

Publicato il 25/08/2020

N. 05205/2020REG.PROV.COLL.
N. 01604/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1604 del 2020, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Francesco Saverio Cantella e Filippo Lattanzi, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina n.47;

contro

Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Mariangela Carulli, con domicilio eletto presso lo studio Studio Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

nei confronti

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Renzo Ristuccia, Luca Tufarelli

e Mario Di Carlo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Luca Tufarelli in Roma, piazza Cavour n.17;

per la riforma

della sentenza resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 62/2020, tra le parti, concernente

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari,

della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Sanitaria Locale di Taranto n. 1318

del 28 maggio 2019, comunicata il 4 giugno 2019, con la quale l'ASL revocava la procedura di Appalto Specifico per l'Interconnessione, secondo il Piano dei Fabbisogni, di ASL Taranto alla Community Network Rupar-SPC Puglia–Accordo Quadro Servizi di Connettività per la Community Network Rupar-Puglia nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività SPC-CIG 72502729B8 indetta con deliberazione del Direttore Generale n. 2167 del 21 settembre 2017 e aderire alla Convenzione Consip per i servizi di connettività del Sistema Pubblico di Connettività denominata SPC2 a favore dell'operatore Fastweb;

della deliberazione del Direttore Generale n. 1880 del 28 dicembre 2018, con la quale la

ASL delineava il complesso delle azioni poste in essere per dare soluzione alle esigenze connesse alla Nuovo Sistema Informativo Aziendale, prendendo atto dell'adesione alle Convenzioni/Contratti Quadro Consip dedicati all'ICT, tra cui il Contratto Quadro SPC Cloud Lotto 2 nell'ambito del quale sono delineati i fabbisogni in

termini di servizi di sicurezza delle reti e di protezione delle infrastrutture di connettività ed informatiche;

del Piano dei Fabbisogni per Servizi di Connettività SPC trasmesso dall'Amministrazione

alla società Fastweb Spa con e-mail PEC del 29 dicembre 2018, acquisita al protocollo ASL nr. 423 del 2 gennaio 2019, in qualità di fornitore aggiudicatario del Contratto Quadro Contratto Quadro Consip SPC2 - Sistema Pubblico di Connettività (CIG 5133642F61);

del Progetto dei Fabbisogni Rif. Prog. SNAp20190000039496-1 del 4 marzo 2019 completo

degli allegati *“Piano di Attuazione”* (Rif. Doc. SSab20170000011041 del 28/04/2017), *“Checklist”* (Rif SNAp20190000039496-1 del 04/03/2019) e *“Bozza Contratto esecutivo OPA SPC 2 connettività”* predisposti dalla società Fastweb Spa nell'ambito del Contratto Quadro Consip relativo ai Servizi di connettività del Sistema Pubblico di Connettività (gara SPC Connettività) (SPC2);

del progetto Offerta Rif. SNAp20190000039497-1 predisposto dalla Società Fastweb Spa e

relativo ai Servizi di Trasporto Dati e ai Servizi di Sicurezza Perimetrale da erogarsi nell'ambito dell'Appalto specifico per l'Interconnessione della Regione Puglia alla Community Network RUPAR-SPC Puglia, da affidarsi ai sensi dell'art. 125 comma 11 secondo periodo del d.lgs. n.163/2006;

di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale, anche se non conosciuto nonché per

l'accertamento della nullità e/o inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra la ASL Taranto e Fastweb, e del diritto di Telecom Italia a subentrarvi;

per quanto riguarda l'appello incidentale presentato da FASTWEB S.P.A. il 19 marzo 2020 :

per la riforma parziale ovvero la conferma con diversa motivazione della medesima sentenza e per l'annullamento previa sospensione cautelare:

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Sanitaria Locale di Taranto n. 1318 - del 28 maggio 2019, comunicata il 4 giugno 2019, con la quale l'ASL ha deciso di revocare la procedura di Appalto Specifico per l'Interconnessione, secondo il Piano dei Fabbisogni, di ASL Taranto alla Community Network Rugar Puglia –Accordo Quadro Servizi di Connettività per la Community Network Rugar-Puglia nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività SPC-CIG 72502729B8 indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 2167 del 21 settembre 2017 nei limiti di cui appresso;

- della ammissione e non esclusione di Telecom Italia dalla procedura di confronto competitivo per l'appalto specifico per l'interconnessione dell'ASL TARANTO alla Community Network Rugar Puglia – Accordo Quadro Servizi di connettività per la Community Network Rugar Puglia, nell'ambito del “Sistema Pubblico di Connettività SPC” (CIG 72502729E18), inclusa la determinazione n. 135 del 1 febbraio 2018;

- dei verbali della commissione giudicatrice e del seggio di gara, incluso il verbale di aggiudicazione provvisoria del 10 aprile 2018;

- della lettera di invito e degli allegati offerta tecnica, offerta economica e capitolato tecnico e degli altri allegati e chiarimenti della procedura di confronto competitivo per l'appalto specifico per l'interconnessione dell'ASL Taranto alla Community Network Rugar

Puglia – Accordo Quadro Servizi di connettività per la Community Network Rupar Puglia, nell'ambito del "Sistema Pubblico di Connettività SPC" (CIG 72502729E18);

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, inclusa ove occorrer possa la deliberazione del Direttore Generale n. 2167 del 21 settembre 2017 dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto;

Visto l'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. n. 27 del 2020, con il quale sono state adottate nuove misure per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenente gli effetti in materia di giustizia amministrativa, nonché l'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, recante disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia amministrativa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Taranto e di Fastweb S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 9 luglio 2020 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Francesco Cantella, Mariangela Carulli, Luca Tuffarelli e Mario Di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - Con il presente appello Telecom Italia S.p.A. espone, in premessa, che InnovaPuglia Spa - soggetto aggregatore per la Regione Puglia in virtù della l. reg. n. 37 dell'1 agosto 2014, nel corso delle proprie attività necessarie per la progettazione, il coordinamento, l'operatività ed il controllo della CN RUPAR-SPC Puglia - con

delibera del 20 settembre 2013 n. 60, indicava una gara comunitaria a procedura ristretta per l'affidamento, mediante accordo quadro multifornitore di cui all'art. 59 d.lgs. n. 163/06, dei servizi di connettività per la Community Network RUPAR Puglia, nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività-SPC (CIG 53447009F5), della quale risultavano aggiudicatari gli operatori telefonici Wind Spa, Clio Spa, AMT Services srl, BT Italia spa, Fastweb spa, Vodafone BV, Telecom Italia Spa; ciascuno di essi procedeva a sottoscrivere in data 22 ottobre 2015 il Contratto Quadro avente una durata pari a 48 mesi (art. 4 comma 1), con scadenza fissata per il 22 ottobre 2019.

L'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, preso atto dei contenuti e dei servizi disciplinati dall'Accordo Quadro, decideva di avvalersene e con delibera n. 2167 del 12 settembre 2017 ed indicava un confronto competitivo fra i sottoscrittori per l'affidamento dei servizi per l'interconnessione, secondo il piano dei fabbisogni elaborato.

All'esito della valutazione delle offerte pervenute, nella seduta pubblica del 10 aprile 2018, il seggio di gara approvava la seguente graduatoria provvisoria:

1. Telecom Italia,
2. Fastweb,
3. Clio Spa.

A seguito di richieste di informazione sullo stato della procedura e la proroga del contratto, precisa l'appellante che l'Azienda comunicava verbalmente di aver ipotizzato una revisione delle scelte infrastrutturali e tecnologiche che avevano condotto alla indizione della procedura, prospettando eventuali soluzioni alternative al medesimo Accordo Quadro, quale ad esempio il ricorso alla Convenzione Consip.

L'appellante espone che, in quella occasione, aveva reso noto che eventuali richieste di rimodulazione delle esigenze infrastrutturali e tecnologiche avrebbero potuto essere valutate e consolidate nell'ambito di quanto già previsto dalla lettera di invito, considerato, altresì, che il Piano Triennale 2018-2020 di Sanità Digitale, approvato nelle more dalla Regione Puglia, aveva definito al paragrafo 6.4.3.1 *“la connettività RUPAR – SPC come la migliore soluzione per garantire affidabilità e prestazioni nella fruizione dei servizi ospitati presso il DATA Center Regionale da parte delle strutture sanitarie”*; tali dichiarazioni erano ribadite da TIM con due distinte comunicazioni, inviate alla ASL rispettivamente il 18 febbraio ed il 13 marzo 2019.

Ciò nonostante, il 4 giugno 2019, l'Azienda comunicava all'appellante l'approvazione della delibera direttoriale n. 1318 del 28 maggio 2019, con la quale veniva revocata la procedura di rilancio competitivo e contestualmente era comunicata l'adesione da parte della ASLTaranto alla convenzione Consip SPC2 stipulata il 24 maggio 2016 con l'operatore Fastweb.

Dalla lettura delle motivazioni, l'appellante rileva che la ASL, nelle more dell'espletamento dell'appalto specifico, con deliberazione del Direttore Generale n.1880 del 28 dicembre 2018 aveva deciso di procedere alla rielaborazione del piano dei fabbisogni per i servizi di connettività necessari in linea con le previsioni della Convenzione Quadro Consip SPC Cloud Lotto 2, siglata quasi due anni prima della indizione della procedura di rilancio competitivo; conseguentemente il 29 dicembre aveva trasmesso il nuovo piano dei fabbisogni alla stessa Fastweb in qualità di fornitore aggiudicatario della convenzione nazionale Consip.

A seguito dell'inoltro della documentazione da parte di Fastweb, si svolgeva un incontro congiunto al fine di esaminare i contenuti della progettazione; seguivano poi revisioni ed integrazioni al progetto, che era approvato definitivamente con la delibera oggetto di impugnazione sulla base della motivazione di una riduzione dei costi sui servizi di connettività pari al 20% circa, se rapportata alla durata di 48 mesi, rispetto ai costi derivanti dall'espletamento della procedura di rilancio competitivo.

Dapprima, TIM, pertanto, censurava la revoca dell'accordo e gli atti conseguenti, deducendo che non sarebbe ammesso alcun tipo di fornitura alternativa, avendo le convenzioni quadro nazionali (stipulate da Consip spa) un ruolo meramente suppletivo ed essendo attivabili solo in assenza di convenzioni regionali per la specifica categoria di beni e servizi richiesta, secondo l'orientamento espresso anche da questo Consiglio (Sez. III 26 febbraio 2019 n. 1329, Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5826): nel sistema delineato dall'art. 1 comma 449 della l. n. 296/06, infatti, gli enti regionali del SSN avrebbero l'obbligo di approvvigionarsi mediante le convenzioni di volta in volta stipulate dalle centrali di committenza regionali.

La Asl non solo avrebbe sostenuto che le proprie esigenze erano cambiate radicalmente nel giro di poco meno di un anno, ma, pur non avendo ancora revocato la procedura in corso, avrebbe avviato interlocuzioni con Fastweb, per giustificare l'adesione – asseritamente illegittima - alla convenzione Consip.

A seguito dell'accesso, Telecom evidenzia che l'Azienda avrebbe adottato la deliberazione n. 1318 sulla base di una serie di atti e decisioni (in particolare la deliberazione 1880), mai comunicate

all'odierna ricorrente e non riguardanti espressamente gli aspetti correlati alla connettività.

In questo senso, la revoca dell'appalto specifico, oltre a porsi in contrasto con le normative applicabili, non troverebbe nemmeno un puntuale fondamento nella delibera n. 1880/18. Per queste ragioni, con atto del 6 agosto 2019, TIM proponeva motivi integrativi o aggiunti, al fine di ulteriormente specificare le proprie domande.

Il giudice di primo grado tuttavia rigettava il ricorso principale ed i motivi aggiunti sulla base delle seguenti motivazioni:

a) l'AQ regionale non prevarrebbe sulla Convenzione Consip SPC2 in quanto la norma applicabile al caso di specie sarebbe esclusivamente il comma 512 dell'art. 1 della l. n. 208/15, a mente del quale ogni acquisto da parte delle p.a. potrebbe avvenire indifferente tramite Consip o centrali regionali;

b) non sarebbe conferente nemmeno l'art. 1 comma 499 l. n. 296/2016, secondo cui gli enti del Servizio sanitario nazionale sarebbero in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni quadro stipulate da Consip S.p.A., in quanto la prevalenza sarebbe limitata alle sole convenzioni di cui all'art. 26 della l. n. 448/1999 e non agli accordi quadro di cui all'art. 59 del d.lgs 163/2006; in ogni caso la norma risulterebbe comunque derogata in virtù del principio di specialità, dall'art. 1 comma 512 l. n. 208/2015;

c) l'adesione alla convenzione Consip riguarderebbe un insieme di servizi che non sarebbero pienamente sovrapponibili a quelli offerti da Telecom nell'ambito dell'appalto specifico indetto nel 2017; l'Amministrazione, in vero, avrebbe posto a confronto due diversi

strumenti aggregati di acquisto, individuando il contenuto più confacente alle proprie esigenze, e atto a determinare, in più, un contenimento dei costi;

d) con riguardo al mancato collegamento alla rete Rugar, non oggetto della Convenzione Consip SPC2, la ASL si sarebbe garantita anche tale collegamento in quanto quest'ultimo servizio, in particolare, veniva acquisito tramite affidamento diretto a Fastweb come indicato al punto "3" del paragrafo 7.2;

e) la revoca dell'appalto specifico sarebbe, altresì, legittima in quanto rientrerebbe nelle fattispecie descritte all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990, in ragione dell'asserita sopravvenienza delle nuove determinazioni regionali, successive alla formazione della graduatoria provvisoria nel confronto competitivo indetto nel 2017 e dell'asserito risparmio di spesa.

L'appellante, pertanto, in questa sede, censura la sentenza di prime cure, sostanzialmente ribadendo l'illegittimità della scelta operata dall'ASL TA in favore del Contratto Quadro Consip, che prevedeva l'affidamento del servizio di connettività alla società Fastweb, per i profili di seguito specificati.

1 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 512 l. n. 208 del 2015, dell'art. 1 comma 449 della l. n. 296 del 2006, nonché dell'art. 117 Cost., illogicità e contraddittorietà manifesta.

2 - violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 449, l. 27 dicembre 2006 n. 296, dell'art. 1, comma 512, l. 27 dicembre 2015 n. 208, degli artt. 21 *quinquies* l. n. 241 del 1990, nonché del principio di legittimo affidamento e di irretroattività degli atti e dei provvedimenti amministrativi, dell'art. 97 Cost., contraddittorietà ed illogicità della motivazione.

Altresì, sarebbe errata l'affermazione del primo giudice con riguardo al capo 14.2 della sentenza impugnata, laddove il giudice di primo grado ha ritenuto che l'acquisto posto in essere dall'Amministrazione appellata era pienamente conforme agli atti di programmazione regionale in essere in quanto la stessa si sarebbe garantita anche il collegamento alla rete Rugar mediante affidamento diretto a Fastweb, in quanto Telecom espressamente gravava con il ricorso introduttivo (cfr. doc. B pag. 2) anche il progetto offerta Rif. SMap20190000039497-1 predisposto da parte controinteressata, relativo ai servizi di Trasporto Dati e ai Servizi di Sicurezza Perimetrale in ambito Rugar, da affidarsi ai sensi dell'art. 125 comma 11 secondo periodo del d.lgs. n. 163/2006.

Pertanto, l'appellante conclude affermando che l'Amministrazione avrebbe inteso immotivatamente procedere alla revoca della procedura competitiva frustrando il legittimo affidamento della ricorrente allo svolgimento dei servizi di connettività, in maniera inopportuna e contraria ai principi di buona fede e correttezza.

Sarebbe configurabile in capo alla ASL una responsabilità aquiliana *ex art.2043 c.c.* per avere determinato con la propria condotta illecita, l'omessa sottoscrizione del contratto con TIM per la fornitura dei servizi di connettività, coinvolgendo TIM in un rapporto pervenuto ad un punto di sostanziale arresto, con evidente lesione del legittimo affidamento della stessa, titolare di una legittima aspettativa rispetto al consolidamento dell'aggiudicazione ed alla stipulazione di un contratto pubblico.

La condotta colpevole della stazione appaltante andrebbe individuata nei ritardi registrati durante la procedura di gara e nello strumentale

slittamento dei termini di conclusione del procedimento, nonché nella volontà di vanificare l'*iter* procedimentale.

Si sarebbe, dunque, in presenza di un'ipotesi di responsabilità da "contatto qualificato", ricadente nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c..

Chiede, dunque, il risarcimento dei danni da lesione dell'interesse contrattuale negativo (ascrivibili cioè alla mancata stipulazione) essendosi il procedimento di gara arrestato prima di tale momento, e, a titolo di danno emergente, delle spese documentate ed effettivamente sostenute dalla ricorrente per la partecipazione alla gara, nonché le spese legali per la difesa in giudizio.

Per quanto riguarda il lucro cessante, l'appellante chiede ulteriormente, il risarcimento del danno derivante dalla condotta asseritamente colpevole della stazione appaltante sopra descritta.

Vanta, inoltre, gli accessori sulla somma dovuta a titolo risarcitorio a far data dal 10 aprile 2018 ossia dalla data in cui la ricorrente ha maturato la legittima aspettativa alla conclusione del contratto.

Precisa che sulle somme determinate, trattandosi di un debito di valore, spettano gli interessi legali e la rivalutazione monetaria da calcolarsi in funzione della data di soddisfo del credito azionato. Da ultimo chiede di dichiarare l'inefficacia e/o la nullità *ab origine* del contratto eventualmente stipulato nelle more tra la ASL Taranto e Fastweb.

Si è costituita la ASL per resistere.

Fastweb ha proposto appello incidentale per chiedere di accertare l'originaria carenza di interesse al ricorso in capo a Telecom Italia ed in ogni caso di accertare l'illegittimità dell'aggiudicazione ad essa del revocato Appalto Specifico (AS) Rugar in quanto:

(a) TIM avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difformità essenziali della propria offerta rispetto al capitolato e per violazione dell'art. 38, lettera f, d.lgs. n. 163/2006;

(b) l'appellante si sarebbe vista attribuire un vantaggio in termini di punteggio tecnico che non le spettava; in assenza di tali vizi l'AS Rupar sarebbe stato attribuito a Fastweb, seconda graduata;

(c) la procedura di confronto competitivo per l'AS Rupar risulterebbe viziata per l'erronea configurazione dei criteri di attribuzione del punteggio tecnico e per l'assenza di motivazione del punteggio attribuito dalla commissione.

Infine, la sentenza di prime cure, sarebbe errata nel ritenere che i motivi di ricorso incidentale non determinassero l'inammissibilità del ricorso principale e, avendone post-posto l'esame a quello del ricorso principale, non li ha esaminati in ragione del rigetto delle censure di Telecom.

Deduce, dunque, i motivi di seguito elencati:

1. Erroneità della sentenza appellata per difetto di motivazione, motivazione apparente, violazione degli artt. 24 e 111, comma 6 Cost., violazione dell'art. 3 c.p.a., violazione dell'art. 156 c.p.c.; sotto altro profilo, erroneità della sentenza appellata per violazione dei principi in materia di effettività della tutela giurisdizionale e in materia di interesse a ricorrere, errata interpretazione dei principi in materia di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale e di ordine di trattazione degli stessi, violazione e falsa applicazione dell'art. 1 direttiva 89/665/CEE, violazione e falsa applicazione degli artt. artt. 24, 103, 111, 113 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 42 e 76 c.p.a. nonché degli artt. 100 e 276 c.p.c..

La sentenza del primo giudice dovrebbe, dunque, di essere riformata nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di carenza di interesse proposta dall'odierna appellante incidentale, ritenendo l'interesse di Telecom nel fatto di essere la prima classificata nella graduatoria afferente all'appalto specifico Innovapuglia.

Nel merito ripropone le censure già articolate nel ricorso incidentale, come di seguito precisato.

1. Motivo riproposto n. 1: violazione del Capitolato speciale d'appalto (all. 3 alla Lettera di invito), art. 2 par. a), violazione dell'art. 4.1 della lettera di invito dell'Accordo Quadro Rupar, violazione dei limiti dell'Accordo Quadro Rupar, violazione dell'art. 59 d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e *par condicio*, illegittima attribuzione del relativo punteggio tecnico, violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006.

TIM, invece, avrebbe offerto un modello di apparato *firewall* diverso da quello accreditato nell'Accordo Quadro Rupar. Con riferimento a tale aspetto l'appellante incidentale evidenzia che a pag. 36 della Relazione Tecnica di TIM si legge: *“Per la realizzazione del profilo del servizio di sicurezza SPUN-6 richiesto dall'Amministrazione, TIM propone come elemento migliorativo di throughput, ma anche di evoluzione tecnologica del brand Cyberoam che nel frattempo è confluito in Sophos, la fornitura di apparati in alta affidabilità modello Sophos XG430 in sostituzione di quello previsto dall'Accordo Quadro Rupar”* (doc. 15, pag. 36 di 67), procedendo ad elencare le differenze fra l'apparato Sophos XG 330 previsto nell'AQ Rupar ed il modello Sophos XG 430 offerto da TIM.

La differenza di punteggio sarebbe di per se sola idonea a modificare la graduatoria ponendo Fastweb in prima posizione.

2. Motivo riproposto n. 3: eccesso di potere, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, difetto di motivazione, violazione dei principi di eguaglianza, di *par condicio*, di concorrenza, di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione, violazione degli artt. 3 e 97 Cost.. A riguardo precisa che l'allegato 1 alla lettera di invito per l'AS Rugar, denominato "*Offerta Tecnica*" (doc. 7), prevedeva alla seconda pagina (cfr. pag. 11, doc. 7) i criteri di attribuzione del punteggio tecnico. Il criterio 1.e) Caratteristiche tecnologiche delle terminazioni di rete si limitava a rimandare alle caratteristiche richieste dal CSA con l'espressione "*Secondo quanto specificato nell'allegato 3 — Capitolato speciale d'appalto*".

Nell' "*Allegato 3 - Capitolato speciale d'appalto*", al paragrafo 1.e) Caratteristiche tecnologiche delle terminazioni di rete (cfr. doc. 7, pagg. 16 e ss.), erano indicate le specifiche tecniche richieste ed, in particolare, talune caratteristiche minime a *performance* elevata per la sede di Taranto - Direzione Generale - Viale Virgilio 31, caratteristiche leggermente inferiori per la sede di Taranto - Padiglione "Vinci" - Ospedale "Ss. Annunziata" - in Via Bruno 1, nonché altre caratteristiche minime per le rimanenti sedi dell'ASL.

Nel corrispondente paragrafo della relazione tecnica d'offerta, TIM e Fastweb hanno offerto prodotti Cisco per essere compatibili nativamente con la gestione energetica in uso presso l'Amministrazione con il prodotto *EnergyWise* ed i protocolli di tipo *tripleplay* (data, voice and video), come richiesto dal CSA.

Entrambe le concorrenti avrebbero proposto l'apparato più performante (Cisco serie ASR-1001) per le due sedi principali. Si tratta del dispositivo *top-of-the-line* applicabile al servizio e capace della maggiore capacità di trasmissione.

TIM lo offriva per la sede dell'Ospedale Nord Moscati con profilo STDO-8 (in doc. 15, pagg. 20 e ss.) mentre Fastweb lo offriva anche per altre 8 sedi evidenziate nella tabella alle pagg. 27 e 28 dell'Offerta Tecnica - (doc. 19) - (Castellaneta Ospedale Nuovo, Grottaglie Ospedale, Manduria Ospedale/SERT, Martina Franca Ospedale, Massafra Distretto- PTA, Mottola PTA, Taranto Dip. Prevenzione - SITA – SPP, Faggiano Istituto di vigilanza), di cui in particolare 6 sarebbero quelle per le quali l'ASL TA aveva richiesto profili elevati di connettività (quelle con banda STDO-7 e STDO-4 in HA). Per tali ultime sedi TIM avrebbe invece offerto apparati Cisco della serie inferiore ISR, la cui minore capacità di trasmissione (o *throughput*) sarebbe attestata da due rapporti di prova resi disponibili dalla stessa Cisco (docc. 20 e 21). In particolare, mentre la capacità di trasmissione degli apparati di serie ISR è inferiore ai 2 Gbps, gli apparati della serie ASR avrebbero un *throughput* complessivo di 6 Gbps. A fronte di tale offerta sarebbe migliore quella di Fastweb

3. Motivo riproposto n. 4 in via subordinata: violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163/2006, eccesso di potere, difetto di motivazione, assenza di criteri adeguatamente specifici per la valutazione delle offerte tecniche, assenza di motivazione nell'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice, violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

La disciplina di gara per l'Appalto Specifico Rugar ed, in particolare, l'Allegato 1 alla lettera di invito, rubricato "Offerta Tecnica", presenterebbe una griglia di valutazione estremamente carente (doc. 7, pagg. 10 e ss.).

Con i decreti monocratici emanati si evidenziava la carenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare sotto il profilo del *periculum in mora*.

Con memoria per la camera di consiglio del 23 aprile 2020 la ASL in data 26/03/2020, l'ASL Taranto provvedeva a sottoscrivere congiuntamente con il nuovo fornitore Fastweb S.p.A., i contratti esecutivi per l'affidamento dei servizi di connettività.

L'Amministrazione, rappresentava che, essendo necessario un periodo transitorio, durante il quale il nuovo fornitore Fastweb S.p.A. dovrà eseguire le lavorazioni necessarie per i servizi oggetto di affidamento, si era reso necessario richiedere al fornitore uscente, Telecom Italia S.p.A., in qualità di erogatore dei servizi in essere, in virtù di Contratto Rep. n.800/2011 – CIG 664599302, di garantire la prosecuzione dei servizi in discussione, al fine di non determinare interruzione di pubblico servizio, fino alla data del 30 settembre 2020, alle medesime condizioni contrattuali ed economiche. L'esame della domanda cautelare era, dunque, demandato al merito.

Con ulteriori memorie, a supporto della propria tesi, poi, TIM afferma di essersi riservata nell'ambito dell'offerta tecnica dell'AQ di individuare e proporre soluzioni tecnologiche di livello pari o superiore disponibili nel tempo; secondo Fastweb, di contro, la mancata applicazione della norma di gara che impediva l'offerta in AS di apparati non accreditati nell'ambito dell'AQ avrebbe, di fatto, consentito a TIM di mutare gli apparati offerti dell'AQ e di presentare in sostanza una nuova offerta, in spregio ai principi di parità di trattamento. Si duole poi Fastweb del punteggio assegnatole.

Nonostante l'indizione dell'appalto specifico, peraltro fermo alla sola fase di aggiudicazione provvisoria non deliberata, l'ASL TA afferma di aver dato legittimamente prevalenza

agli interessi pubblici, rispetto a quelli privati delle Società concorrenti.

Precisa la ASL, poi, con riferimento all'appello incidentale i seguenti punti:

- in ordine alla presunta violazione del Capitolato speciale di appalto, all.3 della lettera di invito, art.2 par. a), circa le "*caratteristiche tecniche dei firewall*", che l'apparato offerto da TIM (mod. Sophos XG430), sarebbe un apparato che presentava tutte le caratteristiche richieste dal menzionato articolo della lettera d'invito di cui al confronto competitivo, e più performante, rispetto agli apparati accreditati nell'Accordo quadro, rappresentando ciò un aggiornamento tecnologico degli stessi

- le censure della appellante incidentale si sostituirebbero, dunque, in modo inammissibile ai giudizi della commissione.

Precisa, ancora che il controllo sull'aggiornamento della documentazione amministrativa spettava alla Stazione Appaltante InnovaPuglia S.p.A. e non alla ASL resistente.

A seguito della richiesta di discussione da remoto, le parti hanno ribadito le proprie difese.

La causa è stata, dunque, trattenuta in decisione all'udienza del 9 luglio 2020.

II – Ritiene il Collegio di dover esaminare in via prioritaria l'appello principale, per quanto di seguito poi specificato in ordine all'ammissibilità dei motivi di appello incidentale.

III – Preliminarmente va rilevata l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del primo motivo di appello, per quanto riguarda la dedotta violazione dell'art. 1 co. 512, l. 208 del 2015.

È evidente che il motivo trae giustificazione in riferimento alla censura dell'interpretazione resa dal primo giudice.

IV – Ciò posto, il primo motivo di appello è fondato.

Le conclusioni del primo giudice non possono essere condivise. Infatti, non vi è motivo di ritenere il rapporto di specialità evidenziato dalla sentenza gravata, tra gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip Spa e dei soggetti aggregatori, comprese le centrali di committenza regionali, come espressamente evidenziato dall'art. 1 co. 512, l. 208 del 2015.

Come evidenziato da parte appellante, la norma dispone - che *“Le regioni sono autorizzate ad assumere personale strettamente necessario ad assicurare la piena funzionalità dei soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, in deroga ai vincoli assunzionali previsti dalla normativa vigente, nei limiti del finanziamento derivante dal Fondo di cui al comma 9 del medesimo articolo 9 del decreto-legge n. 66 del 2014”*. In tal modo, è chiaro il riferimento alla rilevanza delle centrali di committenza regionale.

Giova ricordare che il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, al comma 1 dell'articolo 9, ha previsto che "nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti [...] è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'elenco dei Soggetti Aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna Regione, qualora costituita ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296".

Tale previsione non appare in contrapposizione, ma semmai in continuità con quanto di seguito disciplinato per le categorie merceologiche del settore sanitario.

La normativa nazionale, infatti, lungi dallo stabilire una prevalenza delle gare Consip, evidenziano la necessità di procedere attraverso i soggetti aggregatori, ma con una preferenza per le centrali che meglio rispecchino le esigenze dell'Amministrazione.

La giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937) con riferimento alle gare Consip, ha affermato che si rinvencono in sede di centralizzazione le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle Amministrazioni, essendo consentito solo in via eccezionale e motivata alle stesse di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, non essendo consentito alle singole amministrazioni di travalicare le regole legali che sottendono al richiamato rapporto fra regola ed eccezione.

La Sezione (26 febbraio 2019 n. 1329) ha già avuto modo di soffermarsi sulle disposizioni richiamate in giudizio:

- il comma 449 dell'articolo unico l. 27 dicembre 2006, n. 296 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007*), secondo cui “*gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip s.p.a.*”;

- il comma 548 dell'articolo unico l. 28 dicembre 2015, n. 208 (*Disposizioni per la*

formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016), secondo cui “al fine di garantire la effettiva realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e servizi, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip Spa.”.

Sul punto, si è, dunque, avuto modo di evidenziare che: *“Entrambe le disposizioni, sia pure con una formulazione non chiarissima, contribuiscono a delineare un complessivo quadro normativo in base al quale:*

- in via tendenziale, le gare per gli approvvigionamenti di interesse degli enti del SSN devono essere svolte dalle centrali di committenza regionali;*
- in via sostanzialmente suppletiva (e all'evidente fine di prevenire il rischio di possibili carenze in approvvigionamenti di estremo interesse e rilevanza) è altresì possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro”.*

Alla Consip è, dunque, assegnato un carattere evidentemente sussidiario, il quale per questa caratteristica avrà dunque valenza ‘cedevole’ (come già affermato dalla sent. n. 5826 del 2017).

Altresì, con la menzionata decisione, questa Sezione ha affrontato il caso dell'evenienza in cui una convenzione sia stata già stipulata.

A riguardo soccorre un ulteriore principio posto in evidenza da altra sentenza di questo Consiglio (28 marzo 2018, n. 1937), secondo la quale, fermo il carattere di principio del dovere di cui all'art. 26 comma 3 l. n. 488/99, permane la facoltà per le Amministrazioni (statali, centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti

di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro.

A supporto di tale decisione, è richiamato anche quanto previsto dal quarto periodo del comma 1 del d.l. n. 95/12, in base alla quale *“la disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip s.p.a., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza”*.

E tale interpretazione trova, altresì, conferma nella già evidenziata lettura del ruolo cedevole della gara Consip rispetto a quella della centrale di committenza regionale.

Ciò posto, non sfugge che la disciplina di riferimento ha individuato la preferenza – secondo un'analisi del vantaggio dal punto di vista economico - finanziario che risulta effettuato da parte del legislatore - dell'approvvigionamento per il tramite delle centrali di committenza regionali.

In particolare, questo Consiglio ha evidenziato che: *“La sussistenza del richiamato (e legittimo) rapporto fra regola ed eccezione è confermato dallo stesso articolo 26 della l. 488 del 1999 il quale*

- al comma 3 stabilisce che “le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse (...)”.

La disposizione, per un verso, conferma, attraverso il ricorso alla dizione “possono”, il carattere non pienamente vincolante del

ricorso alle convenzioni-quadro e, per altro verso, consente la ricerca da parte delle Amministrazioni di opzioni negoziali alternative (con il vincolo dell'insuperabilità delle condizioni negoziali proprie delle convenzioni-quadro).

La stessa norma, al comma *3-bis*, obbliga le amministrazioni che abbiano deliberato di procedere in modo autonomo agli acquisti di proprio interesse di trasmettere le relative delibere alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo di propria competenza.

Le disposizioni appena richiamate, pertanto, delineano un coerente quadro normativo nel quale è demandato alla Consip il compito di rinvenire, in sede di centralizzazione, le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni, ma è consentito alle Amministrazioni di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, attraverso un meccanismo di responsabilizzazione delle Amministrazioni stesse, che è coerente con la disciplina euro-unitaria.

Orbene, quanto sin qui evidenziato offre una chiave ermeneutica anche per il caso che occupa. Dal rapporto regola-eccezione evidenziato emerge una *ratio* della disciplina finalizzata al conseguimento delle condizioni economiche più favorevoli e di maggiore adesione alle realtà regionali.

V – Svolte siffatte considerazioni, emerge che in realtà, al fine del decidere, è necessario esaminare – nei limiti della sindacabilità - la logicità della valutazione effettuata dall'Amministrazione in ordine alla scelta dello strumento per ottenere le condizioni migliori.

Ciò al fine di verificare la legittimità del ricorso all'istituto della revoca, di cui al secondo motivo di appello.

VI - A riguardo si deve precisare quanto riportato da Telecom sull'*iter* della procedura in esame.

La deliberazione n. 1880/2019 del 28 dicembre 2018, era adottata al termine di una serie di incontri e di valutazioni iniziata nel luglio 2018, con la Direzione Programma Razionalizzazione Acquisti PA di Consip SpA, avente ad oggetto la risoluzione delle problematiche relative all'esigenza di garantire la continuità dei sistemi informatici, applicativi, di sicurezza, nonché ai relativi servizi di conduzione, assistenza tecnica, help desk, gestione della dotazione informatica, sicurezza informatica e di manutenzione del complesso dei sistemi e della dotazione IT aziendale, regolati dai contratti Rep. 809/2011, Rep. 10176/2013, Rep. 905/2014 e Rep. 906/2014, sottoscritti rispettivamente con il RTI Consis Scarl, Engineering Spa ed Exprivia Spa, in vista della loro imminente scadenza fissata per il 31 dicembre 2018.

L'ASL aveva trasmesso ai RTI affidatari delle Convenzioni e Contratti Quadro Consip attivi per l'ICT i Piani dei Fabbisogni elaborati dalla SSD Sistemi Informativi e Telematici e contenenti il complesso delle esigenze di presa in carico, conduzione, assistenza tecnica e manutenzione dei sistemi facenti parte del Nuovo Sistema Informativo Aziendale (NSIA), nonché di erogazione dei servizi di help desk e supporto tecnico-operativo ICT e di supporto e gestione degli sportelli CUP-Ticket, ALPI ed Anagrafe degli Assisiti ai medesimi livelli di servizio attualmente erogati e con il vincolo del rispetto della "clausola di protezione sociale", riservandosi di svolgere incontri finalizzati all'approfondimento del quadro degli

interventi da svolgere. L'odierna appellante, per quanto di competenza relativamente ai servizi SPC Cloud Lotto 1, riceveva tale comunicazione il 12 ottobre 2018 (doc. 13).

Considerata la imminente scadenza dei contratti vigenti e l'avvenuta approvazione da parte della GR del Piano di Sanità Digitale della Regione Puglia (deliberazione n. 1803 del 16 ottobre 2018), comprensivo dello scenario di evoluzione dei sistemi, delle infrastrutture e dei servizi di Sanità Digitale per l'intero SSR, la ASL poneva in essere una articolata serie di operazioni volte a consentire l'analisi di tutte le possibilità offerte dal mercato in merito all'offerta di servizi ICT.

L'Azienda, infatti, procedeva:

- (i) a verificare quale delle Convenzioni Consip avrebbe potuto attagliarsi alle proprie esigenze;
- (ii) ad espletare, ove possibile, le procedure di gara utilizzando il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni (Me.Pa.) o piattaforma EmPulia;
- (iii) a dare mandato alla municipalizzata Sanitaservice di verificare la fattibilità di un percorso di internalizzazione per tutte o per parte delle tipologie dei diversi servizi tecnici e di supporto NSIA.

Al contempo, l'Azienda prendeva atto dell'avvenuta indizione da parte di Innovapuglia spa della *“Gara Telematica a procedura aperta per l'affidamento, mediante l'utilizzo dell'Accordo Quadro ... di servizi di sviluppo, manutenzione, assistenza ed altri servizi in ambito ICT – Lotti Sanità e Welfare”*, riservandosi, ove aggiudicata in tempi compatibili con le sue esigenze amministrative e tecnico- contrattuali, di utilizzare tale strumento di acquisto per dare soluzione, in tutto o in parte, al

complesso delle esigenze dell'ASL connesse alla scadenza dei contratti NSIA.

L'appellante evidenzia che con tale delibera, dunque, l'Amministrazione esaminava tutte le possibilità in vista della scadenza del contratto n. 809/2011 e di quelli da esso discendenti, non escludendo affatto di avvalersi del preattivato strumento regionale.

La delibera si concludeva, quindi, con le seguenti statuizioni:

(i) di aderire alle Convenzioni e Contratti quadro Consip per l'ICT al fine di dare soluzioni all'esigenza di presa in carico, conduzione, assistenza tecnica e manutenzione dei sistemi facenti parte del Nuovo Sistema Informativo Aziendale (NSIA), nonché di erogazione dei servizi di help desk, supporto tecnico-operativo ICT e di supporto e gestione degli sportelli CUP-Ticket, ALPI ed Anagrafe degli Assistiti;

(ii) di prendere atto dell'avvenuta indizione da parte del Soggetto Aggregatore regionale Innovapuglia S.p.A. della "Gara telematica a procedura aperta per l'affidamento" riservandosi, ove aggiudicata in tempi compatibili con le esigenze amministrative e tecnico-contrattuali dell'Amministrazione, di valutare l'opportunità di utilizzare tale strumento di negoziazione ed acquisto per dare soluzione, in tutto o in parte, al complesso delle esigenze dell'ASL connesse alla scadenza dei contratti NSIA;

(iii) di incaricare la SSD Sistemi Informativi e Telematici di provvedere alla predisposizione di idoneo Capitolato Tecnico per l'affidamento dei servizi tecnici e di supporto NSIA che non avessero soluzione nell'ambito delle convenzioni e contratti quadro Consip ovvero che, per ragioni di convenienza e di opportunità

tecnico-funzionale e/o organizzativa, fosse necessario affidare a soggetto terzo mediante apposita procedura di gara.

Con la delibera 1880/18, quindi, l'Azienda appellata pianificava tutte le attività volte a garantire il corretto funzionamento del Nuovo Sistema Informativo Aziendale (NSIA).

Secondo parte appellante difettavano in radice i presupposti per disporre la revoca dell'appalto specifico nel frattempo indetto e quasi integralmente espletato dall'Azienda; in ogni caso la decisione assunta dalla ASL risulterebbe immotivata e non sorretta da adeguata istruttoria.

Incomprensibile sarebbe ancora l'operato della ASL Taranto, dal momento che, nel caso dei servizi per la connettività, proprio in ragione della ormai imminente scadenza del contratto n. 800/2011 (doc. 9) ed in presenza delle medesime caratteristiche di urgenza, era stato indetto il confronto competitivo del 2017, nonostante all'epoca dell'attivazione della procedura regionale fossero già vigenti le Convenzioni Consip SPC2 (risalenti al 2016) e la medesima ASL avesse già scartato (dopo la prima richiesta del Piano dei Fabbisogni del 31 marzo 2017) l'opzione di adesione alla convenzione nazionale. L'Accordo Quadro regionale era, infatti, caratterizzato dalla fisiologica flessibilità e modulabilità prestazionale propria di questi strumenti convenzionali che consentiva alle Amministrazioni di adeguare le richieste di servizi da fornire in funzione della evoluzione delle esigenze tecnologiche.

VI - La delibera n. 1318 del 2019 si palesa viziata sotto il profilo di carenza di istruttoria rilevati dall'appellante, che consentono un sindacato sotto il profilo di logicità da parte di questo giudice.

Per un verso, infatti, la stessa delibera n. 1880 del 2018 non implicava il ricorso alla convenzione Consip, come scelta preminente.

Per altro verso, la determinazione del 28 maggio 2019 era assunta nell'ambito del periodo di efficacia del contratto quadro (22 ottobre 2019) e con un ingiustificato ritardo rispetto alla conclusione del contratto a seguito dell'approvazione della graduatoria in data 10 aprile 2018.

Peraltro, il 'cambio di rotta' non appare neppure giustificato in considerazione della notazione che i parametri di riferimento della convenzione Consip risultano precedenti (e dunque, necessariamente meno aggiornati rispetto alle previsioni del confronto competitivo del 2017).

Ancora, l'Azienda, invece, non poneva in essere un'istruttoria tesa a verificare la possibilità di soddisfare altre esigenze nell'ambito dell'AQ stipulato da Innovapuglia, né le proposte di TIM aggiudicataria provvisoria dell'appalto specifico.

Tale notazione risulta rilevante sotto il duplice profilo di censura, ovvero in riferimento alla carenza dei presupposti per il ricorso allo strumento di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241 del 1990 e del mancato utilizzo delle possibilità di adeguamento proprie dello strumento dell'accordo quadro utilizzato su base regionale e della posizione di legittimo affidamento dell'aggiudicataria provvisoria (come precisato, tale sin da un anno prima della delibera oggetto di gravame).

Sotto tale profilo, emerge la carenza istruttoria e partecipativa dedotta dall'odierna appellante.

VII – Senza entrare nel merito della scelta tecnico discrezionale dell'Amministrazione, peraltro, dalle stesse difese dell'offerta

dell'appellante in ambito regionale si evince come questa fosse particolarmente performante.

L'AQ Rupar Puglia prevedeva, peraltro, specifici requisiti aggiuntivi finalizzati a potenziare e personalizzare i servizi di sistema per l'Ente di riferimento.

Ancora vale notare che le disposizioni del Regolamento 679/2016, inerenti ai sistemi di sicurezza in ambito AQ Rupar, risultano già previste nella proposta del 2017. Ne discende che non si evidenziano le prospettate novità idonee a giustificare la differente scelta da parte dell'Amministrazione.

VIII - Le svolte conclusioni sono idonee a determinare la fondatezza del ricorso di prime cure, in disparte l'evidente incomparabilità delle proposte dei due operatori assunte in due contesti differenti.

Vale evidenziare che in presenza della efficacia dell'accordo quadro e dell'avanzato stato della procedura di confronto competitivo che aveva condotto alla approvazione della graduatoria, i generali principi di correttezza e bona fede avrebbero dovuto condurre ad una previa verifica della idoneità dello strumento già adottato per il soddisfacimento delle esigenze evidenziate dalla pubblica amministrazione anche in giustificazione delle risorse già impiegate per lo svolgimento del confronto avviato nel 2017.

IX – Occorre, dunque, esaminare le questioni relative all'appello incidentale, con cui Fastweb denuncia l'erroneità della sentenza di primo grado nell'ordine di esame dei ricorsi (principale ed incidentale).

Fastweb con il ricorso incidentale ha chiesto di accertare l'illegittimità della posizione di aggiudicatario provvisorio della gara di AS Rupar

in capo a TIM ovvero l'illegittimità della stessa procedura, formulando tre domande graduate in subordine:

- dichiarare inammissibile per carenza di interesse il ricorso di Telecom Italia;
- dichiarare l'esclusione di Telecom Italia dalla procedura di affidamento dell'Appalto Specifico RUPAR;
- annullare in tutto o in parte gli atti della procedura di affidamento dell'Appalto Specifico RUPAR.

Inoltre Fastweb ritiene che la sentenza di primo grado sarebbe viziata per aver invertito l'ordine di esame delle questioni omettendo di pronunciarsi sull'ammissibilità del ricorso. Sulla base di quanto già pronunciato dalla Corte di Giustizia con le note sentenze Fastweb 4 aprile 2013, in causa C-100/12 e Puligienica 5 aprile 2016, in causa C-689/13. Le valutazioni della Corte di Giustizia sarebbero infatti riferite al caso in cui due concorrenti :

deducano violazioni del diritto degli appalti nell'ambito della medesima procedura di gara e

contestino le rispettive ammissioni e/o le rispettive offerte per conseguire direttamente o indirettamente l'aggiudicazione dell'appalto.

X – Osserva il Collegio che, in disparte la sintetica motivazione del primo giudice in ordine alla posizione di Fastweb nel contestare l'ammissibilità della partecipazione di Telecom alla procedura, il riferimento alla giurisprudenza comunitaria non appare pertinente.

Non si verte, infatti, nella specie nell'ipotesi della contestazione da parte dell'operatore resistente – in sede di ricorso incidentale – dell'ammissione alla procedura di altro operatore a seguito dell'impugnazione da parte di quest'ultimo del risultato della gara.

Bensì, nella specie, il ricorso incidentale è introdotto dal beneficiario di differente convenzione (Consip) ovvero Fastweb, con riferimento agli atti dell'altra procedura conseguente all'accordo quadro in cui questo si collocava in posizione deteriore rispetto all'attuale appellante Telecom. E ciò al solo fine di poter affermare la carenza di interesse di Telecom all'impugnazione della delibera di revoca della procedura di appalto specifico e di adesione alla convenzione Consip.

Ne consegue che si tratta di due procedure del tutto differenti, rispetto alle quali non risulta ammissibile l'introduzione di censure sulla procedura di appalto specifico.

A comprova di tale affermazione sta la notazione, pure svolta dall'odierna appellante, delle impossibilità di introdurre – come conseguenza dell'appello incidentale – qualsiasi censura relativa alla partecipazione e alla proposta di Fastweb nella procedura competitiva, con una eventuale non ammissibile compressione del diritto di contraddittorio.

XI – Da quanto osservato discende - ed in disparte tutte le considerazioni svolte dalla stessa Amministrazione a sottolineare la correttezza della valutazione positiva della proposta Telecom nella sede dell'appalto specifico e dell'ammissibilità della stessa che non possono trovare ingresso nel presente contenzioso - non può trovare ingresso in questa sede l'esame delle censure svolte da parte dell'appellante incidentale, con riferimento alla pronunzia del primo giudice nei riguardi del ricorso incidentale proposto in primo grado.

XII – Rimane da esaminare la domanda risarcitoria.

Rispetto a tale capo, va rilevato che anche in sede di discussione è emerso che allo stato non è iniziata l'esecuzione da parte della

Società appellata e che il servizio è proseguito inalterato con la Telecom nelle more del giudizio, per consentire le operazioni di adeguamento a Fastweb.

Ne discende che l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza di primo grado, con conseguente annullamento della delibera n. 1318 del 28 maggio 2019, comporta il ripristino alla situazione precedente ed il risarcimento in forma specifica, stante peraltro l'attuale svolgimento del servizio per cui è causa da parte dell'appellante medesima.

Ne discende che non risultano margini per disporre ulteriori somme a titolo di risarcimento per equivalente.

XIII – In considerazione della complessità della fattispecie esaminata, sussistono giusti motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza n. n. 62/2020, accoglie – nei limiti indicati in motivazione – il ricorso di prime cure e per l'effetto annulla la delibera n. 1318 del 2019.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE

Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO