



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2084 del 2012, proposto da: Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano D'Ercole, Nicola Palombi, con domicilio eletto presso Madeleine Maria Lupi in Milano, Galleria Unione, 3;

***contro***

Comune di Milano, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Elisabetta D'Auria, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, domiciliata in Milano, via Andreani 10;

***nei confronti di***

Vodafone Omnitel Nv, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgia Romitelli, Fabio Elefante, Ilaria Gobbato, con domicilio eletto presso Giorgia Romitelli in Milano, via Gabrio Casati, 1;

***per l'annullamento***

- della determinazione del Comune di Milano n. 120/2012 del 29.06.2012, di approvazione dei lavori della commissione incaricata in relazione alla gara per l'affidamento del servizio di comunicazione mobile per il Comune di Milano per un periodo di 36 mesi;
  - del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di Vodafone Omnitel N.V.;
  - del provvedimento del RUP recante la nomina del Gruppo di Lavoro;
  - dei verbali di gara della Commissione e del Gruppo di Lavoro relativi alla verifica di sostenibilità dell'offerta e con i quali è stata ritenuta congrua l'offerta Vodafone;
  - del provvedimento di parziale diniego dell'accesso;
  - del bando di gara, della nota esplicativa e del capitolato speciale d'appalto;
  - di ogni atto connesso;
- nonché per la condanna dell'amministrazione:
- all'aggiudicazione del contratto in favore di Telecom Italia s.p.a.;
  - al risarcimento del danno;
  - all'esibizione dei documenti richiesti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Vodafone Omnitel Nv;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2013 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna l'aggiudicazione del servizio di comunicazione mobile del Comune di Milano per un periodo di 36 mesi per i seguenti motivi.

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del d.lgs. 163/2006; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 del d.lgs.163/2006 e degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, in tema di accesso agli atti di gara. Violazione dell'art. 41, nn. 1 e 2 della direttiva 2004/18 e dell'art. 2 quater della direttiva 89/665, introdotto dalla direttiva 2007/66. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della l. n. 241/1990 e dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e dei principi di trasparenza ed effettività della tutela.

Secondo la ricorrente i documenti nei quali sono contenuti gli aspetti di maggior rilevanza ai fini di una effettiva e piena difesa in giudizio degli interessi di Telecom sono stati ritenuti non ostensibili da parte della stazione appaltante. A ciò si aggiungerebbe che non si comprenderebbero le motivazioni dell'aggiudicazione ovvero quali siano le caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata, non essendo riportata nei verbali o in allegati agli stessi alcuna argomentazione a supporto della sostenibilità dell'offerta Vodafone ovvero non ne sono stati ostesi i contenuti, il che lede il diritto di difesa dell'odierna ricorrente ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 87,88 e 89 del d.lgs. n. 163/2006; violazione delle norme in tema di verifica e controllo di non anomalia delle offerte, inattendibilità manifesta del giudizio di congruità. Manifesta insostenibilità dell'offerta Vodafone. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, erroneità nei presupposti in fatto ed in diritto, sviamento di potere. Secondo la ricorrente dall'esame degli atti di gara emergerebbe la manifesta insostenibilità e non redditività dell'offerta aggiudicataria.

III) Violazione dell'art. 42 del d.lgs. 163/2006 e degli artt. III.2.1.3 del bando di gara e dell'art. 7, punto 4, lett. c) punto b) della nota esplicativa; carenza dei requisiti di capacità tecnica in capo a Vodafone.

L'aggiudicataria non avrebbe comprovato il requisito relativo all'esecuzione di contratti aventi

oggetto analogo a quello della presente gara svolti con buon esito per enti pubblici o soggetti privati, nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando di gara, verso un valore complessivo con esclusione dell' IVA almeno pari a € 1200000, 00, così riportato anche dal bando di gara al punto III.2.1.3. Atteso il tenore della prescrizione della legge di gara, risulterebbe inidonea a provare il requisito di capacità tecnica richiesto la referenza fornita sul punto dal Gruppo Torinese Trasporti, che si limita ad attestare genericamente la fornitura di servizi di telefonia senza

specificare l'oggetto dell'appalto svolto (descrizione necessaria per valutare l'analogia o meno rispetto all'appalto posto a gara) e senza specificare se le somme indicate ricomprendano o meno l'IVA.

IV) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 84 e 88 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 121 del d.p.r. n. 207/2010 (regolamento di attuazione ed esecuzione del codice appalti); violazione ed elusione dei principi di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa.

Secondo la ricorrente la composizione della Commissione sarebbe illegittima dato che la dott.ssa

Manuela Loda, nominata quale membro diverso dal Presidente, avrebbe ricoperto un'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

La Dott.ssa Loda, infatti, ha predisposto gli atti di gara unitamente al dott. Domenico D'Amato, direttore del Settore Infrastrutture di Rete (la prima ha firmato il bando di gara, il secondo ha sottoscritto il Capitolato tecnico). Inoltre nella determinazione n. 4/2012 adottata dal Direttore del Settore Infrastrutture di rete, dott. Domenico D'Amato e dal Direttore del Settore Gare Beni e Servizi, dott.ssa Manuela Loda, si dà espressamente atto del fatto che la "Nota esplicativa di gara" è stata predisposta dal Settore Gare Beni e Servizi in collaborazione con il Settore Infrastrutture di Rete e che il Capitolato Speciale d'Appalto è stato predisposto relativamente alla parte I Prestazioni oggetto dell'Appalto" dal Settore Infrastrutture di Rete, in collaborazione, relativamente alla parte II "Clausole contrattuali" con il Settore Gare Beni e Servizi.

Anche il provvedimento di nomina e la composizione del Gruppo di Lavoro nominato dal Responsabile del procedimento per la verifica della congruità dell'offerta Vodafone sarebbe illegittimo in quanto tale gruppo di lavoro vede quale coordinatore la sig.ra Sabrina Cassese

(anche responsabile del procedimento) e in qualità di membri il dott. Domenico D'Amato e il sig. Emico Pietro Fedeli, già componenti della Commissione giudicatrice.

Secondo la ricorrente la verifica della congruità delle offerte anomale avrebbe dovuto essere svolta dal responsabile del procedimento avvalendosi della commissione di gara ove questa fosse costituita (come nel caso di specie), non potendo il RUP nominare un gruppo di lavoro differente (anche se per un solo membro) dalla commissione di gara.

La difesa del Comune sostiene di aver permesso l'accesso agli atti nei limiti stabiliti dalla legge; ritiene l'offerta di Vodafone non anomala; ritiene che i "servizi di telefonia mobile" e i "servizi di telecomunicazioni mobili" svolti da Vodafone nel triennio 2009-2011 siano, infatti, quanto meno analoghi a quello oggetto di gara e soddisfino il requisito richiesto dal bando sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto il profilo economico. In merito alla composizione della Commissione ritiene che non sussista in compatibilità tra la redazione degli atti di gara e la partecipazione alla Commissione in quanto "la causa di incompatibilità sancita dall'art. 84, comma 4, del Codice degli appalti sarebbe di stretta interpretazione e dovrebbe essere letta in correlazione con l'obbligo di astensione (delimitato ai casi di cui all'art. 51 c.p.c.), sancito dal comma 7 del medesimo articolo 84; essa richiede, pertanto, che il componente della commissione abbia agito nell'interesse proprio o in quello di una delle imprese concorrenti. In merito al Gruppo di lavoro il Comune afferma di aver esercitato la facoltà di nominare la specifica commissione prevista dall'art. 88, comma I-bis, del Codice dei contratti.

La difesa di Vodafone ha chiesto la reiezione del ricorso.

Il Collegio ha disposto verifica incaricando il Direttore dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e ponendo i seguenti quesiti: a) prendere conoscenza di tutte le giustificazioni fornite da Vodafone in sede di gara comprese quelle fornite in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, preservando, nei confronti delle parti, la segretezza delle informazioni già escluse dall'accesso dal Comune di Milano;

b) verificare se i costi esposti da Vodafone in sede di gara trovino corrispondenza nelle giustificazioni offerte da Vodafone durante la procedura e, in particolare, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, nonché se tali costi siano sufficienti a coprire i servizi oggetto dell'appalto. Il verificatore ha depositato la relazione tecnica richiesta.

All'udienza del 19 novembre 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso è infondato.

2.1 In merito alle limitazioni all'accesso all'offerta di gara contestate dalla ricorrente occorre rammentare che l'art 13 comma 5 lett. a) del D. Lgs. n. 163 del 2006, stabilisce che "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero

a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”.

Secondo la prevalente interpretazione la disposizione ha introdotto un'ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990, da applicare esclusivamente nei casi in cui l'accesso sia inibito in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta (Cons. St., Sez. VI, 30.7.2010 n. 5062, 19.10.2009, n. 6393). La disposizione si riferisce a documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, in modo da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Nel caso specifico occorre rilevare che l'amministrazione ha posto a disposizione della ricorrente l'offerta economica presentata da Vodafone in versione integrale, tutti i documenti comprovanti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tutti i documenti inerenti la valutazione della congruità dell'offerta Vodafone, ad eccezione delle parti omissate. In sostanza gli unici documenti a cui Telecom non ha avuto pieno accesso sono l'offerta tecnica e le "seconde" giustificazioni presentate da Vodafone a seguito della richiesta di chiarimenti formulata dal Gruppo di lavoro incaricato della verifica dell'anomalia, oltre che la parte del verbale del predetto Gruppo di lavoro, riferito agli elementi costitutivi dell'offerta e della relativa struttura delle voci di costo, in cui si faceva esplicito riferimento a tali documenti.

In merito Vodafone ha negato il suo consenso all'accesso in quanto i suddetti documenti contengono dati sensibili (appunto segreti tecnici e commerciali) riguardanti la strategia del Gruppo Vodafone (ad es. Accordi di Roaming, Accordi con i Fornitori di Hardware, Accordi con Fornitori di infrastrutture software, protezione di asset e brevetti ed infine protezione di segreti industriali del Gruppo Vodafone), la cui diffusione potrebbe gravemente compromettere la strategie commerciali dell'odierna resistente, con effetti distorsivi delle regole del libero mercato a grave danno della medesima Vodafone. Non avendo la ricorrente contestato la fondatezza dell'opposizione della controinteressata, deve ritenersi assodata l'esistenza di un segreto commerciale in merito ai dati secretati.

La ricorrente Telecom, che peraltro ha opposto analogo rifiuto di consenso all'accesso con riferimento alla sua offerta tecnica, contesta il diniego di accesso esclusivamente con riferimento al comma 6 dell'art. 13 del Codice dei Contratti, secondo il quale deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

In merito occorre rilevare che la tesi della ricorrente non è fondata in quanto tale disposizione, dal contenuto più restrittivo di quella dell'art. 24, l. 7 agosto 1990 n. 241, è interpretata dalla giurisprudenza più recente nel senso che imponga di effettuare un accurato controllo in ordine all'effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza (in termini Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121; sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3083; TAR Lazio, Roma, III, ordinanza 14/06/2012 n. 2065).

Nel caso in questione le giustificazioni dell'offerta dell'aggiudicataria sono state vagliate dal verificatore, nella figura dell'AGCOM, la quale ha offerto ulteriori elementi di valutazione alla ricorrente in merito alla sostenibilità dell'offerta medesima.

In tale contesto alla luce del fatto che le contestazioni della ricorrente avevano per oggetto la sostenibilità economica dell'offerta e che il giudizio di anomalia si è concentrato su voci di prezzo considerate non in linea con i valori di mercato o comunque con i prezzi ragionevolmente sostenibili, il Collegio ritiene che la ricorrente, in quanto principale operatore del mercato, avesse a disposizione i valori di mercato ed i prezzi ragionevolmente sostenibili per poter contestare sia i valori dell'offerta sia l'operato del verificatore senza dover necessariamente

sacrificare la segretezza dell'offerta.

Infatti il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta ha carattere assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati ex se considerati (Cons. Stato, Ad. Plen. 29 novembre 2012 n. 36), con la conseguenza che può ritenersi anomala solo un'offerta che non è in alcun modo sostenibile, senza che assumano carattere dirimente le concrete modalità organizzative adottate dalle singole imprese. Per tali ragioni il diniego parziale di accesso mediante schermatura di singole parti effettuato dal Comune non può essere annullato.

2.2 Per quanto riguarda l'anomalia dell'offerta le conclusioni del verificatore AGCOM, dopo ampio ed approfondito lavoro, sono state le seguenti: "sulla base dei risultati raggiunti e delle informazioni raccolte in esito all'invio della relazione preliminare, applicando le ipotesi metodologiche elaborate da Vodafone per quanto non espressamente indicando nel bando, è possibile verificare che 1) le giustificazioni presentate in sede di verifica dell'anomali includono tutti i costi sottostanti i ricavi derivanti dalla fornitura e inoltre 2) che i costi sono sostanzialmente sufficienti a coprire i servizi oggetto dell'appalto sia per una durata del contratto di tre anni sia nel caso di proroga a quattro anni"

In merito la ricorrente ha, nelle memorie conclusive, confermato le proprie censure relative all'offerta senza però entrare nel merito delle conclusioni del verificatore, con la conseguenza che non sussistono ragioni per non conformarsi alle conclusioni del medesimo.

2.3 Il terzo motivo di ricorso è infondato in quanto dalla documentazione versata in atti risulta che il certificato relativo al servizio espletato da Vodafone nei confronti del Comune di Torino è pienamente conforme agli atti di gara soddisfa il requisito di gara in quanto è pienamente sufficiente che esso attesi la quantificazione complessiva del servizio per il triennio, senza che occorre la suddivisione in anni. Inconferente è poi la censura relativa al fatto che la referenza rilasciata dal Gruppo Torinese Trasporti non specifichi se l'IVA sia inclusa o meno nel valore dei servizi dichiarati in quanto il valore della prestazione effettuata è tale da soddisfare da solo i requisiti di gara.

2.4 Il quarto motivo di ricorso è poi infondato in quanto la predisposizione degli atti di gara non costituisce causa di incompatibilità alla partecipazione alla Commissione di gara per i funzionari della stazione appaltante.

In ordine alla composizione della Commissione la giurisprudenza ha chiarito l'art. 84, 4° comma, del codice dei contratti va letto in connessione con l'8° comma dello stesso art. 84, secondo cui i commissari diversi dal presidente sono scelti tra i funzionari della stazione appaltante e, in caso di accertata carenza, tra i funzionari di altre Amministrazioni aggiudicatrici ovvero tra gli appartenenti alle categorie professionali. Esso rinviene il suo precedente nell'art.21, 5° comma, della legge n.109/1994, con cui si voleva impedire che delle Commissioni giudicatrici facessero parte soggetti che, nell'interesse proprio o in quello di alcune delle imprese concorrenti, avessero assunto o potessero assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara. Orbene, posto che alla stregua della normativa vigente il criterio direttivo è quello di chiamare a far parte della Commissione preferibilmente gli stessi funzionari della stazione appaltante, al fine di individuare la "ratio" del divieto contenuto nel 4° comma dell'art.84 occorre richiamarsi alla giurisprudenza formatasi sull'art.21, 5° comma, l.n.109/1994, cui era stata attribuita la finalità di impedire la partecipazione alla Commissione di soggetti che avessero a qualsiasi titolo concorso alla progettazione dell'opera e di vietare che i commissari assumessero compiti tecnici di esecuzione o di direzione dei lavori al precipuo fine di evitare un pregiudizio alla imparzialità e alla correttezza delle valutazioni tecnico discrezionali riservate alla Commissione. In definitiva, quindi, come è stato già osservato in recenti pronunce di questa Sezione (TAR Lombardia, Milano, III, n. 3174/2012 del 21.12.2012), con la disposizione racchiusa nel comma 4 dell'art.84 si vuole impedire la partecipazione alla Commissione di soggetti che possano agire nell'interesse proprio o in quello privato di alcune delle imprese concorrenti (così Cons.St. V, 6 aprile 2009, n.2143; Cons. St., sez. III, 12 luglio 2011, n. 4168; Tar

Lazio, Roma, sez. III, 28/10/2013 n. 9198).

Mancando nel caso di specie qualsiasi collegamento dei funzionari con i soggetti partecipanti alla gara deve escludersi che coloro che sono a conoscenza più di altri della legge di gara, avendo concorso a vario titolo alla sua predisposizione, siano per ciò solo esclusi dalla Commissione di gara.

Il motivo di ricorso è infondato anche nella parte in cui contesta la nomina del Gruppo di lavoro in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta in quanto secondo la normativa vigente (articolo 88 del Codice e commi 4 e 10 dell'art. 121 del Regolamento), il RUP -al quale è demandata la verifica delle giustificazioni in caso di offerta anomala- ha facoltà di scegliere se avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita, o se richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'art. 88, comma l-bis, del Codice dei contratti.

In definitiva quindi la domanda di annullamento degli atti di gara va respinta. Per le medesime ragioni va respinta anche la domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore delle controparti, che liquida in euro 4.000,00 per ciascuna di esse, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2013

IL SEGRETARIO

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