

N. 04997/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01646/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1646 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da Fastweb Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Stella Richter, con domicilio eletto presso Paolo Stella Richter in Roma, v.le G. Mazzini, 11;

contro

Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso Studio Legale Lattanzi in Roma, via G.P. Da Palestrina, 47;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione,

- degli atti di seguito indicati impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio: aggiudicazione senza la previa pubblicazione di un bando di gara dell'appalto per la "fornitura di servizi di comunicazione elettronica a

favore del Dipartimento di Pubblica Sicurezza e dell'Arma dei Carabinieri, quali servizi di fonia vocale, fonia mobile, trasmissione dati", di cui all'Avviso inviato in data 13.2.2012, pubblicato GU/S 532,16.2.2012, 5113-2012-TI nonchè di ogni altro atto comunque connesso, presupposto o conseguente e segnatamente del precedente avviso in data 20.12.2011, con dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

- degli atti di seguito indicati impugnati con memoria recante motivi aggiunti datata 12.4.2012: determina del 15 dicembre 2011; decreto di segregazione del 22.12.2011; determina del 22 dicembre 2011.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e di Telecom Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2012 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente ha rappresentato di aver illustrato al Ministero dell'Interno, con nota in data 3 maggio 2011, la propria capacità tecnica nel settore della telefonia e della comunicazione elettronica, facendo presente la sua posizione di titolare delle Convenzioni quadro CONSIP e CNIPA e manifestando il proprio interesse ad essere invitata alle gare che in seguito fossero state bandite dalla medesima Amministrazione.

Con l'avviso di aggiudicazione pubblicato in data 16.2.2012 il Ministero dell'Interno ha reso noto di avere appaltato a trattativa diretta a soggetto ivi non identificato e senza gara il servizio di comunicazione elettronica del

valore di 521.500.000,00 di euro.

A seguito di apposita richiesta di accesso agli atti, l'Amministrazione ha affermato l'insussistenza delle prospettate esigenze di conoscenza richiamando gli avvisi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea in data 20 dicembre 2011 e 16 febbraio 2012.

Con nota in data 27.2.2012, rimasta senza riscontro, Fastweb S.p.A. ha comunicato al Ministero dell'Interno la propria intenzione di proporre ricorso giurisdizionale.

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione, Fastweb SpA ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio avanzando le domande indicate in epigrafe.

Con memoria recante motivi aggiunti, datata 12.4.2012, Fastweb SpA ha, inoltre, impugnato la determina del 15 dicembre 2011, la delibera di segregazione e la determina del 22 dicembre 2011.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso sostenendo, nel merito, l'infondatezza delle censure avanzate dalla ricorrente.

Anche la controinteressata Telecom Italia S.p.A. si è costituita in giudizio eccependo e sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure proposte dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 3095 del 3 aprile 2012 si è preso atto della rinuncia della ricorrente alla domanda cautelare ed è stata disposta una istruttoria finalizzata all'acquisizione di documentati chiarimenti in merito ad alcuni profili specifici oggetto di causa.

Esaurita l'istruttoria le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese con ulteriori memorie.

All'udienza del 24 maggio 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio, in via preliminare, esamina le eccezioni di inammissibilità e improcedibilità avanzate dall'Amministrazione resistente e da Telecom Italia SpA.

1.1. Con un primo gruppo di eccezioni, il Ministero dell'Interno (cfr. memoria Avvocatura Generale dello Stato del 11.5.2012) e Telecom Italia SpA (cfr. memoria 30.4.2012) hanno affermato l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti in quanto Fastweb SpA non avrebbe affermato e dimostrato di essere in possesso dei requisiti di capacità necessari per eseguire il servizio affidato alla controinteressata. In particolare, è stato rilevato che Fastweb SpA non sarebbe in grado di fornire all'Amministrazione tutti i servizi oggetto della procedura ad evidenza pubblica contestata e, comunque, non avendo impugnato le determinazioni del 15 e del 22 dicembre 2011 ha omesso di contestare gli atti presupposti all'affidamento e all'accordo quadro.

Al riguardo il Collegio – rilevato che le determinazioni del 15 e del 22 dicembre 2011 sono state espressamente impugunate e dettagliatamente contestate con memoria recante motivi aggiunti datata 12.4.2012, nella quale è stata affermata l'intenzione di Fastweb SpA di utilizzare l'istituto dei motivi aggiunti sia per impugnare le citate determinazioni che per proporre ulteriori censure rispetto a quelle contenute nel ricorso introduttivo del giudizio (cfr. pag. 2 di 'motivi aggiunti') – condivide quanto rilevato dalla parte ricorrente (cfr. memoria 12.5.2012) circa il fatto che difficilmente un operatore economico del settore potrebbe erogare tutti i servizi oggetto della procedura contestata senza utilizzare risorse esterne. Ciò vale anche per quanto concerne l'utilizzazione dell'infrastruttura dell'Operatore dominante considerando, da una parte, che la liberalizzazione del settore comporta il principio della obbligatorietà della messa a disposizione della stessa in favore degli altri Operatori del settore e, dall'altra, che gli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo

di imprese consentono di superare eventuali difficoltà al riguardo.

Quindi, il fatto che Fastweb SpA sia un operatore mobile virtuale non consente di giungere alla conclusione affermata da Telecom Italia SpA circa il difetto di legittimazione attiva o la presunta carenza di interesse ad agire in giudizio.

1.2. Quanto rilevato all'inizio del precedente punto 1.1. consente di disattendere anche l'eccezione con la quale Telecom Italia SpA ha sostenuto l'improcedibilità del ricorso per mancata espressa impugnazione delle determinazioni 15.12.2011 e 22.12.2011, poiché tali atti sono stati espressamente impugnati con memoria recante motivi aggiunti datata 12.4.2012 e nei confronti degli stessi la ricorrente – contrariamente a quanto affermato dalla controinteressata – non ha mosso solo censure procedurali (come emerge, in modo particolare, dal successivo punto 2), ma ne ha contestato il contenuto ed, in particolare, la scelta di addivenire nel caso di specie ad un affidamento a Telecom Italia S.p.A. mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

1.3. Il Ministero dell'Interno e Telecom Italia SpA hanno eccepito l'inammissibilità della doglianza relativa alla violazione dell'art. 79-bis d.lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, Fastweb SpA ha controdedotto rilevando che a seguito della costituzione in giudizio dell'Amministrazione e della produzione della determina del 22.12.2011 sono stati notificati motivi aggiunti deducendo l'illegittimità dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva asseritamente carente sotto il profilo dell'indicazione dell'operatore economico in favore del quale era avvenuto l'affidamento disposto il 23.12.2011.

Il Collegio ritiene che nel caso di specie l'avviso volontario per la trasparenza preventiva, più che incidere sulla procedura espletata dall'Amministrazione, può rilevare ai fini di quanto stabilito dall'art. 121

c.p.a. e, quindi, tale censura sarà trattata al successivo punto 6), esaminando la domanda proposta dalla ricorrente tesa ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto.

Conseguentemente, vanno respinte le citate eccezioni di inammissibilità in quanto la censura di Fastweb SpA, oltre a poter assumere importanza quale vizio procedimentale in relazione alle determinazioni assunte dall'Amministrazione, può assumere rilievo sotto il profilo dell'inefficacia del contratto.

1.4. E' stata eccepita anche l'inammissibilità per carenza di interesse della censura relativa alla presunta violazione dell'art. 16 co. 2 l.n. 241/90, in quanto il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato è stato favorevole e se ne è tenuto conto nell'adottare la determina del 22.12.2011 e, quindi, la ricorrente non avrebbe alcun interesse al suo annullamento.

Tale censura risulta infondata in quanto Fastweb SpA ha dedotto la violazione dell'art. 16, comma 2, della legge n. 241/90, non tanto per contestare un vizio formale della procedura, ma per rilevare l'eccesso di potere che – a parere della parte ricorrente – si deduce dal fatto che il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato è stato reso successivamente all'adozione della determinazione in data 15.12.2011 e, quindi, dopo che la Stazione appaltante aveva deciso di affidare il servizio a Telecom Italia SpA.

1.5. Il Ministero dell'Interno ha eccepito l'inammissibilità del motivo di ricorso con il quale Fastweb SpA ha contestato la violazione dell'art. 59 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 23 d.lgs. n. 208/2011 e dell'art. 29 della Dir. 2009/81/CE, affermando che la ricorrente non avrebbe alcun interesse a contestare le modalità attraverso le quali si è giunti a sottoscrivere l'accordo quadro del 31.12.2011.

Al riguardo, il Collegio rileva che Fastweb SpA ha interesse a contestare le modalità attraverso le quali si è giunti a sottoscrivere l'accordo quadro, in quanto la ricorrente (ritenendo di essere in grado di erogare i servizi

oggetto della procedura impugnata) mira all'annullamento della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara al fine di indurre il Ministero dell'Interno ad espletare una procedura ad evidenza pubblica alla quale poter partecipare ed avere chances di ottenere l'affidamento dei servizi.

1.6. Il Ministero dell'Interno e Telecom Italia SpA, infine, hanno eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione del decreto di segretazione del 22.12.2011 perché tale atto non ha assunto alcun rilievo ai fini della scelta dell'affidamento diretto a Telecom Italia SpA;

A parere del Collegio tale eccezione è fondata e va accolta in quanto - anche se l'Amministrazione risulta aver esteso la classificazione di 'Riservatissimo' a servizi eterogenei -, la ragione dell'affidamento congiunto di tutti i servizi a Telecom Italia SpA è legata a ragioni di carattere tecnico e non alla segretazione disposta con il provvedimento impugnato.

Quindi, a Fastweb SpA non deriverebbe alcuna utilità dall'annullamento del decreto di segretazione.

2. Passando al merito della controversia, va rilevato che avverso i provvedimenti impugnati la parte ricorrente - con il ricorso introduttivo del giudizio e con memoria recante motivi aggiunti del 12 aprile 2012 - ha proposto i motivi di ricorso di seguito indicati.

I) Violazione dell'art. 28 della Direttiva 2009/18 CE e dell'art. 57 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; difetto di motivazione in relazione all'art. 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere (primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio). - L'art. 57 del codice dei contratti pubblici elenca le ipotesi tassative nelle quali è consentito aggiudicare un appalto di servizi con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. La lettera b) del secondo comma dell'articolo 57 consente di espletare una procedura del genere "qualora per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere

affidato unicamente ad un operatore economico determinato.” Gli atti posti in essere dall’Amministrazione ed, in particolare, l’avviso inviato in data 13.2.2012, contengono una motivazione della scelta della procedura negoziata del tutto apparente ed insufficiente. L’avviso si limita, infatti, a riportare il testo dell’art. 28, lettera e), della Direttiva 2009/18/CE che consente di far luogo a procedura negoziata “qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l’appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore determinato”. Al riguardo, il considerando 52 della Direttiva stessa precisa che “le ragioni tecniche in base alle quali un solo operatore economico può eseguire un appalto dovrebbero essere rigorosamente definite e giustificate caso per caso”. Tuttavia, costituendo il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara una eccezionale e grave deroga alla regola base di tutto il sistema, che è quella della massima concorrenza, l’Amministrazione aveva l’obbligo, rimasto inadempito, di giustificare adeguatamente la propria scelta. Invece, si è limitata a riportare pedissequamente il testo del citato 52° Considerando che esemplifica le ipotesi di affidamento diretto. Tutto ciò senza considerare che, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del rapporto con il precedente fornitore, la ricorrente aveva avuto cura di rappresentare la propria idoneità a svolgere il servizio chiedendo espressamente di essere invitata al confronto. A tale richiesta non è mai stato dato riscontro e della stessa non c’è traccia nei provvedimenti impugnati. Inoltre, quand’anche vi fosse stato un qualche profilo di esclusività o un qualche diritto di privativa, le dimensioni dell’appalto avrebbero comunque dovuto imporre la verifica della possibilità di frazionare la commessa, scorporando i servizi strettamente condizionati dai detti elementi e consentendo per la restante parte il pieno dispiegamento della regola della concorrenza (cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, decisione 28.9.1999, AS 187,

pubblicata sul bollettino n. 48/1999; Cons. Stato, Sez. V, 24.2.2009 n. 2600).

II) Violazione dell'art. 17 del D.Lgs. n. 163/2006 e della Direttiva 93/36/CEE; difetto assoluto di motivazione (secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio). - Per l'ipotesi in cui l'Amministrazione intendesse invocare esigenze di segretezza per giustificare il sommario procedimento attuato, va denunciato il mancato rispetto dell'art. 17 del codice dei contratti pubblici riguardante i contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza. Il quarto comma del citato articolo 17 stabilisce che "l'affidamento avviene previo esperimento di gara informale" mentre, nel caso di specie non è stato dato neppure un riscontro alla richiesta della ricorrente di essere almeno informata della intenzione di aggiudicare un appalto.

III) Violazione delle norme relative al procedimento amministrativo ed, in particolare, dell'art. 16, della legge n. 241/1990; violazione dell'art. 79-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 121 del d.lgs. n. 104/2010; difetto di motivazione in relazione all'art. 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere (primo motivo della memoria recante motivi aggiunti del 12 aprile 2012). - Dalla documentazione depositata dalla controinteressata Telecom Italia SpA e dal Ministero dell'Interno emerge, a parere della parte ricorrente, che in data 15 dicembre 2011, Telecom Italia SpA ha scritto all'Amministrazione comunicandogli l'imminente scadenza delle due Convenzioni in essere relative a servizi di comunicazioni elettroniche e dei relativi atti aggiuntivi (cfr. all. n. 1 doc. controinteressata). Il Ministero dell'Interno ha adottato nello stesso giorno una prima determinazione che individuava Telecom Italia SpA quale fornitore e partner tecnologico, successivamente invitato a partecipare alla negoziazione per il 23 dicembre 2011 al fine di proporre le condizioni tecnico-economiche della fornitura (cfr. all. n. 2 doc. controinteressata). L'Amministrazione ha, altresì, chiesto

il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato su tale provvedimento ma, senza attenderne il riscontro, il medesimo 15 dicembre ha spedito alla G.U.C.E. l'avviso volontario per la trasparenza preventiva (cfr. all. n. 8 doc. controinteressata). Il parere richiesto è stato inviato all'Amministrazione il 20 dicembre 2011 e, per asserito effetto dei suoi contenuti, la determinazione del 15 dicembre è stata modificata/sostituita con una successiva determinazione del 22 dicembre. Il 31 dicembre 2011 è stata firmata la Convenzione-quadro fra il Ministero dell'Interno e Telecom Italia SpA (cfr. all. n. 6 doc. controinteressata). Tale celere procedura ha, poi, subito un rallentamento in quanto solo il 13 febbraio 2012 l'Amministrazione ha inviato alla G.U.C.E. l'avviso di aggiudicazione dell'appalto, pubblicato il 16 febbraio (cfr. all. n. 9 doc. controinteressata). Dunque, il Ministero dell'Interno ha proceduto con la spedizione dell'avviso di trasparenza preventiva senza attendere il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, nonostante l'art. 16, comma 2, della legge n. 241/1990 consenta all'Amministrazione che richiede il parere di procedere indipendentemente dalla sua acquisizione solamente "in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere facoltativo o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie". Tra l'altro, il parere si è dimostrato, a detta dello stesso Ministero dell'Interno, fondamentale, dato il suo effetto di condurre all'adozione della nuova Determinazione (il 22 dicembre 2011), che "sostituisce a ogni effetto la precedente" (cfr. all. 5 doc. controinteressata). Oltre a tale vizio procedimentale, il Ministero dell'Interno è incorso anche nella violazione dell'art. 79-bis, del d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale l'avviso volontario per la trasparenza preventiva deve indicare, tra l'altro, "denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva". Nel caso di specie, invece, quando il Ministero dell'Interno ha inviato l'avviso non sussisteva ancora alcuna aggiudicazione

definitiva, come dimostra il fatto che in data 21 dicembre 2011 l'Amministrazione ha inviato a Telecom Italia SpA una nota con la quale la invitava a partecipare alla procedura negoziata per il successivo 23 dicembre al fine, tra l'altro, di definire le concrete modalità di erogazione della fornitura (cfr. all. 4 doc. controinteressata). E' evidente, pertanto, che la determinazione del 22 dicembre 2011 non costituiva aggiudicazione definitiva. Ciò è confermato dal successivo avviso inviato dal Ministero dell'Interno il 13 febbraio 2012 che, infatti, è denominato "Avviso di aggiudicazione di appalto" (cfr. all. 9 doc. controinteressata). L'avviso spedito dal Ministero il 15 dicembre 2011, quindi, lungi dall'essere esaustivo ed in regola con la disciplina nazionale e comunitaria, era carente in uno dei suoi elementi fondamentali costituito dall'aggiudicazione definitiva del contratto. Ciò vale anche agli effetti dell'art. 121, del d.lgs. n. 104/2010, che prevede una deroga all'obbligo per il giudice di dichiarare inefficace un contratto stipulato senza previa pubblicazione del bando solamente nel caso in cui la stazione appaltante "abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 2 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto".

IV) Violazione dell'art. 59, del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 23, del d.lgs. n. 208/2011; violazione dell'art. 29, Direttiva 2009/81/CE; difetto di motivazione in relazione all'art. 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere (secondo motivo della memoria recante motivi aggiunti del 12 aprile 2012).

– L'Amministrazione ha affidato il servizio in questione a Telecom Italia SpA mediante un accordo-quadro, omettendo di pubblicizzare tale circostanza negli avvisi del 15 e del 22 dicembre 2011, nonostante ciò sia chiaramente imposto, per la materia che qui interessa, dalla Direttiva

2009/81/CE. Solamente dagli atti depositati in corso di causa è emersa questa rilevante circostanza. Inoltre, l'accordo quadro risulta avere un oggetto indeterminato e, quindi, non in linea con quanto previsto dal Considerando 21 della Direttiva 2009/81/CE. Al contrario, la Convenzione firmata dal Ministero dell'Interno e da Telecom Italia SpA risulta talmente indeterminata e ambigua che al suo interno - sotto la voce "servizi di telecomunicazioni" - può essere compresa una moltitudine di attività tale da rendere impossibile una classificazione precisa del suo oggetto. Infine, va considerato che l'accordo-quadro è stato concluso per la durata massima possibile per tali tipi di contratti del settore, mentre il Considerando 21 della Direttiva 2009/81/CE, prevede che, al fine di garantire l'osservanza dei principi generali ed, in particolare, il principio della parità di trattamento, la durata massima degli accordi quadro dovrebbe essere limitata.

V) Violazione dell'art. 17, d.lgs. n. 163/2006 e della Direttiva 93/36/CEE; difetto assoluto di motivazione (terzo motivo della memoria recante motivi aggiunti del 12 aprile 2012). - Nel decreto del Direttore Generale della Pubblica Sicurezza del 22 dicembre 2011 (all. 7 doc. controinteressata), adottato lo stesso giorno dell'impugnato affidamento, si legge che "l'affidamento delle attività riguardanti lo sviluppo dei Servizi di telefonia, trasmissione dati e ICT ivi compresi le procedure tecniche e i relativi progetti, è coperto da classifica di segretezza a livello 'Riservatissimo', ai sensi della vigente normativa". L'Amministrazione fa leva su tale decreto per affermare l'importanza e la peculiarità dei servizi oggetto dell'appalto. La logica del procedimento, però, è invertita perché in tal modo la segretezza è stata considerata quale fatto da cui dedurre la sensibilità dell'attività mentre, al contrario, dovrebbe essere l'attività in re ipsa che, data la sua pertinenza con dati sensibili e riservati ai fini della sicurezza nazionale, viene coperta dalla riservatezza e, in deroga alla disciplina

generale sul procedimento amministrativo, non resa accessibile ai terzi. L'assenza di motivazione e l'illogicità manifesta del citato decreto di segretazione ne rendono evidente l'illegittimità, anche perché lo stesso risulta in contrasto con la prassi di altre Amministrazioni che, nei fatti, hanno smentito la necessità di un fornitore unico. Sotto questo profilo, va considerato, a titolo esemplificativo, che il Ministero della Difesa ha aderito con Fastweb SpA alla Convenzione Consip per i servizi di telefonia fissa, ritenendo frazionabile la fornitura dei servizi di telefonia, trasmissione dati e ICT; allo stesso modo ha agito il Ministero della Giustizia che si è rivolto a diversi partner commerciali per usufruire dei servizi di comunicazioni elettroniche e relativi apparati. Il decreto di segretazione, dunque, è illegittimo per avere esteso indiscriminatamente la classificazione di "riservatissimo" (di cui la ricorrente è titolare dal 30 ottobre 2003) a servizi eterogenei e con diverse caratteristiche, apparentemente in assenza di analisi tecniche e dell'individuazione dei singoli servizi.

VI) Eccesso di potere sotto ulteriori profili in relazione anche ai provvedimenti già oggetto specifico del ricorso introduttivo del giudizio (quarto motivo della memoria recante motivi aggiunti del 12 aprile 2012). – I fatti che hanno caratterizzato la vicenda oggetto di causa dimostrano che gli atti assunti dall'Amministrazione sono viziati da eccesso di potere in quanto: A) dopo avere aspettato otto anni e avere ignorato la disponibilità segnalata da Fastweb SpA otto mesi prima della scadenza dei rapporti contrattuali, il Ministero dell'Interno riceve un invito a provvedere da Telecom Italia SpA il 15 dicembre 2011 e nello stesso giorno adotta la "Determinazione per l'individuazione di Telecom Italia s.p.a. quale partner tecnologico e fornitore"; B) con nota in data 21 dicembre 2011 il Ministero dell'Interno ha invitato Telecom Italia SpA "a partecipare il giorno 23 p.v. all'inizio della negoziazione", mentre il giorno 22 dicembre (quindi prima dello stesso "inizio" della trattativa), la stessa Amministrazione aveva

adottato la delibera di aggiudicazione definitiva con indicazione dell'importo di spesa nonostante la copertura finanziaria non fosse stata ancora ottenuta (cfr. lett. q) delle premesse della Convenzione, che parla di copertura "richiesta"); C) l'Avvocatura Generale dello Stato, malgrado sia stata coinvolta per ottenere ex post un avallo della decisione già presa di non bandire alcuna gara, ha, sottolineato l'opportunità di "ricercare (almeno per il futuro) una soluzione alternativa per l'affidamento dei servizi in oggetto, anche al fine di verificare la praticabilità, da un punto di vista tecnico, di altre modalità procedurali quale, per esempio, quella del dialogo competitivo", ma l'Amministrazione ha stipulato la Convenzione per la durata massima consentita dalla legge (7 anni), senza contare che gli investimenti di Telecom risultano tutti risalenti e da tempo dunque completamente ammortizzati e che una eventuale migrazione ad altro fornitore avrebbe richiesto un periodo di molto inferiore a quello indicato dal Ministero dell'Interno in un minimo di tre anni.

3. L'Amministrazione resistente e Telecom Italia SpA hanno prodotto note, memorie e documenti per sostenere la correttezza del proprio operato e l'infondatezza del ricorso.

In particolare, il Ministero dell'Interno e la controinteressata hanno evidenziato che: - le ragioni del fornitore unico individuato mediante procedura negoziata sono state esplicitate dall'Amministrazione nelle determinazioni del 15 e del 22 dicembre 2011; - le scelte dell'Amministrazione sono in linea con quanto stabilito dall'art. 57, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 28, par. 1, lett. e), della Dir. 2009/81/CE, da interpretare in base a quanto stabilito nel considerando n. 52; - il concetto di 'ragioni tecniche', infatti, va valutato alla luce di quanto precisato nel richiamato 'considerando' n. 52 della Dir. 2009/81/CE; - il servizio si basa sul Sistema di Supervisione Integrato (SI.S.In.) di proprietà Telecom Italia SpA e, quindi, solo a questa Società l'Amministrazione

avrebbe potuto affidare i servizi in questione; - le decisioni assunte costituiscono l'esito di una articolata istruttoria nel corso della quale si è tenuto conto delle esigenze da soddisfare e dell'oggetto dei servizi da affidare; - Telecom Italia SpA è titolare di diritti di privativa; - la documentazione allegata alla Relazione depositata il 28.4.2012 dimostra la correttezza dell'operato dell'Amministrazione; - l'Amministrazione non ha violato l'art. 16 co. 2 l. n. 241/90 perché la determina del 15.12.2011 è stata sostituita dalla determina del 22.12.2011 assunta dopo l'acquisizione del parere dell'Avvocatura Generale dello Stato; - la data di negoziazione (23.12.2011) è stata successiva al parere dell'Avvocatura dello Stato (del 20.12.2011) e, comunque, il parere era facoltativo ed è stato reso in termini favorevoli, sicché l'eventuale vizio è da considerare irrilevante ex art. 21-octies l.n. 241/90; - l'avviso del 15.12.2011 aveva lo scopo di informare dell'intenzione di affidare l'appalto ad un determinato operatore economico e, quindi, ha preceduto e non seguito l'aggiudicazione; - non è vero che l'accordo quadro ha un oggetto indeterminato, perché lo stesso è descritto all'articolo 2, che trova il suo fondamento nella determina del 22.12.2011 che prevede l'affidamento a Telecom Italia SpA della attività riportate nell'allegato 7 (elenco servizi) della medesima determinazione; - la durata dell'accordo quadro (7 anni) è in linea con quanto stabilito dall'art. 29 Dir. 2009/81/CE e dall'art. 16 d.lgs. n. 208/2011; - le determinazioni del 15 e del 22 dicembre 2011 sono state precedute da una ampia e articolata istruttoria sviluppatasi nel tempo, come emerge dalla Relazione e dalla documentazione depositata il 28.4.2012; - il mancato ottenimento della copertura finanziaria occorrente per l'affidamento si spiega con il ritardo con il quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha dato seguito alle richieste dell'Amministrazione; - l'Amministrazione non aveva alcun obbligo di riscontrare la lettera Fastweb SpA del 3.5.2011.

4. Il Collegio ritiene che le censure proposte da Fastweb S.p.A. siano

fondate, nei limiti di seguito indicati, e debbano essere accolte.

Mediante la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara e la conseguente stipula della convenzione quadro in data 31.12.2011, l'Amministrazione resistente ha affidato a Telecom Italia S.p.A. i servizi di comunicazione elettronica e relative forniture complementari e/o strumentali nonché i lavori connessi, complementari e/o strumentali su tutto il territorio nazionale a favore del Dipartimento della Pubblica Sicurezza e dell'Arma dei Carabinieri, nonché di eventuali altri Enti/Dipartimenti che fanno capo al Ministero dell'Interno. In particolare, a Telecom Italia SpA sono state affidate le attività di prestazione dei servizi nell'ambito delle prestazioni elettroniche con particolare ma non esclusivo riferimento ai servizi (di base e aggiuntivi) di telefonia fissa, di trasmissione dati, di telefonia mobile, di outsourcing e relativi servizi di riservatezza e sicurezza, di coordinamento informatico, di implementazione di prodotti, sistemi e servizi di comunicazione elettronica e dipendenti servizi di informatica, attività di supporto logistico, manutenzione e sviluppo.

Ciò risulta dall'art. 2 della convenzione quadro del 31.12.2011, da valutare alla luce di quanto stabilito nella determina del 22.12.2011 che prevede l'affidamento a Telecom Italia SpA della attività riportate nell'allegato 7 (elenco servizi) della medesima determinazione, sicché va respinta la censura con la quale Fastweb SpA ha affermato l'indeterminatezza dell'oggetto dell'affidamento.

Le parti in causa concordano sul fatto che non tutto l'oggetto della convenzione quadro rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/81/CE (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), tanto che, a

giustificazione della procedura seguita, l'Amministrazione ha richiamato (sia nella determina 15.12.2011, che nella determina 22.12.2011, adottata a seguito del parere dell'Avvocatura Generale dello Stato del 20.12.2011, che si è espresso anche su tale profilo) sia l'art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006, che l'art. 28, par. 1, lett. e), della citata direttiva 2009/81/CE (posto che la normativa di recepimento della disciplina comunitaria, contenuta nel d.lgs. n. 208/2011, non era ancora entrata in vigore all'epoca dei fatti).

Le disposizioni contenute nelle due fonti indicate sono in linea nel prevedere la possibilità di affidare servizi mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: - qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006); - qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (art. 28, par. 1, lett. e), direttiva 2009/81/CE).

Sempre a sostegno della scelta seguita nel caso concreto, nelle determinazioni del 15 e del 22 dicembre 2011 l'Amministrazione ha richiamato il 'considerando' n. 52 della medesima Dir. 2009/81/CE – che costituisce utile strumento interpretativo delle richiamate disposizioni comunitarie -, il quale stabilisce che "Può accadere che, per talune forniture rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva, un solo operatore economico sia in grado di eseguire l'appalto perché titolare di diritti esclusivi o per ragioni tecniche. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore dovrebbe poter aggiudicare appalti o accordi quadro direttamente a quell'operatore economico. Tuttavia, le ragioni tecniche in base alle quali un solo operatore economico può eseguire un appalto dovrebbero essere rigorosamente definite e giustificate

caso per caso. Esse potrebbero comprendere, ad esempio, l'impossibilità rigorosamente tecnica che un candidato diverso dall'operatore economico selezionato consegua gli scopi richiesti o la necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui solo un unico operatore dispone. Si può trattare, ad esempio, di modifiche o riconfigurazioni di materiale particolarmente complesso. Le ragioni tecniche possono anche derivare da requisiti specifici di interoperabilità o sicurezza che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento delle forze armate o delle forze di sicurezza.”.

Ciò posto, si tratta di capire se il caso concreto rientri o meno nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria e nazionale richiamata e, quindi, se i servizi indicati possono essere affidati mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Il Collegio ritiene che ciò non sia possibile in quanto – sia dalle determinazioni del 15 e 22 dicembre 2011, che dalla Relazione e dalla documentazione depositata dall'Amministrazione il 28.4.2012, in esecuzione dell'ordinanza n. 3095/2012 – emergono, per lo più, ragioni di opportunità e difficoltà che potrebbero derivare dall'affidamento dei medesimi servizi ad operatori economici diversi da Telecom Italia S.p.A., ma non indiscutibili ‘ragioni tecniche’ che depongono nel senso della indispensabilità o, comunque, della necessità di affidarli a tale Società.

Infatti, dalla documentazione richiamata emerge che: - in virtù dei servizi resi da Telecom Italia SpA negli anni precedenti il contestato affidamento, si è sviluppato un processo di ottimizzazione, una evoluzione, integrazione ed estensione delle infrastrutture tecnologiche, che hanno consentito all'Amministrazione di fruire di sistemi altamente integrati su tutto il territorio nazionale; - la crescente complessità logistica dei sistemi di comunicazione elettronica del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, unitamente alla rete in ponte radio digitale, ha reso necessaria la

predisposizione di uno strumento di controllo di tutte le attività e servizi al fine di garantirne la maggiore omogeneità possibile (sulla base di tale esigenza è stato realizzato il Sistema di Supervisione Integrato – Si.S.In., costituente un interfaccia unica verso tutti gli operatori deputati al controllo dell'intera piattaforma di rete); - al fine di garantire adeguati livelli di servizio del Si.S.In. l'Amministrazione ha implementato un modello tecnico organizzativo verticale che si basa su un Presidio specializzato centralizzato misto (composto da personale del Ministero dell'Interno e del fornitore); - tutti i processi sono supportati dalla messa a disposizione di un Portale utente per la gestione amministrativa dei servizi e per il monitoraggio; - l'intero sistema di comunicazioni elettroniche del Dipartimento della Pubblica Sicurezza è un insieme di progettualità complesse e profondamente interconnesse; - tutto ciò impone la scelta di una gestione unitaria di tutti i servizi di comunicazione elettronica, sia fissi che mobili, e la necessità di individuare un partner tecnologico unitario per garantire la continuità dell'erogazione dei servizi, tenendo conto delle esigenze dell'Amministrazione che possono essere soddisfatte da un fornitore dotato di specifici requisiti di capacità esperienza e dimensioni.

Da tali premesse, nelle citate determinazioni del 15 e del 22 dicembre 2011, si giunge alla conclusione che nel caso concreto ricorrono le condizioni fissate dall'art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 28, par. 1, lett. e), della direttiva 2009/81/CE, per affidare a Telecom Italia S.p.A. tali servizi in quanto: - trattasi dell'unico operatore in grado di utilizzare conoscenze, strumenti e mezzi specifici, da questi espressamente elaborati e messi a disposizione dell'Amministrazione, alcuni dei quali, come, ad esempio, software specifici per il coordinamento dei servizi e dei sistemi, protetti da diritti di esclusiva; - l'affidamento ad operatori alternativi comporterebbe la necessità di modifiche e riconfigurazioni dei sistemi e dei servizi ed, in modo particolare, di quelli oggetto di attività di

integrazione e coordinamento attraverso le strutture del Si.S.In. (di esclusiva proprietà di Telecom Italia SpA) ad un prezzo e a condizioni economiche sproporzionati e con tempi tecnici non compatibili con la necessità di una assoluta continuità dei servizi afferenti alla sicurezza; - i tempi di una eventuale migrazione ad altro fornitore del sistema integrato dei servizi TLC e ICT possono essere stimati in un periodo non inferiore a tre anni.

Ebbene, il Collegio ritiene che tali dati di fatto e circostanze non integrino i requisiti e le condizioni fissate dalla legge per disporre l'affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, perché non integrano quelle specifiche 'ragioni tecniche' che inducono a ritenere che vi fosse un solo operatore economico (nella specie, Telecom Italia S.p.A.) in grado di garantire l'esecuzione dei servizi indicati.

In senso contrario non depongono né la Relazione depositata dall'Amministrazione il 28.4.2012 (in esecuzione dell'ordinanza n. 3095/2012) – sostanzialmente ripetitiva, per i profili che interessano in questa sede, delle circostanze indicate nelle determinazioni datate 15 e 22 dicembre 2011 -, né la documentazione ivi allegata.

In merito a tale documentazione va, peraltro, rilevato che alcuni atti depongono nel senso che: - il Si.S.In. è in grado di assicurare "l'integrazione indipendentemente dalle tecnologie e dai produttori in essere" e, quindi, il sistema consente la compresenza di più fornitori (cfr. doc. 4); - il Ministero dell'Interno era cosciente dell'esigenza di conseguire una autonomia nella gestione del sistema di controllo delle reti (cfr. doc. 5); - è possibile integrare altri servizi con il Si.S.In. (cfr. doc. 6, 7 e 8); - i tempi necessari per la migrazione avrebbero potuto essere diversi e inferiori rispetto a quelli indicati dall'Amministrazione in tre anni (cfr. doc. 13).

Per quanto concerne, in particolare, il citato Si.S.In., va aggiunto che il fatto che lo stesso sia di proprietà del fornitore (cioè, di Telecom Italia S.p.A.)

non può costituire ragione ostativa alla possibilità di selezionare fornitori diversi. Infatti, il costo del Si.S.In. è di circa 3,6 mln. di euro (cfr. doc. 11 e 12 allegati alla Relazione depositata dall'Amministrazione il 28.4.2012; circostanza non contestata dall'Amministrazione e dalla controinteressata) pari a meno dell'1% del valore dell'affidamento oggetto di causa e, quindi, l'Amministrazione avrebbe dovuto avvertire l'esigenza di sondare il mercato anche per verificare la possibilità di acquisire un sistema alternativo del quale acquisire il diritto di proprietà, in linea con il principio di buona amministrazione che impone di evitare soluzioni che creano rendite di posizione (per il fornitore) e vincoli (per l'Amministrazione) dai quali è difficile affrancarsi.

In merito alla procedura individuata per affidare a Telecom Italia SpA i servizi, facendo riferimento alla stessa giurisprudenza (comunitaria e nazionale) richiamata dall'Amministrazione resistente, va rilevato quanto segue.

La procedura negoziata deve essere ritenuta eccezionale e deve essere applicata soltanto in casi elencati in via limitativa. La disciplina comunitaria menziona tassativamente ed espressamente le uniche eccezioni per le quali è consentito il ricorso alla procedura negoziata. L'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (CGCE 8.4.2008 causa C-337/2005: nel caso di specie, la Repubblica italiana non ha dimostrato giuridicamente la ragione per cui solamente gli elicotteri prodotti dall'Agusta sarebbero dotati delle specificità tecniche richieste; in particolare, non ha dimostrato sotto quale profilo un cambiamento di fornitore l'avrebbe costretta ad acquisire un materiale fabbricato secondo una tecnica differente, tale da comportare un'incompatibilità ovvero difficoltà tecniche di uso o di manutenzione sproporzionate: le analogie con il caso di specie sono evidenti).

Per assegnare un ulteriore e successivo contratto alla stessa impresa cui era stato aggiudicato l'appalto iniziale (come avvenuta nella fattispecie), lo Stato membro è tenuto a dimostrare le ragioni tecniche che rendono assolutamente necessaria siffatta scelta. In tal senso, non basta affermare che un insieme di lavori sia complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore; e ciò soprattutto allorché i lavori (o, come nel caso di specie, i servizi) sono ripartiti (ovvero, nella fattispecie, ripartibili) in lotti. Infatti, la disciplina comunitaria che autorizza l'attribuzione degli appalti mediante la procedura negoziata, in deroga alle norme che stabiliscono la procedura aperta e la procedura ristretta, devono essere interpretate restrittivamente, e spetta allo Stato che intenda avvalersi di tale procedura l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga (CGCE 14.9.2004 causa C-385/2002).

La procedura negoziata senza bando di gara costituisce una deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici e pertanto i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'Amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi. La motivazione circa la necessità della trattativa con un unico imprenditore deve essere rigorosa e non inficiata da vizi logici. Al riguardo, occorre dimostrare che un determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del know how necessario per eseguire la prestazione. I presupposti per il ricorso alla procedura negoziata ricorrono soltanto quando si tratti di qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, sì che l'art. 57 comma 2,

lett. b), d.lg. n. 163 del 2006 trova applicazione in casi quali quelli di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche (TAR Lazio, Sez. III, n. 286/2010).

L'ipotesi di cui all'art. 57 comma 2, lett. b), del codice dei contratti, correttamente e restrittivamente interpretata, può operare solo se è sufficientemente chiaro a priori che ne ricorra il presupposto applicativo e non, invece, se occorra una profonda e complessa indagine comparativa e di mercato per giungere ad una siffatta conclusione. La logica insita nella norma, che eccezionalmente deroga al principio della gara, è quella di non imporre una gara il cui esito sia pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta. In casi del genere, l'unicità del fornitore deve essere certa prima di addivenire all'affidamento e l'indagine di mercato può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla (TAR Lazio, Sez. III, n. 286/2010).

Ebbene, nel caso di specie – proprio per le ragioni sopra evidenziate –, anche alla luce della disponibilità manifestata da Fastweb S.p.A. con nota del 3 maggio 2011 –, non era così scontato a priori che un solo operatore economico (Telecom Italia S.p.A.) era in grado di assicurare la prestazione richiesta, posto che non vi erano né diritti di esclusiva (ma, al più, problemi superabili di proprietà del Si.S.In.) né ragioni tecniche che impedissero l'espletamento di una procedura selettiva.

Sotto altro profilo, va rilevato che alcuni dei servizi rientranti nella procedura contestata hanno costituito oggetto di contratti quadro stipulati all'esito di gare svolte da centrali di committenza nazionali CNIPA (ora Digital-Pa) e Consip, all'esito delle quali sono stati selezionati, rispettivamente, 4 e 2 fornitori, tra i quali Telecom Italia SpA e Fastweb SpA. e, quindi, il Ministero dell'Interno avrebbe potuto valutare la convenienza dell'adesione all'uno o all'altro fornitore, anziché decidere di addivenire alla stipula di un contratto settennale con Telecom Italia SpA

mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. E, comunque, al fine di garantire il massimo rispetto del principio generale di concorrenza, avrebbe dovuto valutare la scorporabilità dei diversi servizi così come hanno fatto – secondo quanto asserito da Fastweb Spa e non smentito dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata - il Ministero della Difesa (che ha aderito alla Convenzione Consip per i servizi di telefonia fissa, ritenendo frazionabile la fornitura dei servizi di telefonia, trasmissione dati e ICT) ed il Ministero della Giustizia (che si è rivolto a diversi partner commerciali per usufruire dei servizi di comunicazioni elettroniche e relativi apparati).

Va, infine, rilevato che la cronologia dei fatti che hanno caratterizzato la vicenda oggetto di causa inducono a ritenere fondato anche il vizio di eccesso di potere dedotto da Fastweb SpA in quanto: - il Ministero dell'Interno, lo stesso giorno (15 dicembre 2011) in cui ha ricevuto la nota con la quale Telecom Italia SpA ha rammentato l'imminente scadenza (31.12.2011) dei rapporti in essere (cfr. all. n. 1 doc. controinteressata), ha adottato la "Determinazione per l'individuazione di Telecom Italia s.p.a. quale partner tecnologico e fornitore" (cfr. all. n. 2 doc. controinteressata); - con nota in data 21 dicembre 2011 il Ministero dell'Interno ha invitato Telecom Italia SpA "a partecipare il giorno 23 p.v. all'inizio della negoziazione" (cfr. all. n. 4 doc. controinteressata), quando aveva già deciso di affidare a Telecom Italia SpA i servizi, fissandone l'importo di spesa nonostante la copertura finanziaria non fosse stata ancora ottenuta (cfr. lett. q) delle premesse della Convenzione, che parla di copertura "richiesta"); - i tempi con i quali si è proceduto ed è stato chiesto il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato depongono nel senso che l'Organo consultivo è stato coinvolto quando la decisione di affidare i servizi a Telecom Italia SpA era già stata assunta, posto che il parere è stato

acquisito (il 20.12.2011) quando l'Amministrazione si era già determinata in tal senso (il 15.12.2011); - il Ministero dell'Interno ha mantenuto fermo il proprio proposito di affidare l'appalto al medesimo fornitore per il periodo massimo consentito di sette anni (cfr. determinazione del 22.12.2011 e convenzione quadro del 31.12.2011) malgrado nel citato parere pervenuto il 20.12.2011 fosse stata evidenziata l'opportunità di "ricercare (almeno per il futuro) una soluzione alternativa per l'affidamento dei servizi in oggetto, anche al fine di verificare la praticabilità, da un punto di vista tecnico, di altre modalità procedurali quale, per esempio, quella del dialogo competitivo".

5. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che sia fondata e debba essere accolta la domanda di annullamento degli atti concernenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara impugnata.

6. Circa la domanda tesa ad ottenere l'inefficacia della convenzione quadro stipulata in data 31.12.2011, il Collegio rileva che, ai sensi dell'art. 121 c.p.a. (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni): - il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi: ... b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (comma 1); - tuttavia, la inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettera b) , non trova applicazione quando la stazione appaltante: ... b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la

trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto (comma 5).

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha agito in linea con quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 121 c.p.a. in quanto ha pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con il quale ha manifestato l'intenzione di concludere il contratto (cfr. l'avviso in data 15.12.2011. doc. 8 Telecom Italia S.p.A.).

Riguardo a tale adempimento la parte ricorrente ha rilevato che l'avviso volontario per la trasparenza preventiva è stato inviato il 15.12.2011 senza indicare l'operatore economico aggiudicatario in quanto l'affidamento è stato disposto successivamente (23.12.2011) violando, in tal modo, l'art. 79-bis d.lgs. n. 163/2006 il quale stabilisce che l'avviso volontario per la trasparenza preventiva contiene, tra l'altro, la denominazione ed il recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva.

A parere del Collegio, nel caso di specie la ratio sottesa all'espletamento dell'adempimento previsto dalla legge è stata rispettata perché l'avviso volontario reca l'indicazione del fornitore (Telecom Italia SpA) individuato dall'Amministrazione (cfr. pag. 2 del doc. 8 di Telecom Italia SpA), anche se al momento della spedizione dell'avviso (15.12.2011) non si era ancora perfezionato l'affidamento (intervenuto il 23.12.2011).

L'avviso, infatti, ha lo scopo di informare dell'intenzione di affidare l'appalto ad un determinato operatore economico e, quindi, precede e non segue l'aggiudicazione (rectius, l'affidamento), come emerge anche dall'art. 64 Dir. 2009/81CE.

Tuttavia, il fatto che la convenzione quadro datata 31.12.2011 non 'debba' essere dichiarata inefficace ex art. 121 c.p.a. non significa che lo stesso non

‘possa’ essere dichiarato tale ai sensi dell’art. 122 c.p.a. il quale stabilisce che al di “fuori dei casi indicati dall’articolo 121, comma 1, e dall’articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.”.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene di dover dichiarare inefficace la convenzione quadro del 31.12.2011 tenendo conto, in particolare: - dell’interesse della Società ricorrente a partecipare ad una selezione tesa all’affidamento dei servizi oggetto della procedura contestata e dell’interesse dell’Amministrazione ad individuare il miglior contraente possibile al quale affidare tali servizi; - dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’affidamento dei servizi in questione qualora venga individuato all’esito della selezione da espletare in esecuzione della presente decisione; - del fatto che i vizi della procedura negoziata annullata comportano l’obbligo di espletare una selezione finalizzata all’individuazione del fornitore in favore del quale l’Amministrazione dovrà affidare i servizi sopra descritti.

Per quanto concerne la decorrenza dell’inefficacia della convenzione quadro settennale datata 31.12.2011, il Collegio – tenendo conto dei tempi e dei profili tecnici necessari per espletare una procedura selettiva nel caso di specie e di tutte le esigenze dell’Amministrazione sopra evidenziate, con particolare riferimento alla necessità di non interrompere i delicati servizi oggetto di affidamento e di prevedere tempi adeguati per garantire una eventuale migrazione degli stessi ad altro fornitore – ritiene di dover dichiarare inefficace la citata convenzione quadro alla data del 31 dicembre

2013.

7. Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara inammissibile la domanda di annullamento del decreto di segretazione datato 22.12.2011;
- accoglie la domanda di annullamento degli atti di affidamento a Telecom Italia SpA dei servizi oggetto della convenzione quadro datata 31.12.2011;
- dichiara inefficace alla data del 31 dicembre 2013 la convenzione quadro datata 31.12.2011;
- condanna in solido l'Amministrazione resistente e Telecom Italia S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio in favore di Fastweb S.p.A. che si liquidano in complessivi 5.000,00 (cinquemila/00) euro, compresi gli onorari di causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2012

IL SEGRETARIO

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