

**N. 00208/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01232/2010 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1232 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

FASTWEB S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Ludogoroff, Paolo Stella Richter, con domicilio eletto presso Riccardo Ludogoroff in Torino, corso Montevecchio, 50;

contro

AZIENDA SANITARIA LOCALE DI ALESSANDRIA, rappresentata e difesa dagli avv. Elio Garibaldi, Maria Daniela Cogo, Carlo Castellotti, domiciliata per legge in Torino, piazza Castello, 165;

nei confronti di

TELECOM ITALIA S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Liroso, Marco Martinelli, Luca Mastromatteo, con domicilio eletto presso Partners Gianni, Origoni, Grippo & in Torino, c.so Vittorio Emanuele II, 83;

PATH-NET S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Luca Mastromatteo, Marco Martinelli, Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Partners Gianni, Origoni, Grippo & in Torino, c.so Vittorio Emanuele II, 83;

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale n. 2010/1105 del 15.09.2010, con la quale, nell'ambito del Sistema pubblico di connettività-convenzione CNIPA SPC - Periodo 2010-2013, è stato deciso di stipulare un contratto con la Società Path-Net Gruppo Telecom Italia s.p.a. con individuazione delle linee dati/fonia così come risulta dall'elenco dei fabbisogni Asl, nonché di ogni altro atto comunque connesso e conseguente; nonché, con i motivi aggiunti depositati in data 3.12.2010, per l'annullamento, previa sospensione, della comunicazione dell'ASL AL, prot. 114074 del 3 novembre 2010, con la quale l'ASL, ai sensi dell'art. 243-bis, comma 6, del d.lgs. 163/2006, ha informato Fastweb di non intendere annullare in autotutela il provvedimento impugnato con il ricorso principale.

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Al e di Telecom Italia S.p.A. e di Path-Net S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Telecom Italia Spa -Path.Net Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Lirosi, Marco Martinelli, Luca Mastromatteo, con domicilio eletto presso Partners Gianni, Origoni, Grippo & in Torino, c.so Vittorio Emanuele II, 83;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2012 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO E DIRITTO

1. Con deliberazione del Direttore Generale n. 2010/1105, del 15 settembre 2010, l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (d'ora innanzi: ASL AL) ha deciso di stipulare un contratto con la società Path-Net, del Gruppo Telecom Italia s.p.a., per la fornitura di servizi di connettività (servizi di telefonia voce e dati) occorrenti alla medesima ASL. L'individuazione della società Path-Net è avvenuta a seguito di una procedura comparativa (che è oggetto del presente giudizio) alla quale hanno partecipato la società Fastweb – odierna ricorrente e fornitrice, fino a quel momento, dei servizi di connettività alla ASL AL – ed il Gruppo Telecom Italia s.p.a.

Si tratta di due operatori economici (Fastweb e Telecom) già in precedenza individuati, mediante stipula di apposito contratto-quadro, dal CNIPA (“Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione”) nell'ambito del “sistema pubblico di connettività” di cui all'art. 73 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. codice dell'amministrazione digitale, in *Gazz. Uff.* 16 maggio 2005, n. 112, suppl. ord.). In base a tale normativa nazionale (art. 83 del citato d.lgs.) le amministrazioni non statali (quali, ad esempio, le ASL) hanno facoltà di stipulare gli atti esecutivi dei contratti quadro conclusi dal CNIPA (ora “DigitPA”) con uno o più dei fornitori individuati dal CNIPA, sulla base delle proprie esigenze di servizio.

La procedura comparativa per cui è causa è iniziata allorché l'ASL AL ha indirizzato, alle due società già individuate dal CNIPA, una richiesta di

progetto per i propri fabbisogni “linee dati/fonia” datata 18 giugno 2010 (c.d. “piano di fabbisogni”), al fine di selezionare il miglior offerente (doc. n. 7 della ricorrente). A seguito dei progetti presentati sia da Fastweb sia da Telecom l’ASL AL ha scelto il progetto presentato da quest’ultima, così comunicando al precedente gestore Fastweb, con nota del 5 ottobre 2010 (doc. n. 9 della ricorrente), di aver “*individuato tra gli assegnatari della Convenzione CNIPA SPC il fornitore Telecom Italia s.p.a.*”. Il relativo contratto con la società Path-Net (del gruppo Telecom Italia) è stato, quindi, stipulato in data 27 settembre 2010.

2. Con il ricorso in esame (integrato da successivi atti per motivi aggiunti) la società Fastweb ha impugnato tutti gli atti della descritta procedura comparativa, deducendo una pluralità di motivi di gravame.

Tra questi, in particolare, la ricorrente ha dedotto l’“inammissibilità” della proposta Telecom Italia per “mancato rispetto del piano di fabbisogni presentato dalla ASL AL” sotto diversi aspetti: *a)* come risulta dal parere tecnico emesso dal responsabile del Sistema Informativo della ASL in data 23 luglio 2010 (doc. n. 21 dell’amministrazione) Telecom ha offerto una connessione unica, laddove la ASL aveva chiesto tante connessioni quanti sono i servizi; *b)* tale diversità rispetto a quanto l’amministrazione aveva chiesto nel proprio “piano di fabbisogni” avrebbe determinato un notevole svantaggio per l’amministrazione, peraltro evidenziato nella già citata nota del responsabile del Sistema Informativo (“... *la connessione unica proposta da Telecom ha lo svantaggio che al verificarsi di un guasto bloccante verrebbe compromessa tutta l’attività...*”); *c)* il minor canone chiesto da Telecom (rispetto a quello offerto da Fastweb) sarebbe, quindi, derivato, “dalla arbitraria unificazione delle connessioni”; *d)* in ogni caso, anche dal punto di vista economico, il

responsabile del Sistema Informativo aveva segnalato che l'offerta avanzata dalla Telecom avrebbe comportato alcuni aggravii di costo, poi non considerati dall'amministrazione all'atto della scelta.

3. Si sono costituite in giudizio sia l'ASL AL, in persona del proprio Direttore generale e legale rappresentante *pro tempore*, sia la Telecom Italia s.p.a.

Quest'ultima ha anche depositato, in data 5 gennaio 2011, un ricorso incidentale ai sensi dell'art. 42 cod. proc. amm. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, all. A, in *Gazz. Uff.* 7 luglio 2010, n. 156, suppl. ord.), notificato a Fastweb in data 22 dicembre 2010, mediante il quale ha – a sua volta – contestato che l'offerta di Fastweb avrebbe dovuto essere esclusa in quanto non rispondente ad un requisito minimo che l'amministrazione aveva indicato nel piano di fabbisogni del 18 giugno 2010. Tale requisito attiene all'ampiezza della “banda totale” per la sede n. 1 di “Alessandria Patria”: a fronte degli 8 Mbps chiesti dalla stazione appaltante, Fastweb ne ha offerti solo 4.

4. Questo TAR, con ordinanza n. 177 del 2011, ha disposto una verifica, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., al fine di accertare l'idoneità delle offerte sia di Telecom sia di Fastweb alla luce del piano di fabbisogno che la ASL aveva loro comunicato il 18 giugno 2010. L'incombente istruttorio è stato affidato alla “Facoltà di Ingegneria-Ingegneria dell'Informazione” del Politecnico di Torino.

L'esito istruttorio è stato tracciato nella relazione dell'organismo verificatore (prof. E. Casetti del Dipartimento di Elettronica del Politecnico di Torino) e nella sua nota di “valutazioni” alle osservazioni sollevate dalle

parti (documenti entrambi depositati in giudizio il 26 maggio 2011). Ciò che è emerso, in sintesi, è la non idoneità di entrambe le offerte, sia pure sotto differenti profili.

Per quanto riguarda l'offerta di Telecom, sono risultate confermate le doglianze tecniche sollevate dall'odierna ricorrente principale. La connessione offerta dalla società Telecom per le sedi ASL di Tortona e di Casale Monferrato non è risultata in linea con quanto la ASL aveva chiesto nel piano di fabbisogno del 18 giugno 2010: Telecom Italia non ha incluso nell'offerta "i servizi di trasporto per ambito Intranet opportunamente suddivisi nelle bande ripartite richieste dall'amministrazione" (ciò, per la sede di Tortona) ed ha offerto "una singola TdR [Terminazione di Rete, n.d.r.] a più porte, anziché più TdR distinte come richiesto dall'amministrazione" (ciò, per le sedi di Tortona e di Casale Monferrato).

Per quanto riguarda l'offerta di Fastweb, è emersa una "macroscopica incongruenza" con riferimento all'ampiezza della banda totale per la sede di "Alessandria Patria": infatti, come si esprime il verificatore, *"la banda totale (4Mb/s) non è pari alla somma (6.4Mb/s + 1.6 Mb/s = 8 Mb/s) delle bande ripartite che, pure, Fastweb si impegna correttamente ad offrire per tale sede. Tale discrepanza non trova giustificazione tecnica: ad esempio, non è possibile garantire una banda di 6.4 Mb/s (6400 kb/s) su una linea di soli 4Mb/s, e non esistono soluzioni applicative, o anche solo teoriche, che rendano tali garanzie applicabili"*.

5. Una corretta disamina, nel merito, dei motivi di gravame sollevati in via principale da Fastweb ed in via incidentale da Telecom, pertanto, dovrebbe condurre all'accoglimento sia del ricorso principale (perché l'offerta di Telecom è risultata, in effetti, non idonea rispetto a quanto era stato richiesto dalla ASL AL) sia del ricorso incidentale (perché anche l'offerta di

Fastweb si è mostrata non in linea con le richieste dell'amministrazione essendo carente di un requisito minimo).

L'esito sostanziale sarebbe, pertanto, quello di annullare tutta la gara, in quanto entrambe le partecipanti (le uniche due partecipanti) non hanno avanzato offerte degne di trovare aggiudicazione. Una tale situazione, come è evidente, sarebbe comunque soddisfacente per il c.d. interesse strumentale di cui è portatrice la ricorrente principale Fastweb: non potendo quest'ultima aggiudicarsi la gara (perché anche la sua offerta, al pari di quella della rivale, non è risultata idonea) essa otterrebbe almeno la non aggiudicazione in capo a Telecom e la conseguente ripetizione delle operazioni di gara, così mantenendo una *chance* di aggiudicazione futura a seguito della rinnovazione della procedura.

Un esito del genere, tuttavia, non è attualmente ammesso nell'ordinamento giuridico italiano, quale risultante dal diritto vivente nell'elaborazione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Con la decisione n. 4 del 7 aprile 2011 (in *Foro it.* 2011, III, 306 ss.; in *www.giustizia-amministrativa.it*) il massimo consesso giurisdizionale amministrativo italiano ha infatti chiarito, enunciando un apposito principio di diritto, che l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e sia dalle richieste dell'amministrazione resistente. Secondo l'Adunanza Plenaria, in

particolare, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva: l'eventuale accertamento dell'illegittimità dell'ammissione alla gara ha portata pienamente retroattiva, sicché la definitiva esclusione del ricorrente principale dalla gara impedirebbe di assegnargli la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. L'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dal ricorrente principale, non dimostra da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso: tale aspettativa non si distingue – secondo l'Adunanza Plenaria – da quella di qualsiasi altro operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione. La conseguenza è che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, deve sempre essere esaminato prioritariamente e con portata pregiudiziale, a prescindere dal numero dei concorrenti che hanno preso parte alla gara: quindi anche quando – come nel caso qui in esame – i concorrenti siano stati solo due, ossia il ricorrente principale ed il ricorrente incidentale.

Siffatto esito, nel comportare l'inammissibilità dell'impugnazione principale allorché risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche allorché i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due (coincidenti con il ricorrente principale e con quello incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro), non appare tuttavia al Collegio in linea con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e – in definitiva – con il principio di libera concorrenza che sono sottesi alla Direttiva 21 dicembre 1989, n. 1989/665/CEE (Direttiva del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle

procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), come recentemente modificata dalla Direttiva n. 2007/66/CE. Tale direttiva, come è noto, si preoccupa di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria (art. 1, par. n. 1), prescrivendo a tutti gli Stati membri di dotarsi di "procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime", così da evitare effetti distorsivi della concorrenza cagionati, all'interno di un singolo Stato, da un'eventuale maggiore difficoltà di accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese. Le procedure di ricorso, in particolare, devono poter mirare "ad annullare o a far annullare le decisioni illegittime" (art. 2, par. n. 1, lett. *b*), in un'ottica di effettività della tutela, dunque, che sembra inconciliabile con l'affermata incondizionata prevalenza dell'effetto pregiudiziale del ricorso incidentale su quello principale.

Nel caso in cui residui al ricorrente principale – nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale – l'ulteriore interesse alla rinnovazione della gara, reso evidente dalla fondatezza dei motivi mediante i quali si è contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva da parte dell'impresa aggiudicataria (anche nell'ipotesi in cui, come accade nella presente fattispecie, l'offerta dell'impresa aggiudicataria si sia rivelata non idonea rispetto ai fabbisogni della stazione appaltante), quell'interesse – a giudizio di questo Collegio – deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale, pena altrimenti l'attribuzione di una ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo. Diversamente

ragionando, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica perché si attribuirebbe al ricorrente incidentale, di fatto, una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara (cfr. TAR Lazio, sez. I-ter, sent. 10 gennaio 2012, n. 197, in www.giustizia-amministrativa.it).

6. Ai fini della risoluzione del presente gravame, pertanto, il Collegio giudica rilevante ed opportuno sollevare la seguente questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE:

“Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario- ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte

presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta”.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione seconda,

Rimette

alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione pregiudiziale indicata in motivazione.

Sospende il processo fino alla definizione della questione pregiudiziale.

Fissa la successiva discussione del merito alla prima udienza successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia del fascicolo della causa, sia trasmesso alla Cancelleria della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario

Antonino Masaracchia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2012

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