



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 c.p.a., sul ricorso n. 4959/2012 RG, proposto dalla Agenzia Umbria Sanità – AUS, con sede in Pila (PG), in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto in Roma, via Crescenzo n. 42, presso lo studio dell'avv. Pitzolu,

contro

la Vodafone Omnitel s.p.a., corrente in Ivrea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgia Romitelli, Alessandro Boso Caretta e Fabio Elefante, con domicilio eletto in Roma, c.so Vittorio Emanuele II n. 173 e

nei confronti di

Telecom Italia s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli e Domenico Ielo, con domicilio eletto in Roma, via Salaria n. 259,

per la riforma

della sentenza del TAR Umbria n. 162/2012, resa tra le parti e concernente l'aggiudicazione del servizio di telefonia mobile alle Aziende ospedaliere ed alle Aziende sanitarie umbre;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza camerale del 5 ottobre 2012 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Bececco, Boso Caretta e Ielo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Agenzia Umbria Sanità – AUS, con sede in Pila (PG), ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'aggiudicazione del servizio di telefonia mobile a favore delle Aziende ospedaliere e delle Aziende sanitarie umbre.

In esito a detta gara, è risultata quindi aggiudicataria definitiva la Telecom Italia s.p.a., corrente in Milano, giusta determinazione dirigenziale n. 39 del 17 novembre 2011. Avverso tale statuizione e gli atti del procedimento di

gara è insorta, proponendo ricorso innanzi al TAR Umbria, la Vodafone Omnitel s.p.a., corrente in Ivrea (TO). Quest'ultima ha dedotto in punto di diritto, tra le altre censure, pure quella dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in sede riservata, anziché in quella pubblica, ancorché siffatto adempimento non fosse prevista in modo specifico dalla *lex specialis* di gara.

L'adito TAR, con sentenza n. 162 del 2 maggio 2012, notificata all'AUS il successivo giorno 24, ha accolto tale ultima doglianza, sul punto motivando *funditus* con riguardo alla pronuncia di Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13, con conseguente annullamento dell'intera procedura di gara.

Appella quindi l'AUS, contestando l'interpretazione resa dal TAR e richiamando al riguardo, oltre al percorso alquanto travagliato della giurisprudenza di questo Consiglio in materia, la non retroattività della disposizione, che ha pure novellato l'art. 120 del Dlgs 12 aprile 2006 n. 163, ex art. 12 del DL 7 maggio 2012 n. 52 (convertito, con modificazioni, dalla l. 6 luglio 2012 n. 94).

Resiste in giudizio la Società intimata, che eccepisce l'infondatezza della presente impugnazione e propone appello incidentale, ribadendo le doglianze erroneamente, a suo avviso, respinte in primo grado. S'è costituita nel presente giudizio pure la Telecom Italia s.p.a., già aggiudicataria del servizio dedotto in appalto, concludendo per l'accoglimento dell'appello principale e per l'infondatezza dell'incidentale.

All'udienza camerale del 5 ottobre 2012, sussistendo i presupposti ex art. 60 c.p.a. ed avvertiti i patroni delle parti, l'appello in epigrafe è assunto dal Collegio per esser deciso nelle forme ex art. 74.

DIRITTO

1. – L'appello principale, che concerne il procedimento in sé della gara d'appalto in esame e va perciò esaminato prima delle censure poste sul contenuto di quest'ultima con il gravame incidentale, non è meritevole d'accoglimento, per le ragioni qui di seguito indicate.

2. – Il TAR ha accolto il secondo motivo del ricorso colà proposto, con cui si lamentò l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta non pubblica, richiamando anzitutto le oscillazioni della giurisprudenza sul punto e risolvendo la questione grazie alla pronuncia di Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13.

Com'è noto, tal sentenza muove dai principi di trasparenza e pubblicità delle operazioni delle gara ad evidenza pubblica, la cui base normativa risiede nell'art. 97 Cost. e nella normativa comunitaria sui pubblici incanti, recepite e trasfuse nel Dlgs 12 aprile 2006 n. 163. In applicazione di essi, l'Adunanza plenaria afferma che 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...». Tanto perché «... la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti (per garantire il controllo sia sulla regolarità degli atti introdotti in gara, sia sull'assenza di successive di indebite alterazioni di essi – NDE)..., 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».

È solo da aggiungere l'opportuna precisazione effettuata da tal pronuncia, per cui l'apertura pubblica dell'offerta tecnica non può andare oltre il mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, con reclusione della possibilità, per tutti e ciascun altro concorrente, di prender visione del relativo contenuto.

Il Collegio, d'altronde confermando l'indirizzo già seguito dalla Sezione su analoghi argomenti (cfr. Cons. St., III, 4 novembre 2011 n. 5866; id., 20 giugno 2012 n. 3604), non reputa che sussistano ragioni per disattendere detta pronuncia e, di conseguenza, per riformare sul punto quanto deciso dal TAR. Invero, sussiste un obbligo di pubblicità, per alcune operazioni nell'ambito della procedura di gara, in ordine all'apertura dei plichi contenenti le offerte (operazione preliminare), cosa, questa, diversa dalla valutazione del contenuto di queste ultime (operazione

di giudizio tecnico), per lo svolgimento della quale non v'è necessità di presenza dei concorrenti. Dal canto suo, il DPR 5 ottobre 2010 n. 207, in continuità con il DPR 554/1999, mira a garantire la pubblicità per tutte le operazioni di gara, compresa la comunicazione dell'eventuale anomalia dell'offerta (art. 121), e prevede la seduta riservata per le valutazioni di natura tecnica. Sicché la funzione di garanzia, cui è preordinata detta pubblicità, sembra essere non solo immanente nell'ordinamento, ma immediatamente leggibile pure nel diritto positivo, con conseguente sua naturale inserzione nel regolamento di ciascuna gara, aldilà d'ogni espressa, o no, previsione al riguardo.

3. – Scolora così ogni questione circa l'efficacia, retroattiva o meno, della novella recata all'art. 120 del Dlg 163/2006 dall'art. 12 del DL 7 maggio 2012 n. 52 (convertito, con modificazioni, dalla l. 6 luglio 2012 n. 94).

Tanto essa, quanto la norma transitoria sul trattamento delle offerte tecniche i cui plichi non siano stati aperti alla data del 9 maggio 2012 non hanno un valore costitutivo ed innovativo vero e proprio, ma si limitano a dichiarare in un unico dato ciò che l'ordinamento già prevede in testi sparsi, così trasformano detti principi in diritto codificato. Se è vero che le procedure concorsuali, rette da una *lex specialis* formatasi sotto l'imperio d'una diversa disciplina sostanziale, restano insensibili al *jus superveniens*, quand'anche esso s'atteggi a norma interpretativa, nel caso in esame non si verifica alcuna sopravvenienza, come s'evince dall'Adunanza plenaria n. 13/2011 e come suggerisce la serena lettura dell'art. 12 del DL 52/2012 nel suo complesso e non della sola norma transitoria colà recata.

Si condivide altresì, con il TAR, l'impossibilità di leggere nell'Adunanza plenaria n. 13/2011 un intervento di innovazione normativa (c.d. *overruling*), tale da esser mitigato mercè la salvezza degli atti e dei comportamenti tenuti in conformità con l'orientamento anteriore. Tale pronuncia non sembra possedere quell'imprevedibilità del mutamento d'indirizzo, che costituisce il presupposto dell'*overruling*, appunto perché sia l'Adunanza plenaria, sia il Giudice di prime cure danno contezza del principio, poi fatto proprio dal DL 52/2012, per cui il trattamento dei plichi contenenti l'offerta tecnica debba essere identico, fatta salva la valutazione di merito del relativo contenuto, a quello degli altri plichi.

Corretto s'appalesa infine quanto il TAR afferma sull'inapplicabilità dell'art. 21-octies, c. 2 della l. 7 agosto 1990 n. 241 all'omissione di seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, per la ragione che essa si risolve in un vizio di forma sostanziale, connesso sì ad una potestà vincolata, ma non anche e di per sé solo ad un risultato predefinibile e certo. La valutazione dell'offerta tecnica, per quanto conformata dal capitolato tecnico e dal disciplinare di gara, implica pur sempre un apprezzamento tecnico basato sullo stato della relativa arte e su dati e valori talvolta opinabili, onde il giudizio circa la "inevitabilità" o la "ineluttabilità" cui fa riferimento l'art. 21-octies non ha alcuna automaticità né logica, né tecnica nella specie.

4. – Da ciò discende che, pur non essendovi alcuna disposizione sulla pubblicità nel disciplinare di gara, non per ciò solo recede il principio dell'Adunanza plenaria ribadito dal TAR, giacché non è ragionevolmente possibile un trattamento differente solo per i plichi delle offerte tecniche, come se queste ultime non fossero parti necessarie dell'intero complesso dell'offerta. Neppure occorre 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 solo mercè il rispetto della formalità sostanziale omessa, cioè, l'apertura pubblica delle buste.

È appena da osservare come quanto fin qui ribadito in coerenza con l'Adunanza plenaria non s'appalesi in contrasto con una recente pronuncia della Sezione (cfr. Cons. St., III, 12 settembre 2012 n. 4830), non foss'altro per questo illuminante passaggio secondo il quale «... *ad avviso del Collegio...* le operazioni di custodia dei plichi e di successiva apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in questa procedura di gara si sono svolte con modalità concrete idonee a realizzare egualmente il risultato di tutela dell'interesse pubblico alla trasparenza per il cui perseguimento l'Adunanza Plenaria... ha indicato lo strumento della seduta pubblica...», vicenda, questa,

non evincibile nella specie

5. – Il rigetto dell'appello principale, che ribadisce l'annullamento *ab imis* dell'intero procedimento di gara, rende improcedibile quello incidentale, rivolto invece a far constare errori di giudizio sull'offerta dell'appellante incidentale. Giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4959/2012 RG in epigrafe, rigetta l'appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 5 ottobre 2012, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

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