



Sent. 9732/2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio
- Sezione Terza Ter -

N. Reg. Sent.
Anno 2008
N. 7520 Reg. Ric.
Anno 2007

composto dai Magistrati:

Italo Riggio	Presidente
Giulia Ferrari	Consigliere – relatore
Diego Sabatino	Primo Referendario



ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 7520/07, proposto dalla Wind Telecomunicazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Clarich, Raffaele Cassano e Chiara Carli e con questi elettivamente domiciliata in Roma, p.zza di Monte Citorio n. 115, presso lo studio dell'avv. Clarich,

contro

la Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Satta, Marco Filippetto e Andrea Sandulli e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Pierluigi da Palestrina n. 47 presso lo studio dell'avv. Satta,

la PosteMobile s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia presso il cui studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, è elettivamente domiciliata,

il Ministero delle comunicazioni, in persona del Ministro *pro tempore*,
non costituito in giudizio, nonché

nei confronti

della Vodafone Omnitel N.V., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Cerulli Irelli e Mario Libertini e con questi elettivamente domiciliata in Roma,
via Doras n. 1, presso lo studio dell'avv. Cerulli Irelli,

per l'annullamento, previa sospensiva,

dell'affidamento a Vodafone Omnitel N.V. della fornitura del servizio
di accesso all'infrastruttura di rete finalizzata a permettere al Gruppo
Poste Italiane di entrare nel mercato della telefonia mobile come o-
peratore virtuale e di prestare al pubblico servizi di telecomunicazio-
ni, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenzia-
le, ancorché non conosciuto, ivi incluso il contratto preliminare di ac-
cesso stipulato da Poste Italiane s.p.a. con la società Vodafone Om-
nitel N.V. e il contratto definitivo di accesso stipulato da PosteMobile
s.p.a. con la medesima società Vodafone Omnitel.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Poste Italiane s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della PosteMobile s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Vodafo-
ne Omnitel N.V.;

Visto l'atto di motivi aggiunti, notificato il 17 ottobre 2007 e deposita-
to il successivo 23 ottobre;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno
delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 30 ottobre 2008 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, notificato il 26 luglio 2007, Wind Telecomunicazioni s.p.a. (d'ora in poi, Wind) ha impugnato l'affidamento a Vodafone Omnitel N.V. (d'ora in poi, Vodafone) della fornitura del servizio di accesso all'infrastruttura di rete finalizzata a permettere al Gruppo Poste Italiane di entrare nel mercato della telefonia mobile come operatore virtuale (MVNO: *Mobile Virtual Network Operators*) e di prestare al pubblico servizi di telecomunicazioni nonché il contratto preliminare di accesso, stipulato da Poste Italiane s.p.a. (d'ora in poi, Poste Italiane) con la controinteressata ed il contratto definitivo di accesso stipulato da PosteMobile s.p.a. (d'ora in poi, PosteMobile) con la stessa Vodafone.

A seguito di atti di opposizione di Poste Italiane, PosteMobile e di Vodafone l'impugnazione è stata trasposta in sede giurisdizionale, con atto notificato il 4 settembre 2007 e depositato il successivo 10 settembre.

Wind espone, in fatto, che Poste Italiane ha recentemente deciso di entrare nel mercato della comunicazione per fornire ai propri clienti servizi di telefonia mobile. Peraltro, non disponendo di una propria infrastruttura e ritenendo gravoso procedere all'installazione di una

nuova rete di comunicazione mobile, ha deciso di operare sul mercato come "operatore virtuale" ovvero quale fornitore di servizi avanzati (ESP: *Enhanced Services Providers*), avvalendosi della rete di un operatore infrastrutturato (MNO: *Mobile Network Operator*). Poste Italiane deve quindi stipulare un accordo di accesso all'ingrosso (*wholesale*) alla rete mobile di uno degli operatori infrastrutturati presenti sul mercato (Tim, Vodafone, Wind o H3G), ai quali è riconosciuto un corrispettivo in funzione dei minuti di traffico telefonico effettuato dagli utenti dell'operatore virtuale.

Afferma la ricorrente che, avendo appreso da organi di stampa l'intenzione di Poste Italiane di stipulare un contratto di accesso alla rete mobile (non essendo stata tale volontà manifestata con un avviso o invito a presentare offerte), ha fatto sapere di essere interessata a partecipare alla procedura di affidamento e in data 4 aprile 2007 ha sottoscritto un "accordo di riservatezza" trasmessole da Poste Italiane. Il successivo 5 aprile Poste Italiane ha però annunciato di aver aggiudicato a Vodafone la fornitura del servizio di rete.

Aggiunge la ricorrente che l'accesso alla rete mobile di Poste Italiane consentirà a quest'ultima di disporre della piattaforma tecnologica per fornire anche altri servizi connessi alla propria sfera di attività nel settore postale (quali, ad es., pagare i bollettini, inviare telegrammi, inviare cartoline cartacee realizzate con sms, ecc), attività, quest'ultima, soggetta alla disciplina dettata dalla Parte III del Codice dei contratti (d'ora in poi, Codice), approvato con D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.



Wind, per tutelare i propri interessi, in data 6 giugno 2007 ha inoltrato un'istanza di accesso ai documenti a Poste Italiane chiedendo, in particolare, copia del contratto stipulato con Vodafone, nonché ogni altro atto connesso, propedeutico e/o consequenziale all'individuazione di tale operatore quale impresa fornitrice del servizio di accesso per operatore virtuale a beneficio di Poste Italiane. L'istanza è stata respinta con nota del 6 luglio sul rilievo che gli accordi definitivi sono stati stipulati tra Vodafone e PosteMobile. La ricorrente ha dunque presentato analoga istanza a PosteMobile, che l'ha respinta assumendo di non essere soggetto obbligato all'ostensione ai sensi dell'art. 23 L. n. 241 del 1990, di non detenere alcun documento tra quelli richiesti e che in ogni caso Wind non è titolare di un interesse concreto all'ostensione.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. - Violazione e/o falsa applicazione artt. 206 – 238 D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione e/o falsa applicazione delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla L. n. 241 del 1990 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento e manifesta ingiustizia.* I servizi oggetto dell'affidamento sono sottoposti a regole differenti: ed invero, mentre i servizi di telecomunicazioni rientrano nell'ambito dei contratti esclusi ex art. 22 D.L.vo n. 163 del 2006 e sono assoggettati alla disciplina stabilita dall'art. 27 del predetto Codice, i servizi postali rientrano nei settori speciali, regolati dalla Parte III dello stesso Codice. Verificandosi tale evenienza l'art. 214, primo comma, del

Codice, stabilisce che ad un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività principale cui è destinato. Nel caso di specie non è però possibile stabilire a quali servizi sarà principalmente destinato l'appalto affidato a Vodafone, atteso che solo quando l'attività di Poste Italiane sarà avviata si potrà verificare se tale società rivestirà a tutti gli effetti il ruolo di operatore di telefonia mobile concorrente degli altri operatori presenti sul mercato (Tim, Vodafone, Wind e H3G) o se, al contrario, la stessa società si focalizzerà sulla fornitura di servizi postali via telefonino. Trova quindi applicazione il quarto comma del cit. art. 214, secondo cui se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalla Parte III (come nel caso dei servizi postali) e un'altra attività non è disciplinata né dalla Parte III né dalla Parte II (come nel caso dei servizi di telecomunicazione, che rientrano nei cd. contratti esclusi), e se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto è principalmente destinato, esso è aggiudicato ai sensi della Parte III.

Ciò premesso, l'affidamento a Vodafone è avvenuto, ad avviso della ricorrente, in violazione delle disposizioni dettate dagli artt. 206 e ss. del Codice. Ed invero, le modalità di scelta del contraente seguite da Poste Italiane non sono idonee a soddisfare nemmeno i requisiti fissati per le procedure di selezione meno rigorose (procedura ristretta, procedura negoziata, dialogo competitivo) fra quelle previste nella Parte III del Codice. Poste Italiane, infatti, non ha formulato alcun invito a presentare offerte né ha predisposto un capitolato. Peraltro, quand'anche si ritenessero esistenti i presupposti per procedere ad



una procedura negoziata senza previa indizione di un bando di gara (ma ciò non è, non rientrando la fattispecie in alcuno dei casi previsti dall'art. 221, primo comma, del Codice), Poste Italiane avrebbe comunque violato l'art. 57, sesto comma, D.L.vo n. 163 del 2006, atteso che la negoziazione del contratto MVNO ha avuto luogo con un unico operatore economico.

b) *In subordine: Violazione re/o falsa applicazione artt. 3 e 97 Cost. –*

Violazione e/o falsa applicazione artt. 2, commi 2, 3 e 4, e 27, D.L.vo

163 del 2006 – Violazione e/o falsa applicazione artt. 2, commi 2,

3 e 4, e 27 D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione e/o falsa applicazio-

ne delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla L. n.

241 del 1990 – Violazione e/o falsa applicazione artt. 1175, 1337 e

12344 cod. civ. – Violazione e/o falsa applicazione dei principi

dell'ordinamento comunitario in materia di libera concorrenza – Vio-

lazione e/o falsa applicazione artt. 3 e 4 D.L.vo n. 259 del 2003 –

Eccesso di potere per disparità di trattamento e manifesta ingiustizia.

La conclusione in ordine all'illegittimità dell'affidamento non cambierebbe ove pure si ritenesse che il contratto in questione sia principalmente finalizzato a permettere alla stessa resistente di prestare al pubblico uno o più servizi di telecomunicazioni, rientrando così nella fattispecie di cui all'art. 22 del Codice (cd. contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni). Anche tali contratti, infatti, sono soggetti, ai sensi dell'art. 27, primo comma, del Codice, ad alcune regole di evidenza pubblica, nella specie non rispettate. Aggiungasi che per effetto del secondo comma del cit. art. 27 ai contratti esclusi si applica

l'art. 2, terzo comma, dello stesso Codice, secondo cui le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241.

Un ulteriore parametro di legittimità dell'affidamento dei contratti esclusi risiede poi nelle norme del diritto civile, atteso che l'art. 2, quarto comma, del Codice, richiamato dal successivo art. 27, prevede che l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal codice civile. In particolare, il comportamento tenuto da Poste Italiane viola le regole di correttezza ex art. 1175 cod. civ. ed il principio della buona fede cui le parti, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., devono conformarsi nello svolgimento delle trattative. L'affidamento del contratto MVNO a Vodafone produce, infine, una grave alterazione degli equilibri concorrenziali del mercato, assicurando a tale operatore una fonte di introiti ingentissimi senza che ad altri operatori sia stata offerta la possibilità di competere per la sua aggiudicazione.

3. Con atto di motivi aggiunti, notificato il 17 ottobre 2007 e depositato il successivo 23 ottobre, la ricorrente deduce nuovi vizi riscontrati a seguito del deposito documentale effettuato dalle controparti alla vigilia della camera di consiglio del 26 settembre 2007, fissata per la discussione dell'istanza di sospensione cautelare degli atti impugnati.

La ricorrente ha, in particolare, appreso che Poste Italiane aveva contattato sin dal dicembre 2006 solo Vodafone e Tim (ora Telecom



Italia s.p.a.), con evidente disparità di trattamento. Ciò soprattutto ove si consideri che l'invio del *Memorandum of Understanding* (MOU) – e cioè di una sorta di accordo in cui venivano descritti gli elementi tecnici ed economici fondamentali per consentire agli operatori di telefonia mobile di formulare una proposta contrattuale – è avvenuto solo il 27 marzo 2007 mentre l'accordo con Vodafone, reso pubblico il successivo 5 aprile, è stato formalizzato il 28 maggio 2007 con una società diversa da Poste Italiane, la PosteMobile s.p.a.. Tale comportamento, serbato da Poste Italiane, si pone in palese violazione dell'art. 27, primo comma, del Codice, il quale prevede che l'affidamento dei contratti esclusi deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e che l'affidamento dello stesso deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibili con l'oggetto del contratto.

4. Si è costituita in giudizio Poste Italiane s.p.a., che ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito per assenza dei paradigmi ex art. 244 del Codice. Ed invero, nella specie non si è svolta alcuna procedura di appalto ma si è avuta una negoziazione commerciale cui è seguito un contratto di diritto privato intercorso tra PosteMobile e Vodafone. Aggiungasi che PosteMobile non è soggetta alle regole del Codice degli appalti. Ad avviso di Poste Italiane il ricorso è inammissibile anche per carenza di interesse all'azione ex art. 100 c.p.c. in quanto, di fronte alla notizia di un accordo con Vodafone apparsa sugli organi di stampa, Wind si è limita-

ta ad auspicare di poter collaborare con Poste Italiane, senza far seguire alcun atto formale né una richiesta di ulteriore documentazione né una diffida a non andare avanti nelle trattative con la controinteressata. Infine, il ricorso è inammissibile anche per carenza dell'oggetto, con la conseguenza che, mancando un formale atto di aggiudicazione, Wind avrebbe dovuto impugnare il contratto sottoscritto tra PosteMobile e Vodafone il 28 maggio 2007. Nel merito Poste Italiane ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

5. Si è costituita in giudizio PosteMobile s.p.a., che ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito mentre nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

6. Si è costituita in giudizio la controinteressata Vodafone Omnitel N.V., che ha preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito mentre nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

7. Il Ministero delle comunicazioni non si è costituito in giudizio.

8. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

9. Con ordinanza n. 4403 del 26 settembre 2007, confermata dalla VI Sez. del Consiglio di Stato con ordinanza n. 6096 del 20 novembre 2007, è stata respinta l'istanza cautelare di sospensiva.

10. All'udienza del 30 ottobre 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Al fine di decidere le diverse eccezioni preliminari sollevate dalle



parti resistenti – e prima tra tutte quella di difetto di giurisdizione del giudice adito, atteso che la sua fondatezza priverebbe quest'ultimo del potere di esaminare qualsiasi profilo della controversia, sia in rito che nel merito (Cons.Stato, V Sez., 22 maggio 2006 n. 3026) – il Collegio ritiene necessario fissare gli esatti confini dell'oggetto del contratto stipulato tra PosteMobile s.p.a. (d'ora in poi, PosteMobile) e Vodafone Omnitel NV (d'ora in poi, Vodafone). Tale accertamento, ove si concluda nel senso di riconoscere al giudice adito la giurisdizione, consentirà anche di individuare la normativa applicabile all'impugnata procedura.

Al precipuo fine di ricondurre l'oggetto del contratto sia nei servizi di telecomunicazioni – il cui affidamento è regolato dalla Parte III del Codice dei contratti (d'ora in poi, Codice), adottato con D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 – che in quelli postali – ricompresi tra i cd. contratti esclusi, cioè tra i contratti il cui affidamento non soggiace alla disciplina codicistica – la ricorrente afferma (primo motivo) che l'accesso alla rete mobile di Poste Italiane s.p.a. (d'ora in poi, Poste Italiane) non è finalizzato alla sola prestazione di servizi di telefonia, ma consentirà a detta società di fornire anche altri servizi direttamente connessi alla propria sfera di attività nel settore postale, come il pagamento di bollettini o del servizio di mobilità nel trasporto come taxi, bus, treno, ecc., l'invio di telegrammi, lettere e raccomandate, la conoscenza dello stato di un invio con il servizio di tracciatura della corrispondenza.

In effetti a detto motivo di doglianza la ricorrente ha successivamen-

te rinunciato, ma la ricostruzione dei fatti da essa offerta deve essere oggetto di verifica perché un'esatta ricostruzione della materia del contendere è essenziale agli effetti dell'individuazione del giudice legittimato a definire la controversia.

Dal comunicato diffuso da Poste Italiane s.p.a. il 5 aprile 2007 si rileva che l'indagine di mercato da essa svolta, e che ha avuto come principale interlocutore Vodafone, riguardava il servizio di telefonia mobile. Il progetto coltivato era la costituzione di un'apposita società destinata ad entrare nel mercato della telefonia come operatore virtuale, servendosi della rete di un operatore privato. A ciò si è provveduto dando vita ad una società *ad hoc*, PosteMobile, che ha sottoscritto l'accordo con Vodafone. Si tratta di una società interamente privata, che ha come oggetto sociale lo svolgimento di attività finalizzate alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica e di servizi collegati e derivati, in regime di libero mercato, ivi compresi servizi di telefonia fissa e mobile, a valore aggiunto, di pagamento elettronico nonché di manutenzione e commercializzazione erogabili su reti fisse e/o mobili e quelle risultanti dall'evoluzione della tecnologia e delle attività ad essi anche indirettamente connessi.

Essendo il contratto stipulato tra due società private, la fattispecie in esame non rientra nel paradigma di cui all'art. 244 del Codice, il quale nella materia degli affidamenti di lavori, servizi e forniture radica la giurisdizione in capo al giudice amministrativo alla condizione che la parte "pubblica" del rapporto sia tenuta all'applicazione della normativa comunitaria e, comunque, al rispetto dei procedimenti di eviden-

za pubblica previsti dalla legislazione interna.

Tale conclusione non muta solo perché l'indagine di mercato e, quindi, l'individuazione dell'operatore privato con il quale accordarsi era stata fatta da Poste Italiane, alla quale un orientamento ormai consolidato del giudice amministrativo attribuisce natura di "organismo di diritto pubblico" e, quindi, di soggetto aggiudicatore ai sensi degli artt. 3 e 32 (e 207, ove si volesse far rientrare la fattispecie *de qua* nei settori esclusi) del Codice.

Né si potrebbe ritenere competente il giudice adito in applicazione del principio secondo cui l'obbligo di effettuare una gara – e, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo quale giudice naturale



de evidenza pubblica – non viene meno solo perché il soggetto pubblico obbligato si serve di un altro soggetto privato al quale delega la procedura. Nel caso in esame, infatti, non di delega si tratta ma della

nascita di un nuovo soggetto giuridico al quale viene affidata una competenza diversa da quella istituzionale del soggetto pubblico obbligato. Oggetto sociale di PosteMobile non è, infatti, lo svolgimento di attività nel settore postale, nel quale opera Poste Italiane quale organismo di diritto pubblico, ma in quello delle telecomunicazioni, nel cui mercato agisce come qualsiasi altro operatore privato e, dunque, in regime di libera concorrenza con gli altri operatori (Vodafone, Tim, H3G e Wind), per il perseguimento di un utile economico proprio dell'attività imprenditoriale e non degli interessi generali della collettività.

Logica conseguenza di detta premessa è che PosteMobile non può

annoverarsi tra gli organismi di diritto pubblico, cioè tra le amministrazioni aggiudicatrici tenute all'evidenza pubblica ex artt. 3, 32 o 207 del Codice (ed il cui *modus operandi* è sindacabile dinanzi al giudice amministrativo). E' noto infatti che perché un soggetto possa qualificarsi organismo di diritto pubblico è necessaria la concorrente e simultanea sussistenza di tre elementi, e cioè il possesso della personalità giuridica, la circostanza che detto soggetto sia stato istituito per soddisfare specifiche finalità di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, nonché che l'attività del soggetto in questione sia finanziata in modo maggioritario da un Ente pubblico, ovvero che la relativa gestione sia da esso controllata, ovvero ancora che gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti, almeno per la metà, da componenti da esso designati (Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326). L'attività imprenditoriale svolta da PosteMobile esclude che la stessa sia finalizzata al perseguimento di interessi generali, così come invece avviene per il servizio postale erogato da Poste Italiane. E' stato infatti precisato che per "bisogni di interesse generale" devono intendersi, a fini individuativi dell'organismo in parola, quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare appunto la creazione di apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. Detti bisogni non devono avere, per altro, carattere commerciale e industriale, nel senso che non devono essere suscettivi di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi



connotata da imprenditorialità o scopo di lucro (Cass. civ., S.U., 4 maggio 2006 n. 10218).

Non rileva invece accertare se a PosteMobile possa essere attribuita la natura di impresa pubblica ex artt. 3 e 207 del Codice, atteso che in ogni caso l'attività dalla stessa svolta non rientra, come è già stato argomentato, tra quelle annoverate nei settori speciali disciplinate dalla Parte III del Codice. Si è detto, infatti, che oggetto del contratto stipulato con Vodafone è la fornitura del servizio di accesso all'infrastruttura di rete finalizzata a permettere a PosteMobile di entrare nel mercato della telefonia mobile come operatore virtuale dotato di ampia autonomia imprenditoriale. In altri termini, il contratto stipulato con Vodafone permette a PosteMobile di offrire ai propri clienti un servizio di telecomunicazione e non un servizio postale.

Pertanto, poiché l'impresa pubblica è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica solo nei settori speciali, non essendo annoverata tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli altri soggetti aggiudicatori, ex art. 32 del Codice, nei settori ordinari, il contratto stipulato tra PosteMobile e Vodafone rientra tra gli appalti privati non soggetti alla disciplina del Codice e la sua cognizione è, quindi, sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

2. Per le ragioni che precedono il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

