



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 264/08, proposto da:

SIRTI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti, Mario Sanino e Luigi Medugno, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dei primi due in Roma, via Bissolati n. 76;

contro

ALMAVIVA – THE ITALIAN INNOVATION COMPANY S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (R.T.I.) con Al maviva Finance s.p.a., e ALMAVIVA FINANCE S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con Al maviva – The Italian Innovation Company s.p.a., rappresentate e difese dagli avv. Luisa Turchia e Tommaso Di Nitto, ed elettivamente domiciliati presso lo studio della prima e altri s.t.p. in Roma, via Sannio n. 65;

TELECOM ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese (A.T.I.) con Reply s.p.a. e Omnia Network s.p.a., rappresentata e

N.1856/2008

Reg.Dec.

N. 264-279 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 161/2008

difesa dagli avv. Vincenzo Cerulli Irelli e Filippo Lattanzi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'ultimo in Roma, via G. P. da Palestrina n. 47;

FERROVIE DELLO STATO S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

FERSERVIZI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

e

sul ricorso in appello n. 279/08, proposto da:

FERROVIE DELLO STATO S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Bonelli, Giuseppe Morbidelli e Domenico Galli, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'ultimo in Roma, piazza della Croce Rossa n. 2;

contro

ALMAVIVA – THE ITALIAN INNOVATION COMPANY S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Al maviva Finance s.p.a., e ALMAVIVA FINANCE S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con Al maviva – The Italian Innovation Company s.p.a., come sopra rappresentate, difese e domiciliate;

TELECOM ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Reply s.p.a. e Omnia Network s.p.a., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

e nei confronti di

SIRTI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita

in giudizio;

FERSERVIZI S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza ter, 27 dicembre 2007, n. 14081;

visti i ricorsi in appello principale;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a., in proprio e nelle dette qualità;

visti gli atti di intervento ad *opponendum* di Telecom Italia s.p.a., in proprio e nella detta qualità;

visti i ricorsi in appello incidentale di Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a., in proprio e nelle dette qualità;

viste le istanze istruttorie di Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a., in proprio e nelle dette qualità;

visti i motivi aggiunti ai ricorsi in appello incidentale proposti da Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a., in proprio e nelle dette qualità;

viste le memorie delle parti;

visti tutti gli atti della causa;

relatore all'udienza pubblica del 4 marzo 2008 il consigliere Carmine Volpe, e uditi gli avv. R. Villata, A. Degli Esposti, M. Sanino e L. Medugno per Sirti s.p.a., L. Torchia per Almaviva – The Italian Innovation

Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a., F. Bonelli e G. Morbidelli per Ferrovie dello Stato s.p.a., nonché V. Cerulli Irelli e F. Lattanzi per Telecom Italia s.p.a.;

premessò che:

- Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a., in proprio e nelle dette qualità, hanno impugnato:

a) con il ricorso principale:

a.a) la nota dell'amministratore delegato di Ferrovie dello Stato s.p.a. n. FS-AD/A0011/P/2007/0000544 in data 4 ottobre 2007, di comunicazione alle ricorrenti dell'avvenuta aggiudicazione, in favore di Sirti s.p.a., della gara a procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di gestione in *outsourcing* dell'infrastruttura di elaborazione dati, di gestione e sviluppo delle applicazioni *software*, e di *call center* per il gruppo Ferrovie dello Stato;

a.b) il provvedimento di aggiudicazione della gara;

a.c) per quanto possa occorrere, tutti i verbali di gara, relativi sia alla fase di prequalifica che a quella dell'offerta;

a.d) per quanto possa occorrere, la lettera di invito in data 19 giugno 2007, con cui il R.T.I. ricorrente è stato invitato a partecipare alla gara, nella parte in cui, al capo VI, disciplina la procedura di aggiudicazione;

a.e) ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente;

b) con motivi aggiunti al ricorso principale:

b.a) gli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;

b.b) i verbali della commissione giudicatrice nn. 1, 2 e 7 del 2007;

b.c) la decisione di non sottoporre l'offerta di Sirti s.p.a. al procedimento di valutazione dell'anomalia e, per quanto possa occorrere, la lettera di invito alla gara, nella parte in cui non vengono individuati gli elementi specifici in base ai quali la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla valutazione della congruità dell'offerta anormalmente bassa;

b.d) la nota in data 18 settembre 2007 di nomina della commissione giudicatrice;

b.e) il verbale di prequalifica in data 18 maggio 2007, con cui si è proposto di invitare alla gara il costituendo R.T.I. composto da Indra Sistemas S.A. e Sirti s.p.a., nonché, per quanto possa occorrere, la lettera di invito inviata a tale R.T.I.;

- la gara, mediante procedura ristretta con il criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, veniva aggiudicata a Sirti s.p.a., la cui offerta aveva conseguito punti 88,3, mentre il costituendo R.T.I. tra Almviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almviva Finance s.p.a. aveva avuto punti 83,4;

- il bando prevedeva l'istituzione, con il vincitore della gara, di un accordo quadro della durata di sei anni (rinnovabili) avente a oggetto la fornitura a società del gruppo Ferrovie dello Stato s.p.a. dei detti servizi, per un importo complessivo presunto a base d'asta di euro 1.150.000.000,00, IVA esclusa;

- l'assegnazione dei servizi oggetto di gara era subordinata alla condizione essenziale dell'acquisto, da parte dell'aggiudicatario, di 149.099 azioni (corrispondenti al 100% del capitale azionario) di Tele Sistemi Ferroviari (TSF) s.p.a., attuale principale fornitore in *outsourcing* dei detti

servizi, al prezzo, fisso e immutabile, di euro 107.500.000,00 [punto III.1.4), lett. a), del bando di gara];

- TSF s.p.a. era partecipata per il 61% da Al maviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e per il 39% da Ferrovie dello Stato s.p.a.;

- il primo giudice, con la sentenza suindicata, ha:

a) respinto il ricorso incidentale e i motivi aggiunti allo stesso presentati da Sirti s.p.a.;

b) respinto i motivi aggiunti al ricorso principale;

c) accolto il primo motivo del ricorso principale proposto da Al maviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Al maviva Finance s.p.a., in proprio e nelle dette qualità;

- il primo giudice ha affermato che né il R.T.I. Al maviva né Sirti s.p.a. si sarebbero dovuti escludere dalla gara e che è fondato il primo motivo del ricorso principale (“violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara. Violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell’azione amministrativa”), in quanto era mancata la pubblicità nella fase dell’apertura dei plichi contenenti le offerte e delle buste contenenti le offerte economiche;

ritenuto che:

- preliminarmente, va disposta la riunione dei ricorsi in appello principale siccome proposti avverso la medesima sentenza;

- diversamente da quanto sostenuto da Sirti s.p.a. (con il ricorso incidentale di primo grado), il costituendo R.T.I. tra Al maviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Al maviva Finance s.p.a. non si sarebbe dovuto escludere dalla gara di cui trattasi, poiché:

1.1) la circostanza per cui Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. possedeva il 61% del capitale del precedente gestore (TSF s.p.a.) non dava di per sé luogo a una situazione di conflitto di interessi, preclusiva della partecipazione siccome idonea ad alterare la *par condicio* tra i concorrenti;

1.2) Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Ferrovie dello Stato s.p.a., prima della pubblicazione del bando della gara per cui è causa, avevano stipulato il 29 marzo 2007 un accordo di co-vendita, in forza del quale Almaviva conferiva a Ferrovie dello Stato s.p.a. un mandato irrevocabile a vendere (all'aggiudicatario della gara) le azioni di sua proprietà a un prezzo fisso e immutabile, pari a euro 720,99 per azione, predeterminato da un *advisor*, con la conseguenza di sottoporre anche il costituendo R.T.I. Almaviva, ove aggiudicatario, alla necessità dell'esborso del prezzo stabilito, e dismetteva tutti i poteri di gestione di TSF s.p.a.;

1.3) il nuovo consiglio di amministrazione di TSF s.p.a. (non più composto degli amministratori designati da Almaviva, sostituiti da amministratori indipendenti), conseguentemente, aveva deliberato il venire meno della soggezione della società alla direzione e al coordinamento di Almaviva;

1.4) l'acquisto, da parte dell'aggiudicatario della gara, del 100% del capitale azionario di TSF s.p.a. a un prezzo predefinito, costituiva condizione essenziale per l'assegnazione dei servizi oggetto di gara [punto III.1.4), lett. a), del bando] e non condizionava l'aggiudicazione della gara;

1.5) non è vero che Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. poteva acquistare TSF s.p.a. a un prezzo inferiore a quello imposto dal

bando di gara, trattandosi di prezzo prefissato e immutabile, e non configurando indebito vantaggio la sola qualità di azionista della società precedente fornitrice dei servizi messi in gara (anche se si è previsto l'acquisto di tutto il capitale azionario di quest'ultima società);

1.6) l'acquisto di TSF s.p.a. non ha rappresentato un elemento del confronto concorrenziale;

1.7) né la normativa né le prescrizioni di gara prevedono una causa di esclusione in tal senso, in presenza, invece, del diverso principio della massima partecipazione alle procedure concorrenziali;

1.8) non risulta che Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a., nella sua qualità di azionista di maggioranza di TSF s.p.a., si sia avvantaggiata, ai fini della predisposizione dell'offerta, di flussi informativi privilegiati e inaccessibili agli altri concorrenti; e comunque nessun elemento in contrario è stato dedotto, e quanto meno provato, nel proprio ricorso incidentale di primo grado da Sirti s.p.a., la quale si è limitata a denunciare la mera possibilità di Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. di “utilizzare a proprio vantaggio i flussi informativi privilegiati derivanti dalle conoscenze tecniche acquisite, in via esclusiva, per il tramite del rapporto di controllo esercitato sull'azienda che eroga da più di dieci anni i suddetti servizi, per le F.S. come per altre imprese pubbliche”; così che quanto ulteriormente dedotto da Sirti s.p.a. costituisce motivo nuovo, inammissibile in appello;

2.1) anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'avvalimento parziale verticale;

2.2) quanto disposto dall'art. 49, comma 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui "Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso") costituisce eccezione al sistema; il quale consente - in ogni caso e a prescindere da specifica previsione del bando - al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione a una specifica gara di lavori, servizi e forniture, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo) ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA altrui (art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006); e ammette che il bando di gara possa prevedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando;

2.3) gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, "la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offerdente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto" [nota della Commissione delle

Comunità europee n. 2007/2309/C(2208)0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, nella quale si rileva, tra l'altro, che le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 163/2006, "sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici"];

2.4) anche Sirti s.p.a. si era avvalsa dei requisiti di altra società;

3.1) vi è corrispondenza tra la quota di partecipazione al costituendo R.T.I. tra Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a. e le quote di esecuzione dei servizi dichiarate in sede di offerta, in quanto la misura della partecipazione della capogruppo mandataria al R.T.I. non risulta inferiore rispetto alla quota di servizi che quest'ultima intendeva eseguire;

3.2) in particolare, non sussiste la violazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 (secondo cui "I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"), in quanto Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a., in sede di presentazione dell'offerta, aveva dichiarato che essa partecipava al R.T.I. nella misura dell'80% e si impegnava a eseguire l'80% dei servizi oggetto di gara, mentre Almaviva Finance s.p.a. partecipava al R.T.I. nella misura del 20% e si impegnava a eseguire il 20% dei medesimi servizi (dichiarazione in data 14 settembre 2007);

3.3) quanto dedotto da Sirti s.p.a. - secondo cui dalle dichiarazioni rese risulta che, con riguardo al requisito di fatturato di cui al punto III.2.2),

lett. a), del bando, la misura della partecipazione di Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. al R.T.I. è pari al 74% e, con riguardo a quello di cui al punto III.2.2), lett. b), del bando, è pari al 65%, mentre la prima società ha dichiarato, ai sensi del capo III, lett. i.2 della lettera di invito, di volere eseguire una quota di prestazioni pari all'80% - oltre a costituire motivo nuovo, e quindi inammissibile, non essendo stato denunciato in primo grado (nei motivi aggiunti al ricorso incidentale), non ha pregio poiché, come correttamente rilevato dal primo giudice, le percentuali vanno calcolate sui fatturati minimi prescritti dal bando e non su quelli dichiarati;

4.1) la circostanza per cui il costituendo R.T.I. tra Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almaviva Finance s.p.a. aveva determinato il prezzo del servizio di *help desk* (HD) applicando la tariffa unitaria offerta per l'operatore junior, pari a euro 52.800,00, a un solo volume (anziché a due) e la tariffa unitaria offerta per l'operatore senior, pari a euro 40.421,00, a due volumi (anziché a uno), comportando un'inversione nei fattori di moltiplicazione, costituisce un errore materiale nella compilazione dell'offerta e consente alla commissione di correggerlo; sostituendo ai volumi effettivamente indicati (un operatore junior e due operatori senior) quelli richiesti dalle prescrizioni di gara (un operatore senior e due operatori junior);

4.2) il potere di correzione dei prezzi offerti, in caso di errori di calcolo, è stato conferito alla commissione dalla lettera di invito (capo VI);

4.3) anche l'offerta economica di Sirti s.p.a. è stata corretta dalla commissione a seguito della rilevazione di errori di calcolo;

- la commissione giudicatrice, nella fase dell'apertura dei plichi contenenti le offerte e delle buste contenenti le offerte economiche, non avrebbe potuto operare in seduta riservata anziché pubblica, poiché:

5.1) è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi (Cons. Stato: sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421);

5.2) il detto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica (Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 7578); ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354);

5.3) per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute occorre distinguere tra procedure di aggiudicazione automatica e quelle che

richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici. Per le prime la pubblicità delle sedute è generalmente totale al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. Per le seconde occorre tenere presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, la quale va effettuata in seduta riservata al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2355, 19 aprile 2007, n. 1790, 10 gennaio 2007, n. 45 e 7 novembre 2006, n. 6529; Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2012; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445, 16 giugno 2005, n. 3166 e 18 marzo 2004, n. 1427; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2002, n. 5421; Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 846; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2235);

5.4) la “*ratio*” ispiratrice del principio di pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa in tale materia (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529);

5.5) i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario degli appalti (Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166) e il principio della

pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni (Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427), come anche dei soggetti alla stessa equiparati (si veda pure l'art. 2, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 163/2006, il quale, ai sensi del successivo art. 206, comma 1, si applica ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria);

5.6) i principi del Trattato dell'Unione europea (U.E.), tra cui vi sono quelli di trasparenza e adeguata pubblicità, i quali hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006), si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili; a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1);

5.7) quanto affermato da questa sezione con le decisioni 9 giugno 2005, n. 3030 e 4 novembre 2002, n. 6004 - secondo cui la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste, è derogata dalla prevalente legislazione speciale operante nei settori ex esclusi (oggi speciali) ai sensi del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 - si riferiva a una procedura negoziata (art. 12 del d.lgs. n. 158/1995); procedura, solo questa, la quale "conserva margini di snellezza e di elasticità che giustificano la sottrazione a regole formali operanti con

riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo” (in tal senso si è espressa la citata decisione n. 6004/2002);

5.8) la circostanza per cui, nei settori speciali, l’art. 226 del d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce i contenuti dell’invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la *ratio* ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l’attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell’evidenza pubblica (art. 97, comma 1, della cost. e art. 1, commi 1 e 1-ter, della l. 7 agosto 1990, n. 241);

5.9) ai sensi dell’art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241/1990, “I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”, il quale prevede, tra i criteri che reggono l’attività amministrativa, quelli di “pubblicità e di trasparenza” e, ai sensi dell’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, tra i principi che devono essere rispettati (nell’affidamento di opere e lavori pubblici, servizi e forniture) vi sono quelli di trasparenza e di pubblicità;

5.10) non è dirimente la circostanza che l’allegato XIII, punto 11, lett. a) e b), al d.lgs. n. 163/2006, nell’ambito delle “Informazioni che devono comparire nei bandi di gara nei settori speciali di cui alla parte III del codice”, prevede l’indicazione (eventuale) delle “persone ammesse ad assistere all’apertura delle offerte” e della “data, ora e luogo di tale apertura” solo per le procedure aperte [così come prevedeva l’allegato XII,

lett. A, punto 11, lett. a) e b), al d.lgs. n. 158/1995, con la sola sostituzione di “se applicabile” a “eventualmente”; egualmente, senza l’uso dell’avverbio “eventualmente”, si prevede, nell’ambito delle informazioni che devono figurare nel bando di gara nei settori ordinari, da parte dell’allegato IX A, punto 13, lett. a) e b), al d.lgs. n. 163/2006]; si tratta, infatti, di precisazione che ha la finalità, pur sempre nel rispetto del principio di pubblicità, di contenere il numero delle persone da invitare per ragioni di semplificazione e speditezza dei relativi adempimenti, mentre una siffatta limitazione non avrebbe alcun senso nel caso di procedure ristrette, nelle quali il numero dei partecipanti è normalmente esiguo [in tal senso Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2355 e 18 marzo 2004, n. 1427, con riguardo all’allegato 4, lett. B, n. 10, lett. a) e b), al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157];

5.11) quanto disposto dall’art. 91, comma 3, del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (in tema di pubblicità delle sedute nei settori ordinari) è espressione del principio di cui si è detto al precedente paragrafo 5.3); e la disciplina in materia e le pronunce di giudici di altri Stati appartenenti all’U.E. non sono in grado di influire sulla decisione della controversia per cui è causa;

5.12) non vi è alcuna ragione per escludere, in mancanza di deroga espressa, l’applicabilità degli esposti principi anche ai settori speciali;

5.13) sono irrilevanti le circostanze per cui la prima seduta della commissione si era svolta il 18 settembre 2007 presso lo studio del notaio Ignazio De Franchis di Roma per la presa in consegna (da parte dello stesso) di tre plichi pervenuti al suo studio (contenenti le offerte alla gara), il notaio

aveva apposto sui plichi il proprio sigillo a garanzia dell'integrità degli stessi, e la seduta è poi proseguita presso la sede di Ferrovie dello Stato s.p.a. dove avrebbero potuto partecipare i rappresentanti dei concorrenti alla gara che avessero voluto esercitare le proprie facoltà partecipative; si tratta di circostanze che non esimono dal rispetto dell'obbligo della pubblicità della seduta di gara;

5.14) non può sostenersi che la mancata pubblicità delle sedute di gara non rilevarebbe di per sé come vizio della procedura occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela, non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa; le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post*, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6529, 20 marzo 2006, n. 1445 e 18 marzo 2004, n. 1427);

5.15) non è necessaria la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta, poiché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente la violazione in questione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ossia l'alterazione dei plichi) unicamente verificabile attraverso il rispetto della formalità sostanziale (ossia, l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa (Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28);

5.16) non è applicabile l'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 (secondo cui "Non è annullabile il provvedimento

adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”), anche perché non si è in presenza di attività vincolata dell’amministrazione;

5.17) la lettera di invito non andava immediatamente impugnata per non avere indicato il luogo, la data e l’ora della seduta di verifica e di apertura dei plichi, in quanto il principio di pubblicità delle sedute di gara si applica a prescindere da un’espressa previsione al riguardo da parte delle prescrizioni di gara (nella specie la lettera di invito non disponeva alcunché sulla pubblicità delle sedute di gara); e comunque la previsione di far pervenire la documentazione in un plico sigillato all’indirizzo del notaio De Franchis (capo III della lettera di invito) non aveva attribuito al medesimo alcun compito di verifica della loro integrità;

- il mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute della commissione, con riguardo alla fase dell’apertura dei plichi contenenti le offerte e delle buste contenenti le offerte economiche dei partecipanti, integra un vizio del procedimento e comporta l’invalidità derivata di tutti gli atti di gara;

- conseguentemente, vanno assorbiti i ricorsi in appello incidentale e i motivi aggiunti a siffatti ricorsi proposti da Almviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almviva Finance s.p.a.;

- gli interventi ad *opponendum* proposti da Telecom Italia s.p.a. vanno dichiarati inammissibili, in quanto la società ha proposto ricorso in primo grado (n. 11001/07 innanzi al medesimo primo giudice) avverso gli

atti della gara per cui è causa (deducendo, tra l'altro, come primo motivo, la violazione del principio di pubblicità delle sedute). Infatti, è inammissibile l'intervento ad *opponendum* svolto in appello da chi era legittimato all'impugnazione diretta dell'atto annullato dal giudice di primo grado (Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2007, n. 4434) e l'interesse a intervenire non può sussistere in capo a un soggetto titolare dell'interesse principale all'impugnazione e della conseguente legittimazione (Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491);

- in conclusione, i ricorsi in appello principale, previa riunione, vanno respinti, i ricorsi in appello incidentale e i motivi aggiunti proposti da Almoviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almoviva Finance s.p.a. devono essere assorbiti, e gli interventi ad *opponendum* presentati da Telecom Italia s.p.a. vanno dichiarati inammissibili;

- le spese del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate;

per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta:

- a) riunisce i ricorsi in appello principale e li respinge;
- b) assorbe i ricorsi in appello incidentale e i motivi aggiunti proposti da Almoviva – The Italian Innovation Company s.p.a. e Almoviva Finance s.p.a.;
- c) dichiara inammissibili gli interventi ad *opponendum* presentati da Telecom Italia s.p.a.;
- d) compensa tra le parti le spese del giudizio;

e) ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 4 marzo 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Claudio Varrone	presidente
Carmine Volpe	consigliere, estensore
Paolo Buonvino	consigliere
Domenico Cafini	consigliere
Aldo Scola	consigliere

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere
Carmine Volpe

Segretario
Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...22/04/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria