risarcimento del danno in forma specifica, od, in subordine, per equivalente.

Premette di avere partecipato alla procedura aperta bandita dall'A.U.S., da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; espone che il disciplinare di gara, all'art. 7, prevedeva tre distinte fasi della procedura : una prima fase in "seduta pubblica" per l'apertura dei plichi, verifica della produzione delle buste prescritte, apertura della busta "A" contenente la documentazione amministrativa; una seconda fase "in sedute non pubbliche" destinata alla valutazione tecnica sulla base dei parametri previsti dal capitolato di gara da parte della Commissione giudicatrice; una terza fase "in seduta pubblica" destinata alla lettura dei punteggi assegnati alle offerte tecniche, all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche con attribuzione del relativo punteggio, alla determinazione dei punteggi complessivi e della graduatoria finale.

Dai verbali di gara risulta che nella seduta pubblica del 7 settembre 2010 venivano aperti il plico di Telecom Italia e quello della società ricorrente, contenenti le tre buste ("A", "B", "C"), e venivano aperte le sole buste "A", con verifica della documentazione amministrativa ivi contenuta, ed all'esito entrambe le società venivano ammesse; nella

seduta riservata del 21 settembre 2010 la Commissione giudicatrice procedeva all'apertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica, e, constatata la regolarità formale dei medesimi, procedeva all'apertura e ad una prima lettura del progetto di Telecom; quindi nelle sedute riservate del 24 settembre 2010 e del 28 settembre 2010 veniva letto il progetto di Vodafone Omnitel, e si procedeva alla valutazione dei progetti delle due concorrenti, con attribuzione dei punteggi parziali a ciascuna voce; all'esito Telecom Italia conseguiva 37 punti e Vodafone Omnitel 37,03 punti.

La procedura di gara restava dunque sospesa per vari mesi; con nota del 28 febbraio 2011 la Stazione appaltante comunicava alla ricorrente che Telecom Italia S.p.a. aveva dichiarato di essere in grado di formulare una nuova offerta a condizioni migliorative rispetto a quelle precedentemente presentate.

Con nota del 7 aprile 2011 la Stazione appaltante comunicava che in data 21 aprile 2011 si sarebbe svolta la seduta pubblica per l'apertura delle buste "C" contenenti le offerte economiche, chiedendo alle concorrenti di confermare le offerte già presentate e rinnovare le garanzie a corredo delle stesse.

Nella seduta pubblica del 21 aprile 2011 l'A.U.S. procedeva all'apertura delle buste "C", con attribuzione di 52,79 punti all'offerta economica di Vodafone, e di 60 punti all'offerta economica di Telecom.

Risultava dunque prima graduata Telecom Italia con un punteggio complessivo di 97 punti, mentre la ricorrente conseguiva 89,82 punti;

con determina dirigenziale n. 32 del 24 agosto 2011 veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Telecom Italia.

E' poi intervenuta l'aggiudicazione definitiva con la determina direttoriale oggetto del presente gravame.

Espone di avere inviato in data 24 novembre 2011 all'A.U.S. l'informativa di ricorso ai sensi dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione del principio di *par condicio*; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà intrinseca, nella considerazione che l'offerta di Telecom Italia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difformità rispetto a quanto richiesto, a pena di esclusione, dal capitolato tecnico, che, al paragrafo 4.6, concernente il "servizio di ricaricabile aziendale", prevede che «il fornitore dovrà obbligatoriamente attivare, su richiesta delle Amministrazioni aderenti, SIM ricaricabili intestate all'Azienda. Il sistema di ricarica deve essere unico per ogni Azienda sanitaria. Il fornitore dovrà descrivere nell'offerta tecnica : -le modalità di attivazione/disattivazione delle singole SIM; -le modalità di ricarica e pagamento del conto aziendale; -le modalità di notifica della necessità di ricarica del conto aziendale». Lo stesso capitolato, nella "premessa" (a pag. 6), precisa che l'impiego dei termini "deve" o "dovrà" indica requisiti rilevanti di servizio o di offerta ai quali il concorrente è richiesto di rispondere in maniera puntuale ed esaustiva; qualora poi i predetti termini siano seguiti dall'avverbio

“obbligatoriamente”, la non ottemperanza alla richiesta determina l'esclusione dalla gara.

Discende da tali prescrizioni che il “sistema di ricarica unico per ogni Azienda Sanitaria” deve ritenersi un elemento richiesto a pena di esclusione, come pure l'attivazione, su richiesta dell'Amministrazione, di SIM ricaricabili intestate all'Azienda.

Conseguentemente, la riscontrata difformità delle caratteristiche del progetto presentato da Telecom Italia rispetto a quelle stabilite nel capitolato in merito al sistema di ricarica telefonica avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'offerta. Il riferimento è, in particolare, a quanto si evince dal verbale delle sedute del 24 e 28 settembre 2010, ove si afferma che «dall'esame del progetto Telecom non risultano modalità di ricarica e pagamento del conto aziendale, proponendo invece una gestione per singola SIM».

2) Violazione del principio di pubblicità della gara, di trasparenza, del principio di concorrenza e di *par condicio*, in quanto la verifica dell'integrità e l'apertura delle buste “B”, contenenti l'offerta tecnica, è avvenuta in seduta riservata, con conseguente invalidità derivata degli atti di gara, e della finale aggiudicazione, secondo l'orientamento giurisprudenziale da ultimo ribadito da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, sentenza intervenuta prima dell'aggiudicazione provvisoria.

Come già esposto, infatti, nella seduta riservata del 21 settembre 2010 la Commissione ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica ed alla verifica della regolarità formale dei

medesimi, nonché all'esame ed alla valutazione delle rispettive offerte tecniche.

Si aggiunga che, nel caso in esame, la *lex specialis* di gara non prevedeva che l'apertura e la verifica del contenuto delle buste contenenti l'offerta tecnica avvenisse in seduta riservata; nel disciplinare di gara infatti nulla viene detto in merito all'apertura delle buste "B", a differenza che per le buste "C" contenenti le offerte economiche, la cui apertura è espressamente prevista nella terza fase, in seduta pubblica.

L'apertura della busta contenente l'offerta tecnica in seduta riservata viola il principio di pubblicità e trasparenza, senza soddisfare alcuna apprezzabile esigenza, trattandosi di attività distinta da quella, necessariamente riservata, di valutazione dell'offerta tecnica.

Una diversa interpretazione delle prescrizioni della *lex specialis* risulterebbe in contrasto con i principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza e determinerebbe l'illegittimità, *in parte qua*, del disciplinare, che viene cautelativamente impugnato, anch'esso, in questa sede.

3) Violazione del par. 11.1 del capitolato tecnico di gara, assumendosi che l'A.U.S. ha erroneamente condotto le verifiche tecniche di copertura, nelle dieci località individuate, soltanto all'esterno, e non anche all'interno delle strutture ospedaliere e sanitarie, ovvero nei luoghi in cui doveva effettivamente sussistere la copertura, atteso che oggetto dell'appalto è la fornitura del servizio di telefonia mobile per le Aziende ospedaliere e per le A.S.L. della Regione Umbria.

L'aggiudicazione gravata è dunque illegittima, in quanto Telecom Italia non possedeva il requisito (della copertura di rete) richiesto dal capitolato tecnico a pena di esclusione.

4) A seguito della pubblicazione del bando di gara, l'A.U.S. ha ricevuto numerose richieste di chiarimenti in merito alle prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara; la Stazione appaltante ha risposto apportando vere e proprie modifiche ed integrazioni al capitolato tecnico, che sono poi state pubblicate nel proprio sito internet (tra queste, a titolo esemplificativo, la durata del contratto di 36 mesi con possibilità di rinnovo biennale, e non di 24 mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori sei mesi).

Si tratta di modifiche sostanziali della *lex specialis*, e non già di meri chiarimenti, che avrebbero dovuto essere pubblicate con le stesse modalità proprie del bando di gara, e comportare una proroga del termine fissato nel bando per la presentazione delle offerte, dovendo i soggetti interessati essere posti in condizione di provvedere ad una riformulazione dell'offerta.

Si è costituita in giudizio l'Agenzia Umbra Sanità - A.U.S. controdeducendo puntualmente alle censure di parte ricorrente e chiedendone la reiezione.

Si è altresì costituita in giudizio Telecom Italia S.p.a. eccependo l'irricevibilità, l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso; la controinteressata ha altresì esperito ricorso incidentale condizionato avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, deducendo le seguenti censure :

5) Violazione dei principi di trasparenza, tipicità delle cause di esclusione e di *favor participationis*; eccesso di potere per contraddittorietà tra gli artt. 1 e 4.6 del capitolato tecnico; eccesso di potere per illogicità manifesta degli artt. 1 e 4.6 del medesimo capitolato.

Con riguardo al primo motivo del ricorso principale, con cui si lamenta l'omessa esclusione di Telecom dalla gara, la cui offerta sarebbe difforme da quanto richiesto dall'art. 4.6 del capitolato tecnico (con riguardo al sistema di ricarica unico), si deduce che, ove interpretato in tale senso, l'art. 4.6 sarebbe illegittimo, determinando un'estensione analogica delle cause di esclusione previste dall'art. 1 dello stesso capitolato. La Stazione appaltante ha infatti distinto tra gli elementi essenziali dell'offerta e gli elementi che non possiedono tale carattere di essenzialità, attraverso l'utilizzo dell'avverbio "obbligatoriamente". Tale avverbio è riferito solamente all'attivazione delle SIM ricaricabili, e non anche al "sistema di ricarica".

Anche sul piano sostanziale, è impossibile affermare che il carattere dell'unicità del sistema di ricarica costituisca un elemento in mancanza del quale l'offerta rappresenterebbe una sorta di *aliud pro alio* rispetto a quanto richiesto dal capitolato. In sintesi, nella denegata ipotesi in cui l'art. 4.6 del capitolato tecnico venga interpretato nel senso che il criterio dell'unicità del sistema di ricarica costituisca non un criterio di valutazione dell'offerta, ma un elemento dell'offerta a pena di esclusione, lo stesso art. 4.6 del capitolato sarebbe illegittimo per illogicità manifesta e contraddittorietà con l'art. 1 del capitolato.

6) Violazione del principio di pubblicità delle sedute di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, nel senso che tale vizio, ove configurabile, costituisce presupposto logico-giuridico rispetto alle altre censure proposte dalla ricorrente principale. Conseguentemente l'eventuale e comunque contestato accoglimento del ricorso di Vodafone non potrà mai produrre come effetto l'aggiudicazione a quest'ultima, ma solamente l'obbligo di rinnovare l'intera gara.

All'udienza del 22 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Con il primo motivo del ricorso principale si deduce la violazione del principio di *par condicio* nell'assunto che l'offerta tecnica di Telecom avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difformità rispetto alla *lex specialis*, ed in particolare a quanto previsto, a pena di esclusione, dal paragrafo 4.6 del capitolato tecnico, con riguardo al "servizio di ricaricabile aziendale", unico per ogni struttura sanitaria; in particolare, ad avviso di parte ricorrente, il progetto di Telecom Italia non descrive le modalità di ricarica e pagamento del conto aziendale, proponendo invece una gestione per singola SIM card, come evidenziato nei verbali delle sedute del 24 e 28 settembre 2010, all. A.

Il motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

Per una migliore comprensione della questione, giova prendere le mosse dalla prescrizione del capitolato tecnico che si assume violato, e cioè il punto 4.6, ove è affermato, a proposito del "servizio di

ricaricabile aziendale”, che «il Fornitore dovrà obbligatoriamente attivare, sui richiesta delle Amministrazione aderenti, SIM ricaricabili intestate all’Azienda. Il sistema di ricarica deve essere unico per ogni Azienda sanitaria. Il Fornitore dovrà descrivere nell’offerta tecnica : • le modalità di attivazione/disattivazione delle singole SIM; • le modalità di ricarica e pagamento del conto aziendale; • le modalità di notifica della necessità di ricarica del conto aziendale».

Ragionando anzitutto sul piano formale, occorre osservare come lo stesso capitolato, nella premessa (punto 1), ha stabilito che «l’impiego dei termini “deve” o “dovrà” indica requisiti rilevanti di servizio o di offerta ai quali al concorrente -[è]- richiesto di rispondere in maniera puntuale ed esaustiva. Qualora i predetti termini siano seguiti dall’avverbio “obbligatoriamente” la non ottemperanza alla richiesta determina l’esclusione dalla gara».

Appare corretto, sotto il profilo dell’interpretazione letterale, ritenere che il contenuto previsto a pena di esclusione dell’offerta sia soltanto l’attivazione di SIM ricaricabili intestate all’Azienda, mentre l’unicità del sistema di ricarica per ogni azienda sanitaria, le modalità di ricarica e pagamento del conto aziendale (al pari delle modalità di attivazione/disattivazione delle singole SIM, e delle modalità di notifica della necessità di ricarica del conto aziendale) sono profili contenutistici dell’offerta non prescritti a pena di esclusione, ma ovviamente incidenti sull’attribuzione del punteggio.

Milita inoltre, sul piano sostanziale, in senso contrario all’interpretazione “estensiva” della ricorrente l’assorbente

considerazione per cui gli elementi previsti dal punto 4.6 del capitolato non costituiscono requisiti di partecipazione, ma profili dell'offerta che rilevano ai fini dell'attribuzione dei punteggi.

Si desume ciò non soltanto dalla considerazione che i requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento sono, in linea di principio, contenuti nel bando, secondo quanto previsto dall'art. 275 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (recante il regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici), e non già nel capitolato tecnico, e dall'ulteriore considerazione per cui è lo stesso bando, al punto IV.2.1), a stabilire che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa avviene, tra l'altro, in base ai "criteri indicati nel capitolato d'oneri", ma soprattutto dalla constatazione per cui il "servizio di ricaricabile aziendale" è espressamente contemplato dalla Tabella 4 del capitolato per l'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica (per un massimo di 5 punti).

Appare conseguentemente legittimo l'operato della Stazione appaltante che ha attribuito il punteggio tenendo conto delle offerte di ricaricabile aziendale presentate da Telecom Italia e da Vodafone Omnitel, in conformità dei parametri fissati dall'art. 13.1 dello stesso capitolato (rispettivamente assegnando punti 1,5 e 5), come si evince dal giudizio espresso nel verbale del 24 e 28 settembre 2010.

Resta solo da aggiungere, in relazione alle allegazioni di Vodafone Omnitel N.V., che ravvisa un *aliud pro alio* nell'offerta tecnica di Telecom, che l'unicità del sistema di ricarica richiesta dal capitolato sembra dover essere intesa non già dal punto di vista contabile,

quanto piuttosto dal punto di vista tecnico, afferendo essenzialmente all'omogeneità ed all'automatismo della modalità di ricarica della SIM.

2. - Con il secondo mezzo di gravame si deduce la violazione del principio, comunitario e nazionale, di pubblicità della gara, nell'assunto che l'apertura delle buste "B", contenenti l'offerta tecnica, e la verifica della loro regolarità formale sono avvenute in sede riservata, nella seduta del 21 settembre 2010, con conseguente illegittimità derivata degli atti di gara ed in particolare dell'aggiudicazione definitiva.

La censura è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Occorre premettere come il tema dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche nelle gare d'appalto abbia dato luogo a soluzioni non univoche, e dunque ad oscillazioni nella giurisprudenza amministrativa; in particolare, una parte della stessa riteneva che l'obbligo di pubblicità riguardasse esclusivamente l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica (a titolo puramente esemplificativo, Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio 2011, n. 4168; Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470), mentre un altro indirizzo estendeva la pubblicità anche alla verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica (anche in tale caso, a titolo puramente indicativo, Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155; Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856), fermo restando, evidentemente, che la fase di valutazione del pregio tecnico dell'offerta debba avvenire in seduta riservata.

Tale quadro disarmonico è stato superato con la recente pronuncia di

Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, che, rinvenendo il fondamento normativo dei principi di trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara nell'art. 97 della Costituzione, oltre che nelle direttive comunitarie, recepite dal d.lgs. n. 163 del 2006, ha sottolineato come la verifica dell'integrità dei plichi «non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacchè la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato». La regola in questione deve essere applicata anche all'apertura dell'offerta tecnica, trattandosi di un'operazione che, come per la documentazione amministrativa e l'offerta economica, «costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento»; naturalmente, ha ribadito l'Adunanza Plenaria, l'apertura pubblica dell'offerta tecnica non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa

concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati di prenderne visione del contenuto.

Il Collegio non ha motivo di discostarsi da tale approdo giurisprudenziale, espresso, tra l'altro, nella sede più autorevole, e successivamente già ribadito, con riferimento ad ogni tipo di procedura (cfr. C.G.A. Sicilia, 6 marzo 2012, n. 276; T.A.R. Lazio, Sez. II, 23 dicembre 2011, n. 10159).

Ciò tanto più in considerazione del fatto che il disciplinare di gara, peraltro fatto oggetto di gravame ove diversamente interpretabile (ed a prescindere anche dal ricorso incidentale condizionato esperito dalla controinteressata Telecom Italia), nell'enucleare, all'art. 7, tre fasi di svolgimento del procedimento, per le buste "B", non ha previsto, a stretto rigore, l'apertura in seduta riservata dell'offerta tecnica, in qualche misura cristallizzando la disciplina del procedimento.

A questo riguardo, giova anche ricordare come l'A.V.C.P., con deliberazione n. 76 dell'1 dicembre 2010, abbia affermato che il principio di pubblicità delle sedute di gara trova immediata applicazione, indipendentemente dalla previsione nella *lex specialis*.

Di contro, non appare condivisibile la tesi espressa, nei propri scritti difensivi, dall'Amministrazione resistente circa l'insensibilità dei procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale, retti da una *lex specialis*, allo *ius superveniens* (Cons. Stato, Ad. Plen., 14 maggio 2011, n. 9), proprio perché in tale caso non vi è un mutamento del quadro normativo preesistente.

L'incertezza ermeneutica sulla portata del principio di pubblicità della

gara, antecedente alla decisione dell'Adunanza Plenaria, e nella stessa ampiamente evidenziato mediante richiamo dei diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi in materia, non consente neppure di parlare di un vero e proprio *overruling* correttivo, presupponente l'imprevedibilità del mutamento di indirizzo, che ha portato ad affermare, in materia di preclusioni processuali, la salvezza degli atti e dei comportamenti tenuti in conformità con l'orientamento *overruled* (Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144). Conseguentemente, non è neppure ravvisabile la possibilità, che sarebbe comunque il frutto di un'evidente forzatura del sistema, di fare salvi gli atti e le operazioni di gara effettuate prima ed in contrasto con il portato della sentenza n. 13 del 2011.

2.1. - Allo stesso modo, non persuade, nonostante l'eleganza dell'argomentazione, l'assunto difensivo di Telecom Italia, secondo cui la mancata apertura in pubblico, nella fattispecie in esame, delle offerte tecniche sarebbe comunque irrilevante (nel senso che non porterebbe all'annullamento degli atti) alla stregua di quanto disposto dall'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 sui vizi non invalidanti, con conseguente inammissibilità, per carenza di interesse, della censura oggetto di scrutinio. In particolare, assume la controinteressata, da un canto, la natura vincolata dell'attività di accertamento dell'integrità e completezza delle buste, e, dall'altro lato, che la verifica della regolarità dei plichi (contenenti le tre buste) in seduta pubblica è comunque avvenuto nella seduta pubblica del 7 settembre 2010, mentre l'apertura della busta contenente l'offerta

tecnica costituisce adempimento meramente formale, che non avrebbe potuto portare ad un esito diverso da quello dell'ammissione dell'offerta di Telecom, esistendo un rischio solamente teorico di sostituzione, o comunque manomissione dell'offerta stessa, che comunque, è per lo più conosciuta, riguardando l'architettura di rete, l'evoluzione dei servizi, la copertura di un *incumbent* nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Ed invero, ad avviso del Collegio, non risulta applicabile l'art. 21-octies, comma 2, anzitutto perché la mancata pubblicità (di un segmento) del procedimento di gara non è un vizio puramente formale, ma piuttosto un vizio di forma sostanziale, dubbiamente configurante attività vincolata, ed inoltre perché il giudizio sulla "inevitabilità" od "ineluttabilità" del provvedimento non può essere condotto nel caso di specie.

Come si è cercato di evidenziare in precedenza, la mancata pubblicità della seduta di gara rileva di per sé, senza che occorra un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio*, trattandosi di adempimento posto a tutela della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ed anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili *ex post*, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato. Non è dunque neppure necessaria la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta, che si trasformerebbe in una petizione di principio, essendo impossibile dimostrare un fatto (*id est*, l'alterazione

dei plichi) verificabile unicamente attraverso il rispetto della formalità sostanziale (l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

3. - L'accoglimento del secondo motivo comporta l'annullamento dell'intera gara, ed in particolare dell'impugnata aggiudicazione, e la necessità di rinnovare la procedura. La portata del vizio riscontrato esime il Collegio dalla disamina delle ulteriori censure; l'assorbimento discende dalla considerazione che il giudice amministrativo procede nell'ordine logico (in tale caso corrispondente anche all'ordine seguito da parte ricorrente) segnato dai motivi che evidenziano una più radicale illegittimità del provvedimento, e comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108). In tale caso l'assorbimento si impone anche in considerazione del secondo motivo del ricorso incidentale (condizionato, ma l'aggettivo probabilmente è superfluo, in quanto, non essendo il gravame incidentale volto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, non è destinato ad un esame prioritario) di contenuto speculare, e finalizzato a precludere l'aggiudicazione della gara alla ricorrente principale, che, per le stesse ragioni suesposte, deve essere accolto.

Deve invece essere disattesa la domanda con cui si chiede la pronuncia di inefficacia del contratto, non stipulato (almeno per quanto emerge dagli atti di causa) anche in ragione della concessa misura cautelare, nonché la domanda di risarcimento del danno per equivalente, in quanto del tutto generica ed indimostrata.

La peculiarità della vicenda, caratterizzata dal sopraggiungere della sentenza dell'Adunanza Plenaria in corso di gara, seppure anteriormente al provvedimento di aggiudicazione (sia provvisoria, che definitiva), giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo, nei limiti di cui alla motivazione, nonché il ricorso incidentale, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2012

IL SEGRETARIO

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