

APPALTI PUBBLICI (accordo quadro - procedura negoziata - multifornitore)

T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZ. III, sentenza 11 aprile 2016, n. 4284

Con la sentenza che si segnala il T.A.R. Lazio si è pronunciato in merito al giudizio promosso da Telecom Italia S.p.a. avverso la gara indetta da Consip S.p.a. con bando in data 23 maggio 2013 per l'aggiudicazione del contratto quadro per l'affidamento dei servizi di connettività nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività (di seguito anche SPC), ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale, di seguito anche CAD), in favore delle pubbliche Amministrazioni.

Si tratta, dunque, di gara particolarmente importante nell'ambito delle iniziative volte alla digitalizzazione della pubblica amministrazione. Giova infatti ricordare che il Sistema Pubblico di Connettività, al tempo dei fatti di gara, era definito dall'art. 73, comma 2, CAD, come « *l'insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche, per lo sviluppo, la condivisione, l'integrazione e la diffusione del patrimonio informativo e dei dati della pubblica amministrazione, necessarie per assicurare l'interoperabilità di base ed evoluta e la cooperazione applicativa dei sistemi informativi, e dei flussi informativi, garantendo la sicurezza, la riservatezza delle informazioni, nonché la salvaguardia e l'autonomia del patrimonio informativo di ciascuna pubblica amministrazione* ». Come ha modo di spiegare Collegio, « [i]l sistema prevede pertanto: – *più amministrazioni fruitrici, operanti ai diversi livelli centrale, regionali e locali, in modo che il sistema possa soddisfare, tendenzialmente, l'intero fabbisogno delle amministrazioni pubbliche*; – *la rete, composta nella sua componente finale dalle reti dei diversi operatori che agiscono nell'ambito del SPC*; – *più fornitori qualificati* » (p. 2, della motivazione in diritto).

A seguito della sentenza sono poi stati affidati in data 24 maggio 2016, i contratti per la connettività e sono stati quindi aggiudicati i primi due lotti della gara per i servizi cloud (http://www.agid.gov.it/sites/default/files/uffi_agid_sottoscritti_i_contratti_per_la_connettivita_e_aggiudicati_i_primi_due_lotti_della_gara_per_i_servizi_cloud.pdf). Pur se, nel frattempo, risulta essere stato interposto appello, avverso la sentenza che si segnala, che attualmente risulta pendente innanzi al Consiglio di Stato con n.r.g. 4604/2016.

In attesa di verificare come la questione verrà risolta in sede di appello, risulta interessante esaminare il caso portato all'attenzione del T.A.R. Lazio, il quale si caratterizza per alcuni profili del tutto peculiari. Si può infatti ricordare che la gara, svolta mediante procedura ristretta in base al criterio del prezzo più basso, si fondava su una logica c.d. "multifornitore" in base alla quale, ove il numero minimo di offerte valide fosse stato almeno pari a tre, si sarebbe proceduto ad assegnare la commessa a più operatori, secondo percentuali variabili predeterminate dal bando in base al numero di aggiudicatari. Nella specie è stata applicata la percentuale di 60%, 20% e 20% essendosi avuti tre assegnatari. Il meccanismo di gara prevedeva che l'assegnazione delle parti di fornitura successive alla prima fosse subordinata all'impegno irrevocabile da parte dei vari assegnatari di prestare i servizi alle medesime condizioni di prezzo offerte dal fornitore aggiudicatario.

Tale peculiare caratteristica della gara ha portato a numerose e complesse censure da parte della ricorrente, le quali hanno avuto ad oggetto altrettanto elaborate analisi da parte del Collegio, anche in ragione della « *straordinaria*

complessità delle prestazioni oggetto di gara » (p. 4.2, della motivazione in diritto). Nel proseguo, pertanto, si andranno a delineare i passaggi fondamentali della sentenza, alla quale viceversa si deve necessariamente rinviare per un dettagliato esame dell'*iter* logico-giuridico seguito dal Collegio.

Per la realizzazione del complesso SPC la stazione appaltante aveva messo a gara i seguenti servizi: i servizi di trasporto dati (TR), comprendenti il servizio di trasporto dati su rete convenzionale in rame (STDE), su rete in fibra ottica (STDO) e con modalità satellitari (STDS); servizi di sicurezza perimetrale (SICP), comprendenti il servizio di sicurezza perimetrale unificata (SPUN) e centralizzata (SCEN); servizi di comunicazione evoluta (SCOE), costituiti dai servizi di comunicazione vocale su protocollo internet VOIP e di telepresenza, ossia di comunicazione audio e video TELP; supporto professionale SSUP comprendente il servizio di supporto specialistico (SSUS) e di formazione (FORM); servizi di calcolo e memorizzazione.

In corso di gara l'oggetto della stessa è tuttavia stato parzialmente rimodulato, eliminando i « servizi di calcolo e memorizzazione », al contempo riducendo l'importo stimato a base d'asta da 2,5 miliardi di euro a 2,4 miliardi di euro.

Telecom Italia ha in primo luogo impugnato il bando, contestando la stessa logica della clausola "multifornitore". A suo dire, tale strutturazione del bando non permetteva di individuare le singole "parti" della fornitura se non successivamente allo svolgimento della gara. Dal che ne deriverebbe l'impossibilità di formulare un'offerta consapevole con prezzi calibrati sui "volumi prestazionali", ossia in funzione delle quantità di prestazioni da prestare.

In sede di ricorso introduttivo Telecom Italia ha altresì dedotto la violazione della durata massima dell'accordo quadro prevista dall'art. 59, comma 8, d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 32, comma 2, Direttiva 18/2004/CE, dovendo questa di regola essere pari a 4 anni (48 mesi), anziché 84 come previsto dal bando.

Sempre in sede di impugnazione del bando, la ricorrente ha contestato pure l'applicazione del criterio del prezzo più basso, ed il meccanismo per cui l'assegnazione delle parti di fornitura successive alla prima resta subordinata all'accettazione dei medesimi corrispettivi offerti dal primo classificato. Ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, tale previsione trasformerebbe la procedura ristretta in una procedura negoziata al di fuori delle ipotesi tassative di cui all'art. 56, comma 1, del Codice, ponendo in essere, in sostanza, una rinegoziazione delle condizioni dell'offerta. In secondo luogo Telecom Italia ha lamentato una particolare lesione della propria posizione, in quanto titolare della rete pubblica fissa e, dunque, operatore "dominante" con notevole forza di mercato. A detta della ricorrente, essendo la stessa tenuta a fornire agli operatori concorrenti l'interconnessione e l'accesso alla propria rete, alle condizioni economiche approvate dall'Autorità di settore, la stessa sarebbe impossibilitata a praticare verso le pubbliche amministrazioni prezzi non riproducibili da un operatore concorrente e cioè inferiori ai costi da questo sostenuti, maggiorati di un congruo margine di utile.

Con un primo ricorso per motivi aggiunti Telecom Italia impugnava poi la modifica della *lex specialis*, con cui sono stati rimossi dalla gara i "servizi di calcolo e memorizzazione", lamentando in questo caso l'illegittimità della modifica dell'oggetto della selezione.

Nel frattempo veniva reso pubblico l'esito della prima fase, in relazione alla quale la stazione appaltante approvava la seguente graduatoria: 1) Tiscali Italia S.p.a. 264.867.582,31; 2) BT Italia S.p.a. 423.438.611,11; 3) RTI Fastweb S.p.A. - IBM

S.p.a. 715.719.280,50; 4) Telecom Italia S.p.a. 746.253.661,67; 5) Costituendo RTI Wind S.p.a./Cons. CPU 865.450.196,27; 6) Cost. RTI Vodafone O. B.V./Ericsson 1.275.869.826,37.

Si dava quindi avvio alla fase dell'interpello nei confronti delle imprese classificate alle spalle di Tiscali, al fine di verificare quali di queste fossero disposte ad adeguarsi alle condizioni economiche offerte da Tiscali, al fine di conseguire (con assunzione di impegno irrevocabile) l'assegnazione di quota parte del contratto quadro. Rispondevano positivamente soltanto BT Italia e Vodafone Omnitel.

A seguito di tale fase Telecom Italia, che a questo punto risultava ufficiosamente non aggiudicataria, presentava terzi motivi aggiunti, con i quali censurava "al buio" i verbali di gara nella parte in cui avevano considerato non anomale le offerte di Tiscali e BT Italia.

Con successivi quarti motivi aggiunti la ricorrente principale impugnava anche le note di allineamento da parte di BT Italia e di Vodafone Omnitel ai prezzi offerti dall'aggiudicatario ed il conseguente affidamento alle suddette società delle quote parte dell'appalto loro spettanti secondo le previsioni della *lex specialis*.

Infine con quinti motivi aggiunti, Telecom Italia presentava tre ulteriori gravami di carattere tecnico-economico diretti a far valere presunti vizi delle offerte di Tiscali, di BT Italia e di Vodafone.

Le controinteressate BT Italia S.p.a. e Vodafone Omnitel B.V. presentavano invece entrambe ricorso incidentale volto a sostenere l'esclusione dalla gara di Telecom Italia.

Onde analizzare le censure della ricorrente volte a contestare la logica stessa della gara, il T.A.R. avvia l'analisi chiarendo che la procedura adottata da Consip si compone di due distinte fasi procedurali, per cui solo la prima è una vera e propria selezione competitiva ristretta, mentre la seconda fase di interpello-accettazione delle condizioni contrattuali dell'offerta migliore sarebbe una fase atipica non disciplinata all'interno del sistema degli affidamenti dei contratti pubblici di derivazione europea. Ciononostante il Collegio ritiene tale fase legittima in quanto ancorata alle disposizioni di cui al comma 2 del citato art. 83 CAD ai sensi del quale è prevista la stipula di « uno o più contratti quadro con più fornitori per i servizi di cui all'articolo 77, con cui i fornitori si impegnano a contrarre con le singole amministrazioni alle condizioni ivi stabilite », previo espletamento di « specifiche procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei contraenti » e « assicurando la presenza di più fornitori qualificati ».

Sicché, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, l'interpello post-competitivo non introdurrebbe una procedura negoziata e sarebbe perciò rispettoso dei principi di concorrenza e "par condicio" in quanto il momento concorrenziale si dispiegherebbe pienamente nella fase anteriore all'interpello.

Solo dopo aver svolto tale preliminare inquadramento, il T.A.R. affronta poi la questione circa l'ordine da preferire nella trattazione dei motivi aggiunti e nei ricorsi incidentali. Sul che, il Collegio riconosce l'interesse strumentale della ricorrente alla rinnovazione totale o parziale della procedura e, perciò, rispetta l'ordine dei motivi di impugnazione principale, il cui esame viene anteposto pure a quello dei ricorsi incidentali, ritenendosi che « la trattazione prioritaria del ricorso ad effetto escludente non è una scelta sempre ineluttabile » (p. 3, della motivazione in diritto).

In merito alla violazione del principio di determinatezza dell'oggetto del contratto di cui al primo motivo di ricorso, con cui Telecom Italia aveva in particolare contestato la clausola "multi-fornitore", il Collegio parte dall'assunto per cui il livello di determinatezza dell'oggetto contrattuale di un contratto-quadro è necessariamente inferiore a quello di un ordinario appalto pubblico, in quanto i margini di incertezza caratterizzanti un accordo quadro sono in ogni caso fin ed inevitabili, sicché « il "volume prestazionale" è, per definizione un volume teorico, potenziale » (p. 4.1, della motivazione in diritto).

Quanto, invece, all'asserito superamento della durata massima (quadriennale) dell'accordo quadro, il Collegio si limita a ricordare che la stessa normativa invocata dalla ricorrente non costituisce per la centrale di committenza un limite invalicabile, stante l'inciso « salvo in casi eccezionali debitamente motivati, in particolare, dall'oggetto dell'accordo quadro ». Situazione che il Collegio ritiene nella specie sussistere, sia per la complessità della commessa, che per l'ingente importo della stessa.

Anche la scelta della Consip di applicare il criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione viene ritenuta dal Collegio insindacabile, perché afferente al merito dell'azione amministrativa, e comunque, logica e ragionevole in quanto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa avrebbe comportato « problemi applicativi di non poco conto, in quanto non avrebbe garantito quella omogeneità tecnologica dei servizi che compongono il sistema, che soltanto la puntuale definizione di tutti gli aspetti tecnici da parte della S.A. poteva garantire » (p. 4.3, della motivazione in diritto).

Motivazione più interessante è, invece, quella che sorregge il rigetto dell'ulteriore motivo di ricorso principale inerente l'asserita adozione di una procedura sostanzialmente negoziata attraverso il meccanismo dell'allineamento ai prezzi della migliore offerta.

Il Collegio ritiene difatti legittimo l'interpello post-competitivo in quanto « il fornitore/accettante non formula un'offerta bensì accetta una proposta a condizioni già predefinite. Per questo, come pure già sottolineato, non trovano applicazione le disposizioni della Direttiva richiamate dalla società ricorrente, circa il divieto di doppia offerta, ovvero di rimodulazione o negoziazione dell'offerta stessa al di fuori delle procedure competitive » (p. 5.1, della motivazione in diritto).

Né ritiene il Collegio che tale fase leda la "par condicio", in quanto: tutti i concorrenti hanno pari possibilità di aderirvi; sono interpellati in ordine di collocazione in classifica in tal modo sono messi in condizione di partecipare ad un accordo quadro di enorme entità evitando la concentrazione in capo ad un unico soggetto. Sul che appare interessante il ragionamento del Collegio secondo cui, proprio per tale ragione, l'interesse all'impugnativa sul punto spetterebbe non alla ricorrente, la quale ha così un'opportunità di aggiudicazione in più, ma alla prima classifica che in base al peculiare meccanismo di gara vede ridotta la portata complessiva della commessa.

Neppure viene condivisa la censura di Telecom secondo cui la stessa non potrebbe praticare verso le amministrazioni prezzi non riproducibili da un qualsiasi operatore concorrente, in quanto operatore dominante e, quindi, soggetto a regolamentazione. Il Collegio fonda il proprio ragionamento su un duplice ordine di ragioni: « a) L'affermazione di Telecom circa il divieto legale di abbattere i prezzi soggetti alla regolazione dell'AGCOM è contraddittoria, in quanto implica la tacita ammissione che i prezzi praticati da Telecom agli "olo", per i servizi intermedi, siano

più elevati del dovuto, dal momento che il criterio economico fondamentale a cui l'Autorità si ispira nel fi è quello dell'orientamento al costo, onde non porre i concorrenti dell'operatore dominante in una condizione peggiore; b) va in ogni caso evidenziato che delle quattro categorie di macroservizi oggetto di gara ben tre non sono soggette a regolamentazione dei prezzi » (p. 5.2, della motivazione in diritto).

Venendo ai secondi motivi aggiunti, sostanzialmente inerenti alla scelta della stazione appaltante di eliminare dall'oggetto della gara i "servizi di calcolo e memorizzazione", il T.A.R. ritiene anche in questo caso che la decisione sia di carattere discrezionale e che non presenti aspetti di illegittimità e/o di irrazionalità che ne permettano il sindacato. Anzi, il Collegio afferma che la scelta appare opportuna in considerazione delle evoluzioni tecnologiche nel frattempo emerse che permettono un più efficiente e misurato (separato) affidamento di tali servizi.

Quanto al terzo atto di motivi aggiunti, volto a censurare il giudizio di non anomalia delle offerte svolto in sede di redazione della classifica fi il Collegio sottolinea che, per stessa ammissione della ricorrente, tali censure sono state svolte "al buio", e le reputa perciò inammissibili in quanto aventi « carattere palesemente ipotetico, senza alcun concreto riferimento alle giustificazioni addotte ed ai documenti prodotti dalle due società in sede di verifiche di anomalia » (p. 8, della motivazione in diritto). Sul punto il Collegio ha tuttavia cura di precisare che sarebbe poi tornato sulle questioni attinenti all'anomalia dell'offerta, nell'esame delle successive censure sulle singole offerte.

Quanto ai quarti motivi aggiunti, relativi all'impugnativa delle note di allineamento da parte di BT Italia e di Vodafone Omnitel ai prezzi offerti dall'aggiudicatario Tiscali ed il conseguente affidamento alle suddette società delle quote parte dell'appalto di rispettiva spettanza, si può in questa sede sinteticamente solo ricordare che il Collegio ha ritenuto che nessuna delle doglianze dedotte da parte ricorrente fosse fondata (p. 9.5, della motivazione in diritto).

In relazione alle censure di anomalia delle singole offerte, il Collegio ricorda la consolidata posizione della giurisprudenza amministrativa in tema di limiti al sindacato giurisdizionale sulla verifica dell'anomalia. Il Collegio aderisce quindi all'impostazione per cui spetta esclusivamente all'Amministrazione aggiudicatrice procedere a tale verifica attraverso valutazioni che sono tipica espressione di discrezionalità tecnica.

A fronte delle doglianze della ricorrente, il Collegio sottolinea poi che la verifica dell'anomalia non ha comunque carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifici e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Ciononostante il T.A.R. svolge comunque un'attenta analisi dell'offerta di Tiscali e delle relative giustificazioni giungendo ad affermare che tutte le relative censure sollevate da Telecom Italia possono essere disattese « in quanto, in parte basate su presupposti o metodi erronei, in parte confutate in modo condivisibile dalle diverse prospettazioni dell'aggiudicataria e comunque, in generale, non idonee a scardinare la positiva verifica di congruità dell'offerta nel suo complesso (non essendo necessaria una congruità totale e puntuale su ogni singolo profilo come valutata dalla Consip, che ha esercitato il suo potere di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da Tiscali Italia senza incorrere in palesi errori né fattuali, né logici, né giuridici » (10.8, della motivazione in diritto).

A fronte del giudizio reso in merito all'offerta della prima classifi il Collegio dichiara assorbiti, per carenza di interesse al loro esame gli ulteriori motivi sulla presunta anomalia delle offerte di BT Italia e di Vodafone.

In conclusione, il T.A.R. rigetta tanto il ricorso introduttivo quanto tutti i motivi aggiunti proposti da Telecom Italia perché infondati, ovvero assorbiti per carenza di interesse. Di conseguenza viene anche dichiarato superfl l'esame dei ricorsi incidentali escludenti, considerato che il giudizio reso in relazione alle censure sollevate da Telecom Italia viene considerato « *obbiettivamente) statuizione pienamente satisfattiva per gli interessi delle ricorrenti incidentali* » (p. 12, della motivazione in diritto).

Data la complessità e novità di alcune delle numerose questioni risolte dal T.A.R., sarà certamente interessante vedere se, e come, le stesse saranno oggetto di diversa risoluzione da parte del Consiglio di Stato e se, eventualmente, le stesse potranno formare oggetto di rinvio pregiudiziale, specie in relazione a quegli aspetti più innovativi ed originali della procedura selettiva applicata dalla stazione appaltante.

GHERARDO CARULLO