



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3270 del 2012, proposto dalla società Vodafone Omnitel N.V. Società soggetta a direzione e coordinamento di Vodafone Groupe Plc, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgia Romitelli, Alessandro Boso Caretta e Fabio Elefante, con domicilio eletto presso Fabio Elefante in Roma, via dei Due Macelli, n. 66;

contro

Società per azioni Esercizi Aeroportuali - SEA, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;
Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, 7

per la riforma della sentenza del t.a.r. della lombardia – milano, sez. i, n. 248/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società per azioni Esercizi Aeroportuali - SEA e della società Telecom Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Boso Caretta, Sandulli, e Masini per delega dell'avvocato D'Amelio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Vodafone Omnitel NV, attiva nel settore dei servizi di telefonia mobile, riferisce di aver partecipato alla procedura di gara indetta con bando di gara in data 26 marzo 2011 dalla società SEA s.p.a. ed avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di telefonia mobile e trasmissione di dati su rete presso gli aeroporti di Milano Linate e Malpensa.

All'esito delle operazioni di gara, l'odierna appellante si classificava al primo posto con punti 96,137, mentre l'appellata società Telecom Italia s.p.a. si classificava al secondo posto con punti 85,7401.

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. per la Lombardia e recante il n. 2455/2011 la società Telecom Italia

impugnava le risultanze di gara e, in particolare, il provvedimento in data 5 luglio 2011 con cui la società SEA aveva comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore dell'odierna appellante, nonché – più a monte – gli atti con cui la Commissione di gara aveva disposto l'ammissione dell'odierna appellante senza rilevare l'esistenza di circostanze che avrebbero – al contrario – dovuto determinarne l'esclusione.

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale adito:

- ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo (questione che non risulta riproposta nella presente sede di appello);
- ha respinto il ricorso incidentale proposto dalla società Vodafone Omnitel NV (con il ricorso in parola l'odierna appellante aveva chiesto che fosse disposta l'esclusione dalla gara della ricorrente in primo grado per avere essa omissa, in sede di domanda di partecipazione, la doverosa presentazione delle dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 163 del 2006 in relazione alla posizione del Vice Presidente in carica e di quattro direttori tecnici);
- ha accolto il ricorso principale e, per l'effetto ha disposto l'annullamento degli atti di gara per la parte in cui la Commissione di gara non ha rilevato che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta tecnica relativa all'offerta di terminali mobili di tipologia 'entry' non conforme alle prescrizioni del capitolato speciale di appalto.

La sentenza in questione è stata impugnata in sede di appello dalla Vodafone Omnitel NV la quale ne ha chiesto l'integrale riforma articolando i seguenti motivi:

1) Erroneità della sentenza relativamente al rigetto del ricorso incidentale.

Il Tribunale avrebbe erroneamente respinto il motivo di ricorso incidentale con cui l'odierna appellante aveva chiesto di accertare che la Telecom Italia avesse violato la *lex specialis* di gara (nonché le previsioni di cui all'articolo 38 del 'codice dei contratti'), per non aver indicato – in sede di domanda di partecipazione – tutti i soggetti che sono tenuti *ex lege* a rendere tali dichiarazioni e per non averle in alcun modo rese (in particolare, l'omissione riguarderebbe la posizione del Vice Presidente del Consiglio di amministrazione della società appellata e di quattro direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara).

Secondo l'appellante, la mancata menzione di alcuni dei soggetti in relazione ai quali era necessario rendere le dichiarazioni *ex art. 38, cit.* avrebbe necessariamente determinato l'obbligo di escludere dalla gara la società Telecom alla luce della specifica prescrizione del disciplinare di gara, secondo cui "*qualora in sede di accertamento della veridicità dei requisiti attestati in sede di domanda di partecipazione e comprovati in sede di offerta, emerga la non veridicità delle dichiarazioni rese, e/o non risulti comprovato il possesso dei requisiti previsti ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente verrà escluso dalla gara*".

Ebbene, questo essendo il pertinente quadro disciplinare, l'appellante ritiene che la società Telecom Italia avrebbe certamente dovuto essere esclusa dalla gara in quanto:

- in sede di domanda di partecipazione, la ricorrente in primo grado non solo non aveva reso le dichiarazioni *ex art. 38, cit.* in relazione ad alcuni soggetti in relazione ai quali tale obbligo certamente sussisteva (Vice Presidente del CdA e direttori tecnici cessati nel triennio), ma aveva radicalmente omissa di fare menzione alcuna della posizione di tali soggetti, in tal modo ponendo in essere una grave lacuna notiziale che in alcun modo avrebbe potuto essere colmata dall'amministrazione;
- tale omissione, comportando la violazione della clausola della *lex specialis* la quale imponeva la puntuale indicazione di tutti i soggetti interessati dalle previsioni di cui al più volte richiamato articolo 38, si traduceva in una vera e propria dichiarazione 'non veritiera', sanzionata dalla *lex specialis* di gara con la sanzione espulsiva, anche a prescindere dall'eventuale possesso in concreto del prescritto di ordine generale;

- il T.A.R. ha comunque affermato in modo apodittico che in relazione ai (quattro) soggetti di cui sopra il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 dovesse ritenersi pacifico. Al contrario, siccome l'amministrazione aggiudicatrice non era neppure – a rigore – a conoscenza dell'esistenza di tali soggetti, non era stata *a fortiori* posta in condizione di verificare se tali requisiti sussistessero in concreto e fossero posseduti;

- il T.A.R. avrebbe applicato in modo erroneo le categorie proprie della controversa figura del 'falso innocuo', in quanto: a) la teorica del c.d. 'falso innocuo' non può comunque trovare applicazione nelle ipotesi in cui (come nel caso di specie) l'omissione dichiarativa fosse comunque – e in modo autonomo – sanzionata con la conseguenza espulsiva ai sensi della *lex specialis* di gara (e nel caso di specie, come si è detto, la sanzione espulsiva doveva conseguire in modo diretto alla non veridicità della dichiarazione realizzata attraverso la mancata menzione di alcuni soggetti quali il Vice Presidente del CdA); b) non avendo Telecom Italia fornito nel corso della vicenda informazioni effettive in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai soggetti omessi, la teorica del c.d. 'falso innocuo' non potrebbe comunque essere invocata; c) lo stesso T.A.R. ha dato atto della circostanza per cui il possesso dei ridetti requisiti in capo ai soggetti omessi non è stato mai accertato nella sede procedimentale, ma avrebbe dovuto essere appurato dall'amministrazione aggiudicatrice prima della stipula del contratto; d) anche a voler condividere la (peraltro controversa) categoria del c.d. 'falso innocuo', essa non potrebbe comunque consentire ai concorrenti di stravolgere l'assetto legislativo in tema di obblighi dichiarativi, facendo ricadere in modo improprio sull'amministrazione e sugli altri concorrenti l'onere della verifica in ordine al possesso in concreto di tali requisiti. E nelle ipotesi in cui – come nel caso di specie – la dichiarazione sia stata radicalmente omessa, il richiamato rischio di impropria traslazione sarebbe quanto mai evidente.

2) *Erroneità dell'accoglimento del ricorso principale di Telecom con riferimento al terzo motivo.*

Il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto fondato il motivo di ricorso principale proposto in primo grado da Telecom Italia e, conseguentemente, avrebbe erroneamente rilevato l'asserita difformità dell'offerta formulata da Vodafone Omnitel rispetto alle previsioni del capitolato tecnico di appalto.

In particolare, il Tribunale avrebbe in modo apodittico affermato che le caratteristiche dei terminali mobile di tipologia 'entry' offerti dalla Vodafone Omnitel NV fossero difformi rispetto a quanto richiesto dal c.s.a. e che fossero – comunque – di livello 'tecnologicamente inferiore'.

In tal modo decidendo, il Tribunale avrebbe omesso di considerare che, alla luce delle complessive previsioni della *lex specialis* di gara:

- il noleggio dei terminali mobili non rientrava nelle 'consistenze dei servizi e delle forniture' e non costituiva una specifica voce dell'offerta economica;
- non vi erano neppure dati certi in ordine al numero dei terminali mobili da fornire, ma SEA si era limitata unicamente a ipotizzare una certa quantità di terminali che avrebbe potuto richiedere in sede di esecuzione del contratto (nonché la suddivisione per le singole tipologie – tre – di terminali);
- con riferimento alle caratteristiche proprie dei terminali di livello 'entry', l'unica indagine che era consentita all'amministrazione era quella relativa alla compatibilità delle stesse con "un uso adatto ad esigenze operative", mentre il Tribunale si era spinto sino a formulare valutazioni tecniche improprie e, comunque, di tenore tale da comportare una sostanziale sovrapposizione rispetto alle prerogative proprie della discrezionalità tecnica riservata all'amministrazione;
- l'unica causa di esclusione prevista dalla *lex specialis* di gara per ciò che attiene la formulazione dell'offerta tecnica riguardava l'apposizione di riserve e/o eccezioni che avrebbero potuto renderla non valutabile dalla Commissione di gara (ipotesi – questa – certamente non sussistente nel caso in esame).

Oltretutto, il Tribunale avrebbe omesso di considerare che la stessa amministrazione aggiudicatrice aveva attribuito

all'offerta di terminali di tipologia 'entry' formulata dall'appellante un punteggio (pari a 0,25) la cui espressione dimostrava *ex se* che tale proposta tecnica fosse – sia pure in modo lieve – migliorativa rispetto ai requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis*.

E ancora, il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che l'offerta relativa a terminali di tipologia 'entry' con tecnologia 'dual band' (al posti di quella 'tri-band' richiamata in sede di *lex specialis*) costituisse un vero e proprio *aliud pro alio*, avendo ad oggetto una *res* del tutto inidonea ad assolvere alla funzione prevista in sede di documentazione di gara.

2) *Error in procedendo*.

La sentenza in epigrafe sarebbe, altresì, erronea e meritevole di riforma per non avere i primi Giudici in alcun modo giudicato in ordine ad alcuni motivi proposti da Telecom Italia e inerenti alcuni *errores in procedendo* i quali, ove fossero stati accolti, avrebbero comportato l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Si è costituita in giudizio la SEA - Società Esercizi Aeroportuali s.p.a., la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

Si è, altresì, costituita in giudizio la società Telecom Italia s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame e, in subordine, per l'accoglimento dell'appello incidentale, come da conclusioni ivi precisate.

Alla pubblica udienza del giorno 16 novembre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla società Vodafone Omnitel NV (attiva nel settore dei servizi telefonici), la quale aveva partecipato a una gara di appalto per l'affidamento dei servizi di telefonia nell'ambito degli scali aeroportuali milanesi classificandosi al primo posto, avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata (Telecom Italia s.p.a.) e, per l'effetto, è stata annullata l'aggiudicazione in proprio favore.

2. L'appello è infondato.

3. Il primo motivo di appello (con il quale la soc. Vodafone Omnitel NV ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha respinto il motivo di ricorso incidentale da essa stessa proposto in primo grado e relativo all'asserita necessità di disporre l'esclusione della ricorrente in primo grado per violazione delle disposizioni in tema di dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale ai sensi dell'articolo 38 del 'codice dei contratti') è infondato.

3.1. Come si è detto in narrativa, l'appellante ha fondato tale motivo di appello sulla mancata presentazione delle dichiarazioni *ex art. 38*, cit. da parte della ricorrente in primo grado in relazione: a) al Vice Presidente del CdA della Telecom Italia s.p.a. (sig. Aldo Minucci); b) a quattro direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando (signori Luigi Fammartino, Germano Tartaruga, Giovanni La Spada e Roul Pieroni).

Ora, ai fini della presente decisione, occorre annettere rilievo dirimente a due circostanze:

i) in primo luogo, il fatto storico per cui nessuno dei (cinque) soggetti in relazione ai quali era stata omessa la dichiarazione fossero incorsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, cit.;

ii) in secondo luogo, il fatto che nessuna delle disposizioni della *lex specialis* di gara potesse essere intesa nel senso di annettere valenza escludente al solo fatto di avere omesso la dichiarazione *ex art. 38*, cit. in relazione ad alcuno dei soggetti ivi contemplati.

Quanto al primo aspetto (insussistenza in concreto di cause di esclusione) la soc. Telecom Italia ha depositato in atti (memoria in data 28 settembre 2011) le dichiarazioni *ex art. 38* relative a tutti e cinque i soggetti per i quali tali dichiarazioni erano state inizialmente omesse.

Ebbene, per quanto riguarda la veridicità sostanziale di tali dichiarazioni (*i.e.*: l'effettiva insussistenza di cause di

esclusione a carico dei signori Minucci, Frammartino, Tartaruga, La Spada e Pieroni), non sono state sollevate contestazioni in corso di giudizio e la circostanza può pertanto considerarsi acquisita alla luce del principio processuale di non contestazione (in tal senso, il rinnovellato primo comma dell'articolo 115 del c.p.c.)

Ora, è indifferente ai fini della presente decisione (e per le ragioni che di seguito si esporranno, relative all'adesione al c.d. principio del 'falso innocuo') la circostanza per cui l'insussistenza di cause ostative ai sensi del più volte richiamato articolo 38 sia emersa solo nel corso del giudizio: ciò in quanto – nell'ottica del principio in questione – ciò che rileva è il dato *sostanziale* di tale insussistenza e non il momento in cui essa sia in concreto emersa.

Quanto al secondo aspetto (insussistenza di previsioni della *lex specialis* le quali comminassero l'esclusione dalla gara quale mera conseguenza dell'omessa indicazione di alcuno dei soggetti di cui è menzione nell'ambito dell'articolo 38, cit.), si deve osservare che tale omissione – contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante - non poteva condurre all'esclusione dalla gara, atteso che la *lex specialis* non disponeva affatto in questo senso.

Ed infatti, la pertinente statuizione della legge speciale di gara (secondo cui “*qualora in sede di accertamento della veridicità dei requisiti attestati in sede di domanda di partecipazione e comprovati in sede di offerta, emerga la non veridicità delle dichiarazioni rese, e/o non risulti comprovato il possesso dei requisiti previsti ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente verrà escluso*”) deve essere intesa – e correttamente è stata intesa – nel senso di comminare l'esclusione (non già a fronte di una qualunque omissione relativa ai requisiti di ordine soggettivo - impropriamente assimilata a una dichiarazione non veritiera -, bensì) soltanto in caso di dichiarazioni effettivamente rese e in concreto non veritiere in ordine al possesso di tali requisiti (il caso più evidente è quello della dichiarazione di insussistenza di ragioni di pregiudizio a carico di Tizio, laddove – al contrario – risulti che a suo carico tali ragioni di pregiudizio sussistano).

Ed infatti, la disposizione dinanzi richiamata connetteva la conseguenza escludente alla non veridicità “delle dichiarazioni rese” (e con specifico riferimento ai “requisiti attestati”), in tal modo palesando che il valore tutelato dalla medesima disposizione era quello della genuinità delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti.

Ancora, dall'esame della richiamata disposizione emerge che la relativa *ratio* fosse quella di contrastare dichiarazioni non veritiere volte a dissimulare l'esistenza di cause ostative in concreto sussistenti e non già quella di sanzionare l'omessa dichiarazione dietro la quale non si celasse alcuna effettiva causa ostativa.

Sotto tale aspetto è appena il caso di osservare che le clausole di bando le quali stabiliscono ipotesi di esclusione sono di stretta interpretazione e non possono essere intese oltre i casi e gli ambiti da esse espressamente richiamati (si tratta, del resto, di un'esplicitazione del noto principio di tassatività delle ipotesi di esclusione il quale ha rinvenuto da ultimo una puntuale traduzione normativa attraverso il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46 del d.lgs. 163 del 2006, come aggiunto dal n. 2) della lettera d) del comma 2 dell'art. 4, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70).

Ebbene, impostati in tal modo i termini concettuali della questione, ne emerge l'infondatezza del motivo di appello in questione, se solo si osservi che:

- secondo un condiviso orientamento giurisprudenziale, l'omissione di talune dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di ordine soggettivo (ovvero, la mancata osservanza sotto diverso profilo delle prescrizioni relative alle modalità e all'oggetto delle dichiarazioni da rendere ai fini della partecipazione alla gara) può rilevare ai fini dell'esclusione dalla gara solo in presenza di un'espressa previsione in tal senso nell'ambito della *lex specialis* di gara (in tal senso –*ex plurimis* -: Cons. Stato, IV, 1° aprile 2011, n. 2066; *id.*, VI, 22 febbraio 2010, n. 1017);
- l'approccio in questione risulta confermato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2012, n. 10 la quale (pur pronunciandosi nella diversa materia degli obblighi dichiarativi *ex art. 38* in caso di cessione d'azienda, ma con affermazione di principio certamente estensibile al caso che ne occupa) ha affermato

che “*in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione*” (punto 3.3. della motivazione in ‘Diritto’).

Conseguentemente, stante il certo possesso dei requisiti di ordine soggettivo *ex art. 38, cit.* da parte dei (cinque) soggetti per i quali la dichiarazione era stata omessa e in assenza di un'espressa previsione della *lex specialis* la quale comminasse per tali ipotesi l'esclusione dalla procedura quale conseguenza della mera omissione, ne consegue l'infondatezza del primo motivo di appello.

4. Il secondo motivo di appello (con il quale la soc. Vodafone Omnitel NV ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha accolto il terzo motivo del ricorso principale proposto dalla ricorrente in primo grado – per non essere l'offerta di gara della stessa Vodafone Omnitel NV conforme a quanto richiesto dal c.s.a. -) è infondato.

4.1. Al riguardo, occorre osservare:

- che la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma laddove ha fondato le proprie statuizioni sulle previsioni del Disciplinare di gara (*rectius*: sull'allegato modello di valutazione, sub par. 1) il quale stabiliva – con valenza prescrittiva e sufficiente chiarezza – che l'offerta tecnica dovesse avere una struttura del tutto conforme alle prescrizioni del Capitolato tecnico, stabilendo – altresì – che sarebbero stati esclusi i candidati i quali avessero presentato “*offerte tecniche nelle quali fossero sollevate eccezioni e/o riserve di qualsiasi natura ai requisiti minimi dettagliati nel Capitolato tecnico*”;

- che, pertanto, i partecipanti alla gara fossero obbligati a formulare le proprie offerte nel rispetto dei requisiti minimi indefettibili contenuti nel Capitolato, fatta salva la possibilità di proporre eventuali soluzioni migliorative che avrebbero consentito di conseguire un punteggio aggiuntivo;

- che, in particolare, il par. 2.2.1. del Capitolato tecnico richiedeva in modo espresso – per quanto concerne l'offerta dei ‘terminali mobili tipologia entry’ – talune caratteristiche minime, fra le quali (ai fini che qui rilevano): a) che si trattasse di modelli con tecnologia ‘dual mode’; b) che si trattasse di modelli in grado di assicurare una copertura GSM ‘tri-band’ (ai fini che qui rilevano si osserva che i terminali in questione rappresentavano una porzione del tutto apprezzabile di quelli che costituivano il complesso dell'offerta – 114 su un totale di 570 -).

Ebbene, questo essendo il quadro disciplinare di riferimento, i primi Giudici hanno correttamente rilevato che l'offerta di terminali mobili del tipo ‘entry’ formulata dall'appellante non fosse conforme alle prescrizioni vincolanti (e assistite da una clausola di tipo escludente per il caso di violazioni) contenute nel richiamato Capitolato, con la conseguenza che l'offerta in parola avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Ed infatti, risulta in atti che i terminali del tipo ‘entry’ previsti dall'offerta della Vodafone Omnitel non recassero la tecnologia ‘dual mode’ e non assicurassero una copertura GSM ‘tri-band’.

Sul punto in questione non sono state sollevate contestazioni in punto di fatto, pur se le tesi delle parti in causa divergono circa la qualificazione giuridica e le conseguenze di tali difformità.

Sotto tale aspetto, il Collegio osserva:

- che la difformità fra le prescrizioni vincolanti del Capitolato tecnico (il cui mancato rispetto era assistito da una clausola di tipo escludente) e il contenuto dell'offerta in concreto formulata non consentiva all'amministrazione aggiudicatrice di operare valutazioni tecniche di sorta, in quanto non poteva che condurre all'esclusione della concorrente la quale avesse formulato un'offerta difforme;

- che, conseguentemente, non possono essere in alcun modo condivise le deduzioni dell'appellante, secondo cui i primi Giudici avrebbero incongruamente travalicato il campo degli apprezzamenti tecnico-discrezionali, spingendosi a formulare valutazioni di merito in ordine alla ‘superiorità tecnica’ del modello di terminale offerto

rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara. Al riguardo si osserva che la mera (e conclamata) diversità fra il prodotto richiesto e quello offerto in sede di domanda di partecipazione era di per sé idonea a giustificare l'esclusione, risultando percepibile *per tabulas* e a prescindere dal ricorso a una consulenza tecnica;

- che, laddove l'odierna appellante avesse inteso contestare la clausola della *lex specialis* la quale prescriveva in modo così rigido (ma con valenza chiaramente escludente) le caratteristiche tecniche dei terminali richiesti, avrebbe dovuto farlo insorgendo tempestivamente avverso la richiamata prescrizione di gara;

- che la oggettiva difformità dinanzi richiamata (prescritta da una disposizione mai impugnata) giustificava *ex se* l'esclusione, a nulla rilevando la circostanza – enfatizzata dalla Vodafone Omnitel nella presente sede di appello – per cui i terminali offerti fossero comunque di un tipo “*adatto alle esigenze operative*” richieste dall'appalto per cui è causa;

- che la richiamata oggettiva difformità rende irrilevante ai fini della presente decisione la sostanziale confusione in cui sarebbero incorsi i primi Giudici in relazione alla differenza fra – da un lato – la caratteristica ‘dual-mode’ e – dall'altro – le caratteristiche ‘dual-band’ e ‘trial-band’.

5. Con il terzo motivo di appello la soc. Vodafone Omnitel NV ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui non ha esaminato alcuni motivi del ricorso in primo grado proposto da Telecom Italia e inerenti alcuni *errores in procedendo* i quali, ove fossero stati accolti, avrebbero comportato l'annullamento dell'intera procedura di gara.

5.1. Il motivo è inammissibile, atteso che – in ossequio al principio di disponibilità dei motivi di ricorso –, laddove il motivo proposto da un ricorrente non sia stato esaminato dal Giudice, solo l'originaria parte attrice potrà dolersi della mancata censura (ovvero, rinunziarvi, in tal modo determinando la formazione del giudicato).

Invece, non può considerarsi legittimato alla proposizione *in parte qua* dell'appello una parte diversa rispetto a quella che originariamente aveva proposto il motivo di ricorso il cui esame sia stato asseritamente pretermesso. A tacere d'altro, si osserva: a) che in capo all'odierna appellante difetterebbe comunque il presupposto processuale della soccombenza, tale da legittimare la proposizione del gravame; b) che, non avendo essa proposto il motivo in questione nell'ambito del primo ricorso (nel cui ambito, pure, aveva sollevato alcuni motivi di gravame in via incidentale), è certamente incorsa nel divieto di *nova* in appello.

5.2. Per ragioni analoghe non può trovare accoglimento il motivo di appello con il quale la Vodafone Omnitel NV ha lamentato la violazione da parte del T.A.R. del generale principio di ordine processuale secondo cui il Giudice sarebbe onerato ad esaminare in modo prioritario i motivi di ricorso idonei a determinare un più ampio effetto invalidante (nel caso di specie: l'integrale caducazione della procedura di gara, in vista della sua riedizione) rispetto a quelli idonei a sortire effetti processuali più limitati (nel caso di specie: l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante).

6. Siccome (per le ragioni dinanzi richiamate *sub* 2-5) il ricorso principale della soc. Vodafone Omnitel NV non può trovare accoglimento, non si fa luogo ad esaminare i motivi di appello incidentale proposti dalla soc. Telecom Italia, atteso che quest'ultima ha chiarito che si trattava di motivi proposti solo in via subordinata rispetto alla reiezione dell'appello proposto *principaliter*.

7. Per le ragioni sin qui esposte l'appello in epigrafe non può trovare accoglimento.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2013

IL SEGRETARIO

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