

Massima: *Il PassOE non costituisce infatti un “pre-requisito” dell’operatore economico, secondo il modello erroneamente considerato dal primo giudice sulla base di una giurisprudenza che non può trovare conferma, bensì rappresenta solo uno strumento di controllo del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti, che, in mancanza dell’esplicita previsione normativa della sua essenzialità, non si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale incidente sulla par condicio dei concorrenti*

Consiglio di Stato n. 365 del 20/01/2022



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1828 del 2021, proposto da Centurylink Communications Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ermanno Vaglio e Mario Valentini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Consiglio Nazionale delle Ricerche - Istituto di informatica e telematica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Telecom Italia Sparkle s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Francesco Saverio Cantella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione terza) n. 12696/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'appello incidentale di Telecom Italia Sparkle s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consiglio Nazionale delle Ricerche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 dicembre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti dagli avvocati Vaglio, Valentini, dello Stato De Vergori e Cantella;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consiglio Nazionale delle Ricerche (di seguito, CNR o stazione appaltante) bandiva l'8 ottobre 2019 una procedura aperta telematica retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa volta all'affidamento per 72 mesi, prorogabili per 12 mesi, della *“fornitura di un servizio di transito IP per il punto di presenza (POP) di Milano del registro e per altri POP internazionali”*, cui partecipavano due operatori economici, il gestore uscente Centurylink Communications Italia s.r.l. (di seguito, Centurylink) e Telecom Italia Sparkle s.p.a. (di seguito, Telecom).

La gara era aggiudicata prima a Telecom, poi a Centurylink: infatti con provvedimento 22 gennaio 2020 il CNR annullava d'ufficio l'aggiudicazione a Telecom, per erronea attribuzione alle offerte dei punteggi economici, e disponeva l'aggiudicazione a Centurylink in conformità all'esito del loro ricalcolo.

Telecom impugnava il predetto provvedimento 22 gennaio 2020 e gli atti connessi dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che con sentenza della Sezione terza n. 12696/2020, nella resistenza del solo CNR, annullava l'aggiudicazione a favore di Centurylink e dichiarava l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more.

Nel giungere a tale conclusione il Tar, in sintesi:

a) riteneva infondata l'eccezione di tardività del ricorso spiegata dal CNR. In particolare, in applicazione del principio espresso dalla decisione n. 12 del 2020 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, faceva decorrere il termine decadenziale di trenta giorni di cui all'art. 120 comma 4 Cod. proc. amm. non dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione considerata dall'eccepente, bensì dalla data, successiva, in cui la stazione appaltante aveva consentito alla ricorrente Telecom l'accesso agli atti da cui desumere le caratteristiche dell'offerta della controinteressata, su cui si erano poi incentrati i motivi di ricorso;

b) accoglieva il primo motivo di gravame (violazione degli artt. 216 comma 13, 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016 e 6-bis del d.lgs. 163/2006, della delibera ANAC 157/2016, dei §§ 6 e 13.3.2 n. 16 del disciplinare di gara) con cui Telecom aveva sostenuto che Centurylink avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per aver prodotto, in esito al soccorso istruttorio, un PassOE generato dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Sul punto, il primo giudice osservava in linea generale che il documento - nell'attestare l'avvenuta registrazione dell'operatore economico partecipante alle gare pubbliche all'AVCPass-Authority Virtual Company Passport, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante tramite interfaccia web dei requisiti dichiarati - deve essere prodotto per ogni singola gara, e può, pacificamente, essere esibito anche in sede di soccorso istruttorio, ma ciò solo a condizione che la registrazione (quale "prerequisito") risulti perfezionata prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, rilevando poi, nello specifico, che le parti intimare non avevano provato in giudizio la sussistenza di siffatta condizione;

c) respingeva nel merito gli altri due motivi di ricorso, con cui Telecom, anche mediante l'ausilio di una perizia tecnica, aveva sostenuto che l'offerta tecnica di Centurylink avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per il mancato rispetto dei requisiti tecnici minimi di cui ai nn. 11, 4 e 1 del disciplinare, e in ogni caso che la sua offerta avrebbe dovuto prevalere su quella della controinteressata quanto ai punteggi tecnici di cui ai criteri di valutazione nn. 10 e 13, così risultando prima in graduatoria;

d) compensava tra le parti le spese del giudizio.

2. Centurylink, non costituita come detto nel giudizio di primo grado, ha appellato la predetta sentenza.

In fatto, ha rappresentato, depositando documenti ritenuti utili a comprovare l'affermazione, che la sua registrazione all'ANAC si è perfezionata il 28 novembre 2019, cioè prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (29 novembre 2019), e che solo a causa di un problema tecnico del relativo sito il PassOE è stato generato a gara scaduta (precisamente, da 50 minuti). Ha poi lamentato che il CNR, che si è conformato alla sentenza di primo grado, annullando l'aggiudicazione in suo favore, escludendola dalla gara e disponendo l'aggiudicazione della stessa a Telecom (atti del 17, 20 e 21 dicembre 2020), non ha esitato la sua istanza di autotutela del 25 gennaio 2022, fondata sulle circostanze di cui sopra.

In diritto, ha esposto l'insussistenza della causa della causa di esclusione ritenuta dal Tar sotto vari profili, deducendo con un unico motivo: *error in iudicando*; violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 83 comma 9 e 216 comma 13 del d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della delibera Anac n. 157 del 2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 13.3.2 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere; contraddittorietà; inesistenza e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria; carenza e inadeguatezza di motivazione; ingiustizia e illogicità manifesta.

Ha concluso per l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza gravata nella parte in cui ha accolto il ricorso di Telecom, per la comminatoria alla stazione appaltante dell'ordine di annullamento dei provvedimenti che hanno escluso Centurylink dalla gara e l'hanno aggiudicata a Telecom, per l'aggiudicazione della stessa a Centurylink, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e subentro in esso di Centurylink, nonché per la condanna del CNR al risarcimento del danno.

3. Telecom ha proposto appello incidentale condizionato, con cui: ha contestato l'affermazione implicita del primo giudice secondo cui Centurylink o la stazione appaltante avrebbero potuto dimostrare in giudizio la tempestiva iscrizione all'AVCPass di Centurylink; ha sostenuto in ogni caso che una siffatta dimostrazione in sede di appello è preclusa; ha riproposto le censure, respinte in primo grado, circa l'erronea ammissione e valutazione dell'offerta tecnica della parte avversa.

Ha dedotto: 1) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 216 comma 13 e 83 comma 9 d.lgs. 50/2016, dell'art. 6-bis d.lgs. 163/2006, della delibera Anac n. 157/2016, dei §§ 6 e 13.3.2 n. 16 del disciplinare di gara; motivazione insufficiente e contraddittoria su punti decisivi della controversia; in subordine, *error in procedendo* per violazione dell'art. 104 comma 2 Cod. proc. amm.; 2) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 59 commi 3 e 4, 83 comma 9, 95 comma 14 d.lgs. 50/2016, e dei §§ 14 e 16 del disciplinare di gara; *error in procedendo* per violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. e dell'art. 39 Cod. proc. amm., sotto il profilo della omessa pronuncia; motivazione insufficiente e contraddittoria; 3) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016 e del § 16.1 del disciplinare di gara; motivazione insufficiente e contraddittoria su punti decisivi della controversia; 4) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 64, 66 e 67 Cod. proc. amm. e motivazione insufficiente e contraddittoria.

Ha concluso per la reiezione dell'appello principale e, in subordine, per l'accoglimento dell'appello incidentale condizionato, anche previa disposizione di CTU o di verifica volta a verificare la validità dell'offerta tecnica di Centurlink e la corretta attribuzione dei punteggi tecnici alle offerte delle due società.

4. Nel prosieguo:

- Telecom ha sostenuto l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello principale per carenza di interesse originaria o sopravvenuta, non avendo Centurylink impugnato tempestivamente i già citati provvedimenti del dicembre 2020 (con cui la stazione appaltante dopo la sentenza di primo grado ha annullato l'aggiudicazione in favore di Centurlink e l'ha esclusa dalla gara, che ha aggiudicato a Telecom), che, per la deducente, sono stati adottati in via autonoma, e non in mera esecuzione della sentenza impugnata. Ha rappresentato l'avvenuta stipula del contratto per cui è causa nel febbraio 2021 e il suo stato di esecuzione;

- Centurylink, nel confutare tutte le difese di Telecom, ha esposto di assicurare ancora il servizio, in qualità di gestore uscente in proroga sino al 31 marzo 2021;

- il CNR si è costituito in giudizio. Ha sostenuto la correttezza della sua azione amministrativa sia precedente che successiva alla sentenza impugnata, e ha evidenziato comunque il suo interesse alla perdurante esecuzione del contratto nelle more stipulato.

5. Con ordinanza 31 marzo 2021 n. 1757 la Sezione, in considerazione della intervenuta stipula del contratto nonché della natura e della durata dell'affidamento controverso, ha respinto la domanda cautelare formulata nell'appello principale.

Successivamente, entrambe le parti hanno depositato documenti e memorie. In tale ambito, tra altro, Telecom ha prodotto una integrazione alla relazione tecnica già prodotta in primo grado, e Centurlink (nelle more divenuta Lumen Technologies Italia s.r.l.) ha dichiarato di non opporsi alla consulenza tecnica di ufficio o alla verifica richiesta da Telecom.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 16 dicembre 2021.

6. L'appello principale di Centurlink è rituale.

6.1. Non è infatti condivisibile la tesi di Telecom secondo cui il gravame sarebbe inammissibile o improcedibile per carenza di interesse originaria o sopravvenuta, non avendo Centurylink impugnato i ridetti provvedimenti assunti nelle date del 17, 20 e 21 dicembre 2020 (nn. 8195, 8311

e 83 45), con cui, rispettivamente, il CNR: ha annullato l'aggiudicazione della gara per cui è causa a suo tempo disposta in favore di Centurlink; ha escluso detta società dalla gara; ha quindi aggiudicato la stessa gara a Telecom.

Sul punto, va innanzitutto rilevato che tutti tali provvedimenti, deponati nell'odierno giudizio, sono successivi alla sentenza impugnata, datata 27 novembre 2020, e questa è citata nelle premesse degli stessi atti, ove figura inequivocamente (non essendovene, tra altro, di ulteriori), quale unica motivazione delle varie determinazioni di cui sopra: pertanto, la sequela provvedimentoale di cui trattasi altro non è che l'esecuzione del *decisum* di primo grado qui oggetto di contestazione.

Tanto chiarito, va osservato che, in quanto tali, i provvedimenti in parola sono destinati a cadere per l'ipotesi dell'eventuale riforma della sentenza appellata, ai sensi dell'art. 336 comma 2 Cod. proc. civ., che dispone che *“La riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata”*.

Si tratta della regola - espressiva di un principio di carattere generale non contrastante con i principi propri del processo amministrativo (tra tante, Cons. Stato, IV, 8 giugno 2007, n. 3012; 5 agosto 2005, n. 4165), e quindi a esso applicabile per via del rinvio di cui all'art. 39 comma 1 Cod. proc. amm. (*“Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*) - dell'effetto espansivo esterno della sentenza di appello, che comporta che i provvedimenti che l'amministrazione pone in essere in esecuzione di una sentenza di primo grado impugnata, atti di loro intrinsecamente interinali e provvisori, sono automaticamente travolti dall'accoglimento dell'appello e dalla riforma della stessa sentenza (Cons. Stato, VI, 28 maggio 2021, n. 4106; IV, 9 ottobre 2017, n. 4670); in altre parole, *“per principio pacifico, da ultimo ricordato in Cons. Stato, ad. plen. 28 gennaio 2015 n. 1, ‘la spontanea esecuzione della pronuncia di primo grado non si configura come comportamento idoneo ad escludere l'ammissibilità della relativa impugnazione (Cons. St., III, 21 giugno 2012, n. 3679) giacché l'eventuale accoglimento di questa è idoneo a travolgere i nuovi atti adottati dall'Amministrazione in esecuzione della sentenza di primo grado che verrebbero comunque meno con effetto retroattivo perdendo ab initio il loro fondamento giuridico ex art. 336 c.p.c. (Cons. St., III, 18 giugno 2012, n. 3550; da ultimo, Cons. St., III, 1 agosto 2014, n. 4103)’ e ciò specialmente quando il nuovo atto adottato dall'Amministrazione ‘non costituisce espressione di nuove, autonome, scelte discrezionali dell'Amministrazione stessa, ma mera esecuzione del dictum del Giudice di primo grado”* (così, Cons. Stato, VI, 23 giugno 2021, n. 4807).

Ne consegue che, ai sensi dell'art. 336 comma 2 Cod. proc. civ., la mancata impugnazione della nuova aggiudicazione pronunciata in esecuzione della sentenza di primo grado non può determinare la declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità dell'appello (Cons. Stato, Ad. Plen. 12 maggio 2017, n. 2; V, 10 aprile 2020, n. 2357; 10 giugno 2019, n. 3881; 25 febbraio 2019, n. 1246; 18 giugno 2018, n. 3734; 5 giugno 2017, n. 2675; VI, 17 marzo 2017, n. 1218; V, 11 ottobre 2016, n. 4182; III, 14 gennaio 2015, n. 57).

Resta solo da aggiungere che Telecom, nel tentativo di sottrarsi alle conseguenze dell'applicazione della predetta norma codicistica, afferma che i provvedimenti in esame costituirebbero nuove e autonome determinazioni della stazione appaltante e non esecuzione della sentenza di primo grado. Ma gli elementi posti a sostegno di tale tesi non convincono.

Segnatamente:

- il riferimento contenuto negli atti in parola a un parere reso dalla difesa erariale non è persuasivo, atteso che esso sconfessa, piuttosto che confermare, l'assunto posto a base dell'eccezione. Gli stessi

atti danno infatti evidenza del fatto che il parere è consistito nel suggerimento di prestare acquiescenza alla sentenza di primo grado, ciò che fa escludere la ventilata autonomia decisionale degli stessi atti, non potendo un siffatto avviso, i cui effetti si esauriscono sul piano processuale, essere ragguagliato a un passaggio istruttorio amministrativo;

- il fatto che in due provvedimenti (esclusione di Centurylink e annullamento dell'aggiudicazione a suo favore) sia stata richiamata l'affermazione contenuta nel parere, secondo il quale "... *dagli atti di causa, non è stata riscontrata la prova registrazione ai servizi informatici dell'ANAC in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda. Tale circostanza, infatti, è stata correttamente esclusa dalla data e dall'orario riportati sul Passoe*", non costituisce in alcun modo, come preteso da Telecom, evidenza dell'espletamento di un accertamento amministrativo che ha escluso che la registrazione presso l'AVCPass fosse avvenuta in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, essendo espressamente chiarito, come visto, che la notazione si riferisce a quanto risultante "*dagli atti di causa*".

7. Passando all'esame del merito delle proposte questioni, viene in immediato rilievo l'appello principale, con cui Centurlink:

a) evidenzia di aver perfezionato la registrazione al sistema AVCPass entro il termine di presentazione delle offerte (29 novembre 2019), come attestato dalla Pec inviata dall'Anac il 28 novembre 2019, da cui risulta che "la richiesta dei nuovi profili associati all'utenza ... è stata registrata correttamente. Il profilo contribuente è stato attivato correttamente" e dalla schermata "gestione profilo/home profilo" dell'Anac, che indica la data di creazione del profilo nel 28 novembre 2019, e sostiene che tali documenti, comprovanti la sussistenza della condizione che per il primo giudice legittima la produzione del PassOE in sede di soccorso istruttorio, sarebbero qui valutabili per la prima volta, in eccezione al divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello, in considerazione della presenza di entrambi i presupposti all'uopo fissati dall'art. 104 comma 2 Cod. proc. amm., trattandosi di documenti "*indispensabili ai fini della decisione della causa*", e non prodotti in primo grado dalla società per una causa "*ad essa non imputabile*", consistente nella scelta di non costituirsi in resistenza nel giudizio proposto da Telecom, stante la pretestuosità delle censure da questa sollevate;

b) sostiene, in ogni caso, che la sentenza impugnata, fondata su una giurisprudenza minoritaria, sarebbe erronea, in quanto nessuna previsione di legge richiede a pena di esclusione l'iscrizione al sistema AVCPass e la generazione del PassOE entro il termine di scadenza previsto per la presentazione delle offerte, né una tale sanzione potrebbe essere introdotta in via interpretativa o nella documentazione di gara, in considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016.

7.1. Al riguardo, non occorrono molte parole per rilevare la fondatezza della censura sopra identificata *sub b)*, di valenza assorbente.

La giurisprudenza di questa Sezione è ormai costante nel rilevare che l'iscrizione nel sistema AVCPass e l'indicazione del PassOE non sono richieste a pena di esclusione da alcuna norma di legge (l'art. 216 comma 13 del d.lgs. 50/2016 si limita a stabilire che le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVC Pass istituita presso l'Anac), e che non è consentito alla stazione appaltante imporne il possesso all'operatore economico partecipante alla gara a pena di esclusione, e ciò sia tenuto conto della natura di tale atto, sia del principio generale di tassatività delle cause di esclusione. Il PassOE non costituisce infatti un "pre-requisito" dell'operatore economico, secondo il modello erroneamente considerato dal primo giudice sulla base di una giurisprudenza che non può trovare conferma, bensì rappresenta solo uno strumento di

controllo del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti, che, in mancanza dell'esplicita previsione normativa della sua essenzialità, non si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale incidente sulla *par condicio* dei concorrenti (Cons. Stato, V, 30 dicembre 2020, n. 8505; 21 agosto 2020, n. 5164; 4 maggio 2017, n. 2036; 26 settembre 2017, n. 4506; in diversa prospettiva, 16 marzo 2020, n. 1863).

Deve aggiungersi che nulla cambia considerando che, come rilevato da Telecom, il disciplinare di gara abbia stabilito al paragrafo 6 che *“I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti. I documenti richiesti agli operatori economici ai fini della dimostrazione dei requisiti devono essere trasmessi mediante AVCPass in conformità alla delibera ANAC n. 157 del 17 febbraio 2016 [ai sensi degli articoli 81, commi 1 e 2, nonché 216, comma 13 del Codice, le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVCPass istituita presso ANAC per la comprova dei requisiti]. Ai sensi dell’art. 59, comma 4, lett. b) del Codice, sono inammissibili le offerte prive della qualificazione richiesta dal presente disciplinare”*. La chiara formulazione del paragrafo evidenzia infatti che le prescrizioni sanzionate a pena di esclusione e di inammissibilità sono quelle relative al possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione (cosa qui non in contestazione), e non la mancata iscrizione all'AVCPass, come sostiene Telecom, che, è bene aggiungere, non è sanzionata neanche dalla richiamata delibera Anac n. 157/2016: non rileva, pertanto, che Centurlink non abbia impugnato detto paragrafo.

Pertanto, bene ha fatto la stazione appaltante a consentire a Centurlink la produzione del PassOE in sede di soccorso istruttorio: la sua mancata produzione nell'ambito della domanda di partecipazione, rappresentando una mera carenza documentale e non una irregolarità essenziale, non poteva costituire causa di esclusione dalla gara della società, potendo essere sanata successivamente, né vi era necessità, a tal fine, di acquisire la prova che la sottesa iscrizione fosse avvenuta nel termine previsto per la presentazione delle offerte.

8. Per quanto precede, assorbita ogni altra questione, l'appello principale di Centurlink deve essere accolto.

9. Correlativamente, deve essere respinto il primo motivo dell'appello incidentale condizionato di Telecom.

9.1. Invero, le due censure formulate da Telecom con il predetto motivo (erroneità dell'affermazione, implicita, del primo giudice secondo cui Centurlink o la stazione appaltante avrebbero potuto dimostrare in giudizio la tempestiva iscrizione della prima all'AVCPass; impossibilità da parte di Centurlink di dimostrare per la prima volta in questo giudizio detta condizione, stante il divieto di produzione di nuovi documenti in appello) sono assorbite da quanto osservato al capo che precede.

10. A questo punto va rilevato che le conclusioni sin qui rassegnate, ovvero l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione del primo motivo dell'appello incidentale condizionato, non possono condurre *sic et simpliciter* alla riforma della sentenza impugnata e alla declaratoria della legittimità dell'aggiudicazione della gara a Centurlink, poiché l'accertamento della insussistenza del vizio ritenuto dal Tar non esaurisce le questioni dibattute nell'odierno giudizio.

Infatti, come riferito in fatto, la sentenza gravata ha respinto altri motivi del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, con cui Telecom ha sostenuto che l'offerta tecnica di Centurylink avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per mancato rispetto dei requisiti tecnici minimi di cui ai nn. 11, 4 e 1 del disciplinare, e comunque che la sua offerta avrebbe dovuto prevalere su quella della

controinteressata quanto ai punteggi tecnici di cui ai criteri di valutazione nn. 10 e 13, ciò che le avrebbe consentito di essere prima in graduatoria, motivi che Telecom ha riproposto nell'appello incidentale condizionato. Questi vanno quindi deliberati ai fini del completo scrutinio di legittimità dell'impugnata aggiudicazione.

II. Per l'esame di alcune delle appena dette doglianze, di natura squisitamente tecnica, il Collegio reputa necessario disporre una verifica ai sensi degli artt. 19 e 66 Cod. proc. amm. – incombente peraltro richiesto da Telecom sia in primo grado che in questa sede (anche mediante il quarto motivo dell'appello incidentale) e a cui Centurlink non si è opposta, rendendo al riguardo espressa dichiarazione – volta ad accertare:

I) se l'offerta tecnica di Centurlink, tenuto conto del suo tenore complessivo, e quindi anche alla luce della connessa relazione tecnica, rispetti il requisito minimo n. 11 di cui alla legge di gara (*“Il livello di disponibilità del servizio di connettività IP rilasciato mediante porta non protetta, calcolato su base annua, dovrà avere un valore non inferiore al 99,98%. Il livello di disponibilità del servizio di connettività IP rilasciato mediante porta protetta, calcolato su base annua, dovrà avere un valore non inferiore al 99,99%. Questi sono i livelli di servizio SLA che il Fornitore dovrà garantire”*), con particolare riferimento all'ultimo valore e alla dichiarazione che *“Lo SLA di Centurylink sulla disponibilità del servizio negli Stati Uniti e in Canada è del 99,99%. Fuori dagli Stati Uniti e Canada, lo SLA di disponibilità è del 99,98% per il servizio su sedi on-net e del 99,9% per il servizio su sedi off-net”*. Tanto in riferimento al chiarimento istruttorio promosso dalla stazione appaltante, in relazione al quale Centurlink ha reso la precisazione che *“Il livello di disponibilità del servizio di connettività IP rilasciato mediante porta non protetta, calcolato su base annua, ha un valore non inferiore al 99,98%. Il livello di disponibilità del servizio di connettività IP rilasciato mediante porta protetta, calcolato su base annua, ha un valore non inferiore al 99,99”*, che Telecom ritiene una modifica dell'offerta;

II) se l'offerta tecnica di Centurlink rispetti il requisito minimo n. 4 (obbligo di configurare *“gli apparati di instradamento dati del fornitore di connettività IP e, nello specifico, il piano di forwarding dei pacchetti IPv4 e IPv6 e le sessioni eBGP tra il router del Registro e i router del fornitore di connettività ... in modo da implementare un meccanismo di bilanciamento del traffico (load-balancing) sulle due interfacce gigabit-ethernet ...”*), laddove ha previsto che *“Per ciascuno dei due router del Registro saranno configurate due sessioni eBGP tra l'Autonomous System Number (ASN) del Registro, AS 2597, e l'AS 3356 di Centurylink. Tali sessioni saranno distribuite su due differenti apparati di instradamento (router) di Centurylink, ovvero ogni apparato di instradamento dati Century-link implementerà due sessioni eBGP, una IPv4 e una IPv6. Questa configurazione garantirà una maggiore disponibilità del servizio per il Cliente ed entrambi i circuiti potranno essere utilizzati contemporaneamente (load sharing). Come richiesto, per ciascuno dei due router del Registro saranno inoltre configurate due sessioni eBGP, una IPv4 e una IPv6, tra l'Autonomous System Number (ASN) 197440 del Registro e l'AS 3356 di Centurylink; tali sessioni saranno attestate su due differenti apparati di instradamento (router) di Centurylink”*), sostenendosi da Telecom che Centurlink, in difetto di ogni equipollenza tra il richiesto e l'offerto, abbia prospettato una variante, garantendo il solo *“load sharing”* senza offrire, né esplicitamente né implicitamente, il meccanismo di *“load balancing”*;

III) se l'offerta tecnica di Centurlink rispetti il requisito minimo n. 1 (*“L'interconnessione fisica tra gli apparati d'instradamento dati del Registro.it (elencati in Tabella A ed in Tabella B) e quelli dell'Operatore economico di connettività IP dovrà essere realizzata mediante cablatura dedicata: non è ammessa la presenza di apparati di livello 2 sul link. Il Fornitore dovrà descrivere dettagliatamente la topologia con cui intende realizzare l'interconnessione fisica di ciascuno dei POP del Registro elencati nelle Tabelle A e B, indicando anche il tipo di transceiver che intende”*).

impiegare e i connettori della fibra ottica”), con particolare riferimento ai siti offnet, avendo illustrato nella relazione tecnica che *“L’interconnessione fisica tra gli apparati d’instradamento dati del Registro.it e quelli di Centurylink indicati in Tabella C sarà realizzata mediante cablatura dedicata. Nella maggior parte dei siti in esame Centurylink è onnet e la connessione tra i propri apparati ed i router Cliente avviene mediante cross connect. Per i siti offnet (Stoccolma, Hong Kong, San Paolo e Mo-sca) Centurylink ordinerà una coda di accesso all’operatore locale ed un cross connect al proprietario del Data Centre per fornire il collegamento tra il proprio router ed il router Cliente. L’operatore locale consegnerà il servizio mediante le proprie apparecchiature di terminazione”*, ciò che per Telecom implica necessariamente, per i predetti siti, l’adozione di soluzioni Ethernet L2 volte a estendere il servizio di Transito IP ai DC non coperti dalla sua rete, non ammesse dal disciplinare.

All’uopo il Collegio:

- nomina quale verificatore il Direttore del Dipartimento di Ingegneria Informatica della Facoltà di Ingegneria dell’informazione, informatica e statistica dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, con facoltà di delega ad altro idoneo docente. A tale ultimo riguardo, non pare superfluo segnalare che la relazione tecnica depositata agli atti di giudizio da Telecom è stata redatta dal Professor Antonio Cianfrani, Professore associato di Telecomunicazioni presso detta Università;
- stabilisce che la verifica sia espletata nel contraddittorio delle parti, le quali potranno nominare propri consulenti di fiducia fino al primo accesso direttamente innanzi al verificatore nominato;
- fissa per l’espletamento della verifica e il deposito della relativa relazione i termini di 60 e di 90 giorni, decorrenti dalla comunicazione ovvero dalla notificazione, se precedente, della presente ordinanza;
- pone provvisoriamente a carico di Telecom, salva la diversa regolazione della spesa in sede di sentenza definitiva del giudizio, la somma di €. 3.000,00 (euro tremila/00), da corrispondersi al verificatore quale acconto sul compenso spettante;
- fissa per il prosieguo della trattazione della causa l’udienza pubblica del 7 giugno 2022.

12. In finale, il Collegio, non definitivamente pronunciando sulla causa in esame, ai sensi dell’art. 36, comma 2, Cod. proc. amm., accoglie l’appello principale nei limiti indicati in motivazione e dispone, ai fini della decisione dell’appello incidentale, l’incombente istruttorio di cui al capo che precede.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe:

- accoglie l’appello principale nei limiti di cui in motivazione;
- dispone ai fini della decisione dell’appello incidentale l’incombente istruttorio nei sensi e nei termini di cui in motivazione;

- fissa per il prosieguo della trattazione della causa l'udienza pubblica del 7 giugno 2022.

Spese al definitivo.

Manda alla Segreteria della Sezione per la comunicazione alle parti e al verificatore della presente sentenza non definitiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero