

Massima: ... il Passoe può essere prodotto anche successivamente alla presentazione dell'offerta, anche in esito alla procedura del soccorso istruttorio, ma ciò è possibile purché il prerequisite fondamentale, cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac – AVCpass, sia stato perfezionato. La produzione successiva di un documento ovvia alla carenza di un elemento formale della domanda, ma la registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara è un adempimento tardivo ad un obbligo di legge.

Sentenza T.A.R. Lazio n. 12696 del 27/11/2020



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2510 del 2020, proposto da Telecom Italia Sparkle S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Saverio Cantella, Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina 47;

contro

Cnr - Consiglio Nazionale Ricerche, 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

Centurylink Communications Italia S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determina direttoriale comunicata il 22.1.2020, con il quale l'Istituto di Informatica e Telematica del Consiglio Nazionale delle Ricerche ha annullato l'aggiudicazione definitiva a TI Sparkle dell'appalto per la "fornitura di un servizio di transito IP per il punto di presenza (POP) di Milano del Registro e per altri POP Internazionali", contestualmente aggiudicando alla Centurylink Communications Italia srl;

di tutti i verbali del RUP e della commissione giudicatrice, nella parte in cui hanno disposto l'ammissione della controinteressata all'esito della valutazione della documentazione amministrativa (verbale del RUP n. 2 del 12.12.2019) nonché ritenuto conforme al capitolato e complessivamente migliore sul piano qualitativo l'offerta tecnica di Centurylink (verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 23.12.2019, e n. 2 del 10.1.2020);

in quanto occorrer possa, del non conosciuto chiarimento richiesto dal CNR sulla offerta tecnica di Centurylink, nonché del § 16.1 del disciplinare di gara;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto d'appalto eventualmente nelle more stipulato con Centurylink, nel quale TI Sparkle si dichiara sin da ora disponibile a subentrare;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2020 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente partecipava unitamente alla controinteressata alla procedura aperta telematica finalizzata all'affidamento della “fornitura di un servizio di transito IP per il punto di presenza (POP) di Milano del Registro e per altri POP internazionali” avviata dal C.N.R. cui nessun altro soggetto aderiva.

La durata del contratto era prevista in 72 mesi, prorogabili di ulteriori 12 ed il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Vi era stata una prima aggiudicazione in favore della ricorrente che era stata annullata d'ufficio sul presupposto che fosse stata erroneamente applicata la formula di attribuzione dei punteggi economici prevista dal Sistema invece che quella indicata dal disciplinare.

Tuttavia, il disciplinare risultava sin dal principio equivoco nella descrizione delle modalità di scelta del contraente in quanto, al § 16, stabiliva una ripartizione del punteggio di 80 punti per la parte tecnica e 20 punti per la parte economica, declinando poi coerentemente i criteri di attribuzione del punteggio tecnico (§ 16.1), mentre nell'indicare il contenuto e le modalità di valutazione della componente economica (§ 16.2), prevedeva un diverso punteggio massimo di 30 punti; inoltre, come sarebbe emerso successivamente nel corso della procedura, la formula di attribuzione dei punteggi economici inserita nel Sistema telematico era diversa da quella declinata al § 16.2 del disciplinare.

Il nuovo calcolo portava all'aggiudicazione della gara alla controinteressata.

La ricorrente chiedeva accesso agli atti della procedura per verificare la correttezza della documentazione dell'aggiudicataria che otteneva una risposta il 2.3.2020 con la trasmissione di tutta la documentazione ad eccezione di una richiesta di chiarimenti sull'offerta tecnica.

Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione degli artt. 216, comma, 13, e 83, comma 9, D.lgs. 50/2016, dell'art. 6-BIS D.lgs. 163/2006, della delibera ANAC 157/2016, nonché dei §§ 6 E 13.3.2, N. 16, del disciplinare di gara.

Il RUP ha esercitato il potere di soccorso istruttorio nei confronti della controinteressata che non aveva inserito tra la documentazione amministrativa il PASSOE richiesto espressamente dal § 13.3.2 del disciplinare di gara.

La richiesta di integrazione è stata riscontrata dalla controinteressata con la trasmissione di un PASSOE generato dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte che è stato ritenuto sufficiente per sanare l'omissione riscontrata.

L'aggiudicataria avrebbe dovuto, invece, essere esclusa non essendosi dotata per tempo dello strumento necessario a consentire alla Stazione appaltante la verifica dei requisiti di partecipazione. A tal proposito, il § 6 del disciplinare stabiliva che i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi successivi con documenti trasmessi mediante AVCPass in conformità alla delibera ANAC 157/ 2016.

Se è pacifico in giurisprudenza che l'omissione possa sanarsi mediante soccorso istruttorio ciò può avvenire se il PASSOE è stato generato tempestivamente, così dimostrando la preesistente iscrizione del concorrente al sistema AVCPass.

La violazione del disciplinare di gara e l'incertezza sul perfezionamento della registrazione all'AVCPass prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte avrebbero dovuto comportare l'immediata estromissione della controinteressata dalla procedura di gara.

Il secondo motivo contesta la violazione dei §§ 14 e 16.1 del disciplinare di gara, nonché degli artt. 59, commi 3 e 4, e 83, comma 9, D.lgs. 50/2016.

La doglianza riguarda alcuni requisiti dell'offerta tecnica che secondo la ricorrente non rispettavano quanto richiesto dal disciplinare di gara con conseguente esclusione dalla gara.

Il requisito tecnico minimo di offerta n. 11 prevede che *“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” e che “il Livello di servizio descritto nella colonna a sinistra punto 11 è da garantire sempre”.*

Nell'offerta della controinteressata era previsto che per il servizio su sedi off-net il livello di disponibilità del servizio di connettività IP è del 99,9%.

Secondo la ricorrente 99,9% deve leggersi come 99,90 e quindi inferiore alla soglia minima richiesta, mentre la Stazione appaltante avrebbe consentito di modificare l'offerta rendendola conforme al disciplinare.

Il requisito minimo 4 richiedeva la configurazione *“degli 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, da concordare con il Fornitore”.*

L'offerta della controinteressata ha garantito i circuiti potranno essere utilizzati contemporaneamente (load sharing), senza offrire il meccanismo di “load balancing” richiesto dalla lex specialis di gara.

Quanto al requisito minimo 1 l'offerta non rispetta la prescrizione secondo la quale *“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".

In essa è previsto che per i siti offnet (Stoccolma, Hong Kong, San Paolo e Mosca) la controinteressata 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.

La necessità di richiedere ad operatori diversi code di accesso per i siti off-net e al contempo garantire accesso diretto al proprio Sistema Autonomo di Rete del transito IP, implica l'adozione di soluzioni Ethernet L2 per estendere il servizio di Transito IP ai DC non coperti dalla sua rete, le quali, come si è appena detto, non erano ammesse dal disciplinare di gara.

Inoltre per le città di Cape Town e Mosca il disciplinare richiedeva la disponibilità dell'operatore a fornire il servizio presso tutti i punti di scambio pubblici denominati, rispettivamente, NAPAfrica e MSK-IX, presenti all'interno di più Data Center, mentre Centurylink ha imposto per quelle città due specifici Data Center dove, in qualità di fornitore uscente, la Società già ospita gli apparati del CNR.

Il terzo motivo lamenta la violazione del § 16.1 quanto all'attribuzione dei punteggi tecnici.

Il criterio di aggiudicazione 10 prevedeva l'attribuzione di 5 punti nel caso in cui "per il traffico nel backbone IP USA del Fornitore, il Round Trip Delay, vale a dire al tempo di ritardo sulla comunicazione bidirezionale, inteso come il traffico tra gli apparati di instradamento locati in USA" assumesse un valore uguale o inferiore a 50 ms.

La controinteressata, diversamente dalla ricorrente, ha ottenuto il punteggio nonostante la sua offerta si riferisse ad un valore medio e non allo specifico collegamento tra gli apparati di instradamento del CNR.

Inoltre per lo stesso parametro riferito al backbone IP Europeo l'attribuzione dei 5 punti era legata al tempo di ritardo sulla comunicazione bidirezionale uguale o inferiore a 50 ms; la ricorrente garantiva tale prestazione RTD per 4 dei 5 POP previsti in Europa ma ha ottenuto il punteggio 0 mentre avrebbe dovuto ottenere un punteggio pro quota pari a 4.

Nell'applicare, infine, il criterio di aggiudicazione 13 ha attribuito 3 punti in meno per una componente nonostante per il sistema di tracciamento via web dello stato di avanzamento delle procedure di risoluzione degli eventuali guasti avesse proposto il medesimo portale indicato per l'interfaccia Web per la generazione e la messa a disposizione dei report relativi alla disponibilità del servizio di connettività IP, funzione per la quale ha ottenuto i 3 punti.

Il C.N.R. si costituiva in giudizio, eccependo la tardività del ricorso, e concludendo per il rigetto dello stesso. La controinteressata non si costituiva in giudizio.

La tardività del ricorso deriverebbe dall'essere stato notificato oltre il termine decadenziale di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 4, c.p.a., tenuto conto che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva impugnata risale al 22.1.2020.

Sottolinea l'Amministrazione come tutte le informazioni che devono essere fornite ai sensi dell'art. 76, comma 2, D.lgs. 50/2016 erano contenute nella comunicazione ed oltretutto, a fronte del sollecito avanzato dalla ricorrente in data 13.2.2020, era stato risposto che tutte le informazioni erano contenute nella comunicazione suindicata, senza che la ricorrente abbia eccepito in merito.

L'eccezione non è fondata.

Sulla questione si è espressa recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 12/2020 che ha espresso il principio di diritto in virtù del

quale il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate; le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 citato consentono la proposizione di un ricorso principale; la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Orbene alla luce di tali indicazioni va tenuto presente che la ricorrente ha richiesto l'accesso documentale alle caratteristiche dell'offerta della controinteressata e il C.N.R. ha risposto in data 2.3.2020. E' rispetto a tale data che va verificata l'eventuale tardività del ricorso poiché gli atti inviati in precedenza alla ricorrente non le consentivano di conoscere quegli elementi rispetto ai quali sono stati impostati i motivi di ricorso.

Passando all'esame del primo motivo di ricorso, va premesso come il Passoe è il documento che attesta la registrazione all'AVCPass (Authority Virtual Company Passport) che è l'attuale sistema di verifica dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche. Infatti le stazioni appaltanti sono obbligate ad acquisire, con modalità informatiche, la documentazione comprovante i requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario dichiarati dai concorrenti nelle domande di partecipazione a gare pubbliche esclusivamente attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'Anac.

In particolare il Passoe rappresenta lo strumento necessario per procedere, tramite interfaccia web, alla verifica dei requisiti stessi da parte delle stazioni appaltanti.

La registrazione ai servizi informatici dell'Anac è un atto unico, mentre la generazione del Passoe deve essere ripetuta per ogni gara.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale che si è formato (TAR Lombardia 970/2019, TAR Sicilia 150/2016, TAR Lazio 11031/2017) il Passoe può essere prodotto anche successivamente alla presentazione dell'offerta, anche in esito alla procedura del soccorso istruttorio, ma ciò è possibile purché il prerequisito fondamentale, cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac – AVCpass, sia stato perfezionato.

La produzione successiva di un documento ovvia alla carenza di un elemento formale della domanda, ma la registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara è un adempimento tardivo ad un obbligo di legge.

Nel caso di specie né l'Amministrazione, né tanto meno la controinteressata che non si è costituita, hanno fornito la prova che l'iscrizione all'AVCpass era avvenuta prima della scadenza del termine per presentare la domanda e che solo la presentazione del Passoe è risultata tardiva per un'omissione sanabile.

Da ciò consegue che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa.

Il Collegio non ritiene di considerare assorbiti gli altri due motivi di ricorso afferendo a profili distinti da quello appena esaminato poiché, laddove il Consiglio di Stato in sede di appello non ritenesse sussistere la causa escludente, il doppio grado di giudizio sarebbe garantito sull'intero ricorso.

Venendo alla prima censura del secondo motivo, la Commissione di gara ebbe a chiedere un chiarimento all'aggiudicataria, sebbene il disciplinare facesse riferimento alla disponibilità del servizio offerto sulle reti del Fornitore e non a quelle di terze parti (off-net) alle quali si riferiva l'offerta indicata con il contestato 99,9%.

Si tratta di un chiarimento istruttorio legittimo perché volto ad ottenere una precisazione e non ad integrare un elemento dell'offerta tecnica.

La controinteressata ha precisato in risposta 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”*. Peraltro tale dato non aveva conseguenze quanto al punteggio per la valutazione dell’offerta tecnica.

La seconda doglianza attiene all’assenza di un meccanismo di bilanciamento del traffico

(load-balancing) sulle due interfacce gigabit-ethernet, da concordare con il fornitore.

La Commissione, nell’esercizio della sua discrezionalità tecnica, ha rilevato una sostanziale equipollenza tra il meccanismo del load-balancing richiesto e il meccanismo del load sharing offerto da CenturyLink; e non può parlarsi di inammissibile motivazione postuma, come affermato in memoria dalla ricorrente, in quanto la difesa erariale ha interpretato la circostanza che la Commissione di gara non abbia avuto nulla da obiettare sul punto.

Da ultimo relativamente al requisito tecnico minimo 1, la possibilità di richiedere ad altri operatori code di accesso per i siti off-net (Stoccolma, Hong Kong, San Paolo e Mosca) era stata indicata dalla controinteressata con l’ordine di 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. Pertanto la controinteressata non ha dichiarato che sarebbero stati utilizzati apparati di livello due.

Il terzo motivo contesta alcuni punteggi attribuiti alla controinteressata o non attribuiti alla ricorrente.

Per il traffico nel backbone IP USA in punteggio aggiuntivo era legato al mancato superamento di una soglia indicata nel disciplinare: si tratta di un valore unico per

area e quindi non ha senso la contestazione mossa dalla ricorrente circa il fatto che si tratterebbe di un livello medio. La generica indicazione presuppone che di esso si tratti altrimenti sarebbe stata richiesta una precisazione per i dati provenienti da aree più limitate.

Parimenti la mancata attribuzione di un punteggio parziale per il backbone IP europeo è dipeso dal fatto che il disciplinare non prevedeva un'attribuzione pro quota del punteggio dovendo garantire la soglia indicata nel disciplinare in tutto il territorio europeo.

Infine la mancata attribuzione di punteggi per il criterio 13 del disciplinare di gara, la Commissione ha assegnato i 3 punti aggiuntivi solo al quinto requisito migliorativo perché, nonostante ciò che era richiesto sarebbe stato disponibile nella seconda metà del 2020, la ricorrente aveva comunque garantito delle migliorie connesse all'interfaccia Web per la generazione e la messa a disposizione dei report relativi alla disponibilità del servizio di connettività IP cioè report su base periodica (frequenza da concordare con il Registro) che comprendono tutti i dati di performance richiesti per il servizio.

In conclusione il ricorso deve essere accolto unicamente in relazione al primo motivo.

L'accoglimento parziale dei motivi di ricorso e l'assenza di un indirizzo consolidato sulla questione su cui è fondato l'accoglimento giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni indicate in parte motiva e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata e dichiara inefficace il contratto d'appalto eventualmente stipulato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2020 in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Ugo De Carlo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele