

## NEI CONTRATTI ESCLUSI LA VERIFICA DI ANOMALIA E' SEMPRE FACOLTATIVA

[Cons. Stato, sez. V, 18.12.2023 n. 10889](#)

### Massime (segue testo)

<< 7.3. Correttamente il Tribunale ha disatteso il quarto motivo di ricorso in ragione del fatto che la procedura indetta da Rai Way è da ricondurre, pacificamente, nell'ambito dei contratti esclusi ex artt. 15 e 4 d.lgs. n. 50/2016, con conseguente inapplicabilità delle previsioni – tra cui, quella invocata in ricorso – esplicitamente incluse nella disciplina dedicata all'aggiudicazione nei settori ordinari (come indicato nella rubrica del titolo IV, nel cui contesto è collocato il suddetto articolo 97).

7.4. Tale conclusione trova conferma nell'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla sentenza appellata secondo cui nelle gare pubbliche la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta non è obbligatoria quando questa ha per oggetto contratti esclusi, ma è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, la cui determinazione è sindacabile in sede giurisdizionale solo se macroscopicamente irragionevole (Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3059) ovvero irrazionale, illogica o viziata da travisamento di fatti (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 4586/2015).

7.5. In secondo luogo, altrettanto condivisibilmente, la sentenza di prime cure ha conferito rilievo alle previsioni del disciplinare di gara che, ribadendo espressamente la riconducibilità della procedura ai contratti esclusi, riservava alla stazione appaltante la mera facoltà di procedere alla verifica di congruità della migliore offerta (cfr., al riguardo, il relativo paragrafo 20), non mancando poi di evidenziare il difetto di allegazione da parte della ricorrente di elementi concreti a supporto dell'asserita anomalia dell'offerta del controinteressato, in termini di complessiva inaffidabilità e inadeguatezza, che consentano di ritenere irrazionale e manifestamente arbitraria la scelta della Commissione di gara, in virtù delle

richiamate previsioni della *lex specialis*, di non effettuare alcuna verifica della congruità dell'offerta della aggiudicataria.

7.6. Quanto alle argomentazioni di Rai Way circa la congruità dell'offerta aggiudicataria con riferimento ai costi indicati nell'offerta (anche in misura superiore all'importo stimato negli atti di gara dalla stazione appaltante) e al conseguente carattere meramente formale delle doglianze, esse costituiscono deduzioni difensive volte a confutare i motivi di censura proposti a dimostrazione ulteriore della loro infondatezza e genericità, senza tradursi in un'inammissibile integrazione postuma in sede processuale della motivazione dei provvedimenti impugnati.

7.7. In conclusione, vanno confermate le statuizioni della sentenza appellata secondo cui *“l’invocato articolo 97 del Codice dei contratti pubblici ...non può rappresentare la base giuridica per sostenere l’obbligatorietà della verifica di congruità nel caso di specie e la conseguente illegittimità della disposta aggiudicazione in asserita violazione del suddetto obbligo”>>*

Pubblicato il 18/12/2023

N. 10889/2023REG.PROV.COLL.

N. 02687/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2687 del 2022,  
proposto da  
Tim s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla  
procedura CIG Lotto unico n. 8338988E94, rappresentata e difesa dagli avvocati  
Stefano D'Ercole, Nicola Palombi, con domicilio digitale come da PEC Registri di  
Giustizia;

***contro***

Rai Way s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Giovanni De Vergottini, Massimo Luciani, Marco Petitto, con  
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Fastweb S.p.A., in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Sielte s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Tufarelli in Roma, piazza Cavour n.17;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza), 3 febbraio 2022, n. 1297, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rai Way s.p.a. e di Fastweb s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2023 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Pignatiello in sostituzione di D'Ercole e Palombi, Luciani, Petitto, di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Tim s.p.a., odierna appellante, collocatasi in posizione di seconda graduata con un distacco di 3,83 punti del raggruppamento temporaneo di imprese tra la mandataria Fastweb s.p.a. e la mandante Sielte s.p.a., impugnava dinanzi al T.a.r. del Lazio il provvedimento con cui Rai Way S.p.a. ha disposto l'aggiudicazione definitiva a favore del predetto r.t.i. della gara bandita il 22 giugno 2020 avente ad oggetto “*Procedura ai sensi degli artt. 4 e 15 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i. finalizzata alla stipula di un Accordo Quadro per l'approvvigionamento e la realizzazione di una rete in fibra ottica nazionale in IRU, comprensiva di apparati DWDM e relativi servizi di manutenzione pluriennali*”, con valore stimato di € 40.000.000.00 e durata prevista di

192 mesi, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gravando altresì i verbali di gara, gli atti di nomina della Commissione giudicatrice e gli atti costituenti la *lex specialis* della procedura (*"limitatamente alle parti impugnate e censurate, anche in via interpretativa, nei motivi di ricorso"*) in uno a ogni atto presupposto, connesso o consequenziale a quelli impugnati.

2. La gara è finalizzata alla realizzazione della nuova rete di trasporto dati - per complessivi 5.500 km - destinata a collegare tra di loro i Centri di produzione Televisiva e le sedi regionali RAI.

Più in particolare, l'oggetto della gara è: a) la fornitura di un anello in fibra ottica in modalità IRU nazionale completo degli apparati DWDM; b) la fornitura di fibra ottica per l'estensione della rete verso altre aree geografiche (anelli secondari del nord-est e del sud); c) il servizio di manutenzione della rete in fibra nazionale e dei relativi apparati; d) il servizio di manutenzione dei sistemi di gestione per la rete IRU+DWDM.

2.1. Il ricorso di primo grado - con cui era chiesto, oltre all'annullamento degli atti impugnati, la condanna di Ray Way al risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro nel contratto eventualmente stipulato, o per equivalente - era affidato a dodici motivi di doglianza, sostanzialmente riconducibili a tre gruppi di censure: *i)* quelle a sostegno della presunta irregolarità dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario controinteressato, invocata a fondamento della pretesa esclusione (motivi I, II e III); *ii)* quelle volte a contestare la valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice relativamente all'offerta tecnica dell'aggiudicatario, tendenti alla riattribuzione del relativo punteggio conducente all'invocato sopravanzamento di parte ricorrente nella graduatoria (motivi V, VII, VIII, IX) ovvero quelle intese a denunciare la mancata sottoposizione dell'offerta dell'aggiudicatario alla verifica di anomalia (motivo IV) nonché a contestare le verifiche condotte dalla Stazione appaltante successivamente all'aggiudicazione della gara in quanto asseritamente effettuate in violazione del principio di

separazione delle offerte tecniche ed economiche (motivo VI); *iii*) quelle mosse in via subordinata, riguardanti specifici profili di illegittimità delle operazioni di gara (motivi X, XI, XII), aventi portata potenzialmente caducante l'intera procedura.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza di Ray Way s.p.a. e dell'aggiudicatario controinteressato, il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, ritenendo in parte infondati in parte inammissibili tutti i motivi di doglianza proposti.

4. Di tale sentenza la ricorrente in primo grado Tim s.p.a. domanda la riforma, deducendo con l'appello proposto dodici motivi di gravame, articolati in plurime doglianze, con cui ha sostenuto *"l'illegittimità, ingiustizia ed erroneità"* della sentenza nonché l'omessa pronuncia sulle censure sollevate coi motivi di ricorso di primo grado, di cui ha chiesto l'accoglimento con le annesse istanze risarcitorie.

4.1. Con ordinanza n. 1860 del 22 aprile 2022 l'istanza cautelare è stata respinta, ritenendo il Collegio allo stato prevalente l'interesse della stazione appaltante, ed è stata fissata l'udienza pubblica per la decisione della causa.

4.2. Con ordinanza collegiale n. 9949/2022 la Sezione ha disposto, all'esito dell'udienza di merito del 27 ottobre 2022, una verifica per accertare, in relazione alle doglianze articolate con il primo e con l'ottavo motivo di appello, la conformità dell'offerta presentata dal RTI Fastweb alle specifiche tecniche fissate dalla *lex specialis*.

4.3. Il 9 febbraio 2023 il verificatore ha depositato in atti la propria relazione conclusiva.

4.4. In vista dell'udienza pubblica per la trattazione del merito le parti hanno depositato memorie e repliche.

Rai Way ha evidenziato che l'accordo quadro è stato stipulato il 2 febbraio 2022, aggiungendo che alla data del 19 aprile 2023, come da attestazione in atti, sono stati emessi contratti applicativi verso il fornitore Fastweb s.p.a. per un importo complessivo pari a € 15.165.588,45.

L'appellante ha invece contestato gli esiti della verifica e insistito per l'accoglimento di tutti i motivi di ricorso proposti e di tutte le domande formulate, alla luce delle considerazioni e delle censure riportate nei precedenti scritti, depositati in vista della udienza di merito del 27 ottobre 2022.

4.5. All'udienza dell'11 maggio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare l'appellante censura le statuizioni della sentenza secondo cui l'affidamento di cui è causa – avente ad oggetto la conclusione di un accordo quadro per l'approvvigionamento e la realizzazione di una rete in fibra ottica nazionale in IRU, comprensiva di apparati DWDM e relativi servizi di manutenzione pluriennali, al fine di garantire il soddisfacimento delle esigenze funzionali legate all'erogazione del servizio pubblico radiotelevisivo - *“conduce, attesa l'esclusione dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici in forza dell'articolo 15 d.lgs. n. 50/2016, all'assoggettamento ... ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, ai sensi dell'articolo 4 d.lgs. n. 50/2016”*.

L'appellante deduce, al riguardo, che l'esclusione della gara *de qua* dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici in ogni caso non esime la stazione appaltante dal rispetto dei principi individuati dall'art. 4 dello stesso Codice e delle disposizioni di legge che ne sono attuazione.

2. Ciò premesso, Tim s.p.a. ripropone poi sostanzialmente, con i motivi di appello, le censure formulate con il ricorso di primo grado, lamentandone il rigetto da parte della sentenza impugnata, con motivazioni a suo avviso erronee e non condivisibili.

3. Il Collegio ritiene che l'appello è infondato, mentre sono corrette le motivazioni della sentenza, per le ragioni che verranno esposte nell'esame delle singole doglianze, nell'ordine proposto dall'appellante, salvo, ove possibile, la trattazione congiunta delle censure che presentano elementi di connessione.

4. Vanno, dunque, anzitutto respinte in quanto infondate le censure articolate con il primo e l'ottavo motivo di appello.

4.1. In particolare, con tali doglianze l'appellante ha anzitutto lamentato l'insufficiente motivazione della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura di TIM per cui l'offerta presentata dal RTI aggiudicatario non risulta conforme alle specifiche tecniche fissate dalla *lex specialis*, avendo essa indicato un elemento di offerta privo del requisito di ridondanza richiesto dal capitolato di gara; in particolare, l'offerta, nel prevedere per i servizi 100G l'utilizzo di un solo "muxponder" non protetto e l'assenza di una linea alternativa per la trasmissione del segnale in ipotesi di guasti del sistema (ai fini del mantenimento dei canali "working" e "protection"), indicherebbe una soluzione non affidabile priva di un adeguato meccanismo di sicurezza, integrante la difformità dell'offerta tecnica presentata rispetto al prescritto requisito vincolante della ridondanza delle schede di rete posto dal Capitolato, quale ipotesi conducente all'automatica esclusione della gara dell'operatore economico (in base al punto 4 del menzionato documento di gara- allegato B3- recante le specifiche tecniche degli apparati e dei meccanismi di protezione dei servizi per eventuali guasti di rete).

4.2. Con l'ottavo motivo Tim s.p.a. lamenta, invece, l'omessa motivazione e ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura di erroneità dei punteggi attribuiti all'offerta del RTI controinteressato con riferimento allo specifico elemento individuato nell'ambito del parametro n. 7 (di cui al par. 4.2. del Capitolato tecnico generale), riguardante la presenza di "layout di armadio dettagliati per ogni impianto"; l'appellante sostiene, infatti, che l'operatore medesimo avrebbe fornito i layout dei soli siti ospitanti gli apparati DWDM e non dei siti ospitanti gli apparati di rigenerazione ILA/OLA (quali apparati oggetto di fornitura e manutenzione, pur ospitati *in housing* nelle centrali del *provider*).

L'offerta aggiudicataria si paleserebbe, pertanto, anche sotto tale profilo, carente, inattendibile, sostanziandosi in una proposta condizionata e, come tale, non valutabile.

4.3. Le riassunte doglianze non possono essere accolte.

4.4. Come anticipato in fatto, con l'ordinanza sopra menzionata, in relazione ai motivi appena esposti, di contenuto altamente tecnico, il Collegio ha disposto una verifica, affidandola al Direttore del Dipartimento di Ingegneria informatica dell'Università degli Studi di Salerno, con facoltà di delega, al fine di accertare se l'offerta presentata dal Rti Fastweb risulti o meno conforme alle specifiche tecniche fissate dalla *lex specialis*, con particolare riferimento:

1) alla presenza o meno del requisito di ridondanza richiesto dal capitolato di gara, in relazione alla censura dell'appellante secondo cui l'offerta, nel prevedere per i servizi 100G l'utilizzo di un solo "muxponder" non protetto e l'assenza di una linea alternativa per la trasmissione del segnale in ipotesi di guasti del sistema, indicherebbe una soluzione non affidabile priva di un adeguato meccanismo di sicurezza, integrante la difformità dell'offerta tecnica presentata rispetto al prescritto requisito vincolante della ridondanza delle schede di rete posto dal Capitolato;

2) al parametro 7, circa la presenza di "*layout di armadio dettagliati per ogni impianto*", in relazione alla censura dell'appellante secondo cui il Rti Fastweb contemplerebbe la fornitura dei layout dei soli siti ospitanti gli apparati DWDM e non dei siti ospitanti gli apparati di rigenerazione ILA/OLA (quali apparati oggetto di fornitura e manutenzione, pur ospitati in *housing* nelle centrali del provider).

4.5. Orbene, all'esito della verifica, il Collegio rileva che l'offerta presentata in gara dal RTI Fastweb è conforme alle sopra indicate prescrizioni tecniche della *lex specialis*.

4.6. In particolare, il Collegio condivide le risultanze della verifica che, vagliando attentamente le questioni tecniche sottoposte dai motivi di doglianza alla

luce delle osservazioni dei consulenti nominati dall'appellante, hanno evidenziato, quanto al primo quesito, che le asserzioni della Tim rispetto al requisito tecnico prescritto dalla *lex specialis* in materia di affidabilità - tanto a livello dell'infrastruttura complessivamente offerta che dei singoli apparati- non sono supportate da riferimenti documentali o da altre dimostrazioni, rilevando come anche l'unico elemento concretamente offerto dall'appellante a sostegno dei propri assunti- e cioè l'utilizzo di un solo *muxponder* non protetto per i servizi 100G- non è da considerarsi sintomatico dell'inaffidabilità della soluzione tecnica proposta: infatti, tale elemento non è incompatibile con il requisito in parola (c.d. requisito "5 nove" della disponibilità), se riferito all'infrastruttura completa e all'intera durata IRU, dovendo escludersi che la soluzione offerta integri difformità rispetto a tutte le menzionate specifiche tecniche alla luce della clausola di eccezione (4.4.1.D) che ammette esplicitamente la possibilità di compromissione di un servizio per guasto di scheda/porta tributaria (si veda pagg. 11-26 della relazione di verifica).

4.6.1. Quanto al secondo quesito, la verifica ha chiarito che la documentazione presentata nell'offerta tecnica del RTI Fastweb è sufficientemente dettagliata ed esauriente, concludendo quindi che *"l'offerta tecnica del RTI Fastweb è stata correttamente valutata dalla stazione appaltante con riferimento al punteggio assegnato ai sensi del Capitolato generale, par. 4.2. parametro 7 sub. 3 per completezza della documentazione sui layout di armadio"* (pag. 26 della relazione conclusiva).

Giova al riguardo precisare che, come chiaramente emerge dalla relazione depositata in atti, il verificatore, esaminata sia l'offerta tecnica di Fastweb che il verbale di verifica di corrispondenza effettuata dalla stessa stazione appaltante, ha concluso che *"risulta confermato dal test plant l'asserto ricavato dall'offerta tecnica sull'uniformità dei siti OLA"*.

4.7. Alla luce degli esiti della verifica e delle ulteriori deduzioni svolte dalle parti appellate nelle memorie difensive depositate in atti (si veda in particolare

quanto chiarito da Ray Way- memoria di replica del 28 aprile 2023- circa l'introduzione nel capitolato tecnico della clausola di eccezione e della scelta di "duplicare" solo una parte dei servizi, nell'individuazione di un giusto equilibrio tra costi e prestazioni della rete che costituisce espressione di discrezionalità amministrativa legittimamente esercitata), deve dunque concludersi che, contrariamente a quanto asserito dall'appellante, l'architettura proposta dal RTI aggiudicatario è conforme a tutte le specifiche tecniche vincolanti previste dalla legge di gara per quanto concerne il livello di affidabilità dei meccanismi di protezione offerti per il servizio 100G e che la descrizione degli apparati contenuta in offerta è del tutto coerente con quanto richiesto dal capitolato ai fini dell'assegnazione del punteggio controverso.

4.8. Non possono, infatti, trovare accoglimento le contestazioni mosse da TIM agli esiti della verifica disposta.

4.8.1. Come di recente ricordato dalla Sezione (cfr. Cons. Stato, V, 24 ottobre 2022, n. 9043), una volta che il Collegio ha ritenuto che le questioni sottese alla controversia hanno un carattere talmente tecnico da esulare dalla propria competenza e da richiedere l'intervento di un soggetto dotato di tali specifiche competenze, le conclusioni alle quali questi è giunto potranno dallo stesso Collegio essere superate solo a fronte di una manifesta erroneità, *ictu oculi* ravvisabile.

4.8.2. Nel caso di specie, la verifica è completa, analitica e puntuale, chiare ed esaustive le conclusioni cui è pervenuto l'ausiliario: pertanto, il Collegio sulla base del proprio ragionevole convincimento, ne condivide le risultanze, non ravvisando alcun apprezzabile motivo per discostarsene.

4.8.3. Né la verifica ha sconfinato in valutazioni riservate al giudice, esondando i limiti dei quesiti posti: infatti, siccome questi attenevano alla conformità dell'offerta alle specifiche tecniche fissate dalla *lex specialis*, nel perimetro dell'incarico conferito, ai fini della compiuta risposta ai quesiti formulati

dal Collegio, rientrava anche la disamina delle stesse specifiche asseritamente violate dall'offerta aggiudicataria.

Pertanto, la verifica disposta da questo giudice, in linea con le finalità e la natura dell'istituto in esame, si è rivolta a vagliare profili strettamente tecnici correlati ai motivi di ricorso, la cui soluzione necessariamente richiedeva un bagaglio di conoscenze specialistiche, al solo scopo dell'effettuazione di un mero accertamento tecnico, mediante l'intervento, in funzione consultiva del giudice, di un organismo qualificato per la risoluzione di questioni che richiedevano l'apporto di competenze tecniche essenziali, con finalità di accertamento di fatti complessi e sulla base di competenze che implicano l'espressione di un sapere scientifico (Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2530).

4.8.4. L'ausilio tecnico è stato, dunque, correttamente utilizzato, essendosi il verificatore limitato, come richiestogli, ad acclarare l'esistenza delle difformità tecniche dell'offerta aggiudicataria in relazione alle doglianze formulate coi motivi di gravame: sicché quel che rileva- e che la verifica ha confermato- è che sotto tutti i profili analizzati (e quale che fosse l'ipotesi interpretativa prospettata da parte appellante, nel caso di doglianze polisemiche) l'offerta tecnica del RTI Fastweb sia conforme alle vincolanti prescrizioni tecniche della *lex specialis*.

4.9. Vanno, pertanto, confermate le statuizioni della sentenza appellata che hanno ritenuto non condivisibili le deduzioni articolate nell'ambito dei suddetti motivi di ricorso in quanto *“poggiano su un assunto che non trova corrispondenza nel contenuto dell'offerta presentata dal controinteressato, versata in atti”* (quanto al primo motivo) o perché trattasi di censura che *“appare smentita dal contenuto degli atti di gara depositati in giudizio”* (quanto alla prospettata illegittimità consistente nella presunta omessa indicazione dei *layout* dei siti ospitanti gli apparati di rigenerazione ILA/OLA), concludendo per la conformità dell'offerta predetta a quanto previsto dalla *lex specialis* di gara.

In conclusione, le valutazioni tecniche operate dalla stazione appaltante, sfociate nell'assegnazione dei punteggi controversi all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, sono immuni dai vizi dedotti da parte appellante con il primo e l'ottavo motivo di appello.

5. Con il secondo motivo Tim lamenta il diniego di potere giurisdizionale e insufficiente motivazione della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura con cui si lamentava che l'offerta del RTI Fastweb andasse esclusa anche perché carente del requisito tecnico - configurabile come essenziale- concernente il possesso e la disponibilità di una piattaforma per la progettazione dell'architettura di rete da realizzare, c.d. "*fornitura tool di pianificazione*", sicché anche sotto tale profilo l'offerta non è conforme ai requisiti previsti dal capitolato, che avrebbero carattere "*vincolante*" in base all'interpretazione complessiva della *lex specialis* di gara (cfr. Capitolato Tecnico Generale, punto 2.3, pag. 12, che, con specifico riferimento ai tool di progettazione, richiedeva la predisposizione di un "*software che supporti il cliente nelle fasi di progettazione*", e Capitolato dei Sistemi di Gestione, pagina 14, punto 2.7).

5.1. In particolare, l'appellante lamenta che l'offerta del RTI Fastweb non soddisferebbe le funzionalità concernenti i *tool* di pianificazione richieste dalla *lex specialis* e che il sistema proposto non sarebbe stato neanche sottoposto alle relative verifiche, censurando la sentenza anche per aver respinto le doglianze, proposte in subordine, volte a far valere l'illegittimità della legge di gara, se interpretata nel senso di ritenere non vincolante il requisito in parola, e aver omesso di pronunciarsi sull'ulteriore doglianza che mirava a ottenere la revisione dei punteggi dell'offerta aggiudicataria per il caso in cui si ritenesse che i vizi dedotti non debbano comportarne l'esclusione.

5.2. Anche tali doglianze non sono condivisibili.

5.3. La sentenza ha correttamente respinto il corrispondente motivo di ricorso, evidenziando che:

- da un lato, come risulta dalla documentazione di causa, l'offerta tecnica del RTI Fastweb, nell'ambito della descrizione del sistema di gestione proposto, menzionava l'applicativo di pianificazione in questione, avendo nel contempo l'aggiudicatario reso anche la dichiarazione di impegno alla conformità del prodotto o servizio fornito rispetto a quanto previsto *dalla lex specialis* (conformità poi effettivamente riscontrata dalla Commissione);
- dall'altro, l'elemento in parola non era espressamente qualificato come vincolante dalla legge di gara, come riconosciuto dallo stesso ricorrente.

5.4. La carenza prospettata non poteva, pertanto, condurre all'esclusione dell'offerta del controinteressato.

5.5. Infatti, come correttamente rilevato dal primo giudice, l'elemento tecnico in questione è presente nella soluzione progettuale del RTI Fasweb, il quale aveva accettato tutte le condizioni del capitolato e dichiarato la conformità del prodotto fornito, impegnandosi a realizzare l'infrastruttura nel rispetto di tutte le specifiche tecniche, senza che fosse perciò necessario che l'offerta presentata ripettesse pedissequamente tutte le caratteristiche tecniche del prodotto offerto, specie se non rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio.

5.6. Quanto all'ulteriore rilievo concernente la mancata verifica dell'elemento in esame da parte della Commissione, deve osservarsi che il capitolato generale di gara rimetteva a quest'ultima *“la facoltà di verificare la rispondenza funzionale e operativa degli apparati proposti dal fornitore ai requisiti vincolanti requisiti e opzionali richiesti da Ray Way”*, prescrivendo che *“tali requisiti saranno verificati a campione”* (cfr. art. 4.3. del Capitolato Tecnico Generale).

Nell'ambito delle facoltà riservate dalla legge di gara, la Commissione ha effettuato alcuni test sul software di gestione e analisi della rete di cui all'offerta del RTI Fastweb (dettagliati nella memoria difensiva di Ray Way per la camera di consiglio pag. 10), giudicandolo, all'esito, rispondente a quanto richiesto dalla legge di gara.

5.7. Quanto ai rilievi secondo cui il software di gestione e analisi della rete offerto dall'aggiudicatario non sarebbe conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*, risultando inidonee a svolgere pienamente le funzioni di pianificazione richieste dal capitolato (specie con riferimento alla progettazione della rete e, in particolare, alla capacità di creare nuovi links/nodi DWDM), in disparte l'eccepita inammissibilità per novità della doglianza, si tratta di censure infondate nel merito alla luce delle puntuali deduzioni difensive svolte da Fastweb, la quale ha dimostrato che il *software* inserito in offerta presenta le predette funzionalità (in particolare, cfr. memoria depositata in vista della camera di consiglio).

5.8. Sono poi corrette e meritano conferma anche le statuizioni che hanno respinto la censura, articolata in via subordinata nell'ambito del medesimo motivo, riguardante la prospettata illegittimità della legge di gara nella parte in cui non avrebbe configurato il dedotto elemento come requisito vincolante dell'offerta.

Infatti, il primo giudice ha condivisibilmente ritenuto che dalle prospettazioni svolte sul punto in ricorso non emergono elementi concreti sufficienti a comprovare l'asserito vizio di eccesso di potere che consenta di ritenere sindacabile nel merito la scelta operata dalla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, di qualificare come non vincolante il requisito in questione.

5.9. L'appello è infine infondato anche nella parte in cui censura la sentenza per non essersi pronunciata sulla ulteriore richiesta di annullamento dell'aggiudicazione per mancata penalizzazione in termini di punteggio.

In disparte la genericità della censura e quanto evidenziato sul carattere non vincolante del requisito, è assorbente che il requisito in questione sia posseduto dall'aggiudicatario, con conseguente correttezza del punteggio assegnato.

6. Con il terzo motivo si lamenta omessa motivazione, eccesso di potere giurisdizionale, violazione dei principi costituzionali del diritto di difesa e di tutela effettiva e ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto inammissibile per carenza

di interesse in capo al ricorrente, mancando la deduzione di elementi sufficienti ad evidenziare gli effetti che deriverebbero alla sfera giuridica dell'interessato, oltre che per novità delle doglianze articolate con la sola memoria difensiva rispetto al contenuto del motivo di ricorso, la censura per cui l'offerta presentata dal RTI Fastweb non offre garanzie circa il rispetto della normativa di protezione del perimetro cibernetico nazionale (di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 21 settembre 2019 n.105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133 ed interventi regolatori successivi, di cui all'art. 3 d.P.C.M. 30 luglio 2020 n. 131 e s.m.i. anche in combinato disposto con l'art. 13 d.P.C.M. 18 dicembre 2020 n. 179).

6.1. L'appellante lamenta, in particolare, che, al contrario di quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, le argomentazioni esposte nel ricorso introduttivo già denotavano espressamente l'interesse al loro accoglimento, in ragione dell'esclusione dalla gara del RTI Fastweb quale automatica conseguenza dell'esito negativo delle verifiche – cui la stazione appaltante si era autovincolata - circa la conformità dell'offerta tecnica presentata all'invocata normativa in tema di sicurezza cibernetica.

Tali verifiche risulterebbero, invece, indispensabili nel caso di specie in quanto, a prescindere dall'inserimento di Rai Way nel perimetro cibernetico nazionale, l'intervento appaltato- di fatto consistente nel progetto di implementazione della connettività della rete di trasporto di Rai Way- rivestirebbe una *“rilevanza strategica in termini di sicurezza nazionale”*, tanto più che l'art. 3 del d.P.C.M. 30 luglio 2020 n. 131 individua, tra i settori di attività inclusi nel perimetro cibernetico, le telecomunicazioni e i servizi digitali.

6.2. Anche tali doglianze, pur ammissibili, non sono fondate.

6.3. In primo luogo, devono richiamarsi le deduzioni difensive di Rai Way volte a evidenziare che la Commissione ha dato seguito all'impegno assunto di sua iniziativa in occasione della seduta telematica del 2 marzo 2021 *“di attivare le verifiche*

*per valutare l'eventuale impatto sulla fattispecie ai sensi della normativa relativa alla protezione del perimetro cibernetico nazionale di cui all'art. 1, comma 6, del d.l. n. 105/2019"* nel senso che l'approfondimento, regolarmente compiuto, ha condotto ad escludere l'applicabilità della normativa in questione alla presente procedura.

6.4. Infatti, Rai Way non è soggetta, al momento, agli obblighi derivanti dalla normativa sul perimetro di sicurezza cibernetica nazionale (istituito *"al fine di assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale [...]"*, in difetto della comunicazione dell'avvenuta iscrizione nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2 *bis*, del citato decreto da parte del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza della Presidenza del Consiglio dei ministri (*"DIS"*).

È dunque la stessa disciplina in materia di protezione cibernetica ad escludere la soggezione della stazione appaltante, non riconducibile nel novero dei soggetti individuati ai sensi del comma 2, lettera a) dell'art. 1 del citato decreto in mancanza della prescritta comunicazione amministrativa ai sensi della norma richiamata, agli obblighi e agli adempimenti derivanti dalla normativa in questione.

6.5. Infatti, il criterio definito dal legislatore per individuare l'ambito del suddetto perimetro è soggettivo e gli enti che vi rientrano sono individuati con atto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi del sopra citato articolo 1, comma 2-*bis*, del d.l. n. 105 del 2019.

Tra questi non è annoverabile la stazione appaltante la quale, per tale ragione, non era tenuta a effettuare le relative verifiche sull'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

6.6. Anche l'articolo 3 del D.P.C.M. 30 luglio 2020, n. 131 avvalorava tale conclusione, in quanto il primo comma di tale disposizione indica i settori di

attività in cui operano i soggetti, pubblici o privati, “[...] oggetto di individuazione, in applicazione del criterio di gradualità di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legge [...]” n. 105/2019, confermando così l’operatività del perimetro di sicurezza cibernetica nei confronti dei soli soggetti che siano stati preventivamente individuati secondo i criteri di inclusione espressamente previsti dalla legge (art. 1, comma 2, del d.l. n. 105/2019).

6.7. Giova anche evidenziare, come puntualmente dedotto dalla difesa di Rai Way (cfr. memoria di replica in vista dell’udienza pubblica del 27 ottobre 2022, pag. 9) che l’attività istruttoria della Commissione di gara è stata condotta interamente nei mesi di febbraio e marzo del 2021 e l’aggiudicazione definitiva è stata disposta nel successivo mese di maggio, sicché non possono *ratione temporis* trovare applicazione le disposizioni di cui al documento n. 36 del 15 giugno 2021, depositato in giudizio da Tim relativo all’aggiornamento dell’elenco dei soggetti inclusi nel perimetro cibernetico, nonché quelle richiamate dal Piano di Implementazione annesso alla Strategia Nazionale di Cybersicurezza 2022-2026, approvato dal Comitato Interministeriale per la Cybersicurezza il 18.5.2022 (che prevede, in termini generali e programmatici, di “*Introdurre norme giuridiche volte a tutelare la catena degli approvvigionamenti relativi a infrastrutture ITC rilevanti sotto il profilo della sicurezza nazionale*”).

Pertanto, anche tali ulteriori indicazioni fornite dall’appellante confermano che in base alla normativa vigente la gara per cui è causa non doveva essere sottoposta ai controlli che Tim assume esser mancati.

6.8. Alla luce delle sopra esposte assorbenti considerazioni sulla non inclusione della stazione appaltante nel perimetro di sicurezza cibernetica, rimaste prive di sostanziale confutazione ad opera dell’appellante, non conduce ad opposte conclusioni neanche il suggestivo, ma non condivisibile rilievo di Tim secondo cui l’intervento in questione (avente a oggetto la realizzazione di un anello nazionale in

fibra ottica per il collegamento della rete di Rai Way) rivestirebbe *“rilevanza strategica in termini di sicurezza nazionale”*.

6.9. Inoltre, la vulnerabilità dell’infrastruttura dell’aggiudicataria come pure l’asserito rischio che i dati che vi transitano siano impropriamente divulgati, compromettendo la sicurezza delle reti e dei medesimi dati, specie a fronte di un’offerta *“il cui fornitore Huawei è soggetto che sviluppa e produce la propria tecnologia al di fuori del perimetro europeo”*, costituiscono mere ipotetiche illazioni e congetture di parte appellante, prive del benché minimo concreto supporto probatorio.

7. Con il quarto motivo di appello Tim lamenta l’ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura di omessa verifica di congruità dell’offerta del RTI aggiudicatario, in virtù della pretesa inapplicabilità al caso di specie dell’art. 97 del Codice dei contratti pubblici.

7.1. L’appellante evidenzia che la norma sarebbe espressione di un principio generale volto a tutelare l’affidamento al miglior offerente, nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità e buon andamento: a torto la sentenza appellata l’avrebbe quindi ritenuta inapplicabile alla fattispecie.

Anche le previsioni del disciplinare con cui Rai Way si è riservata la *“facoltà”* di procedere a verifica di congruità della migliore offerta non potrebbero esimere la stazione appaltante dall’obbligo di indicare in sede di gara le ragioni concrete per cui avrebbe ritenuto non necessaria tale verifica, ragioni che sarebbero state invece esposte solo in via postuma in giudizio e, peraltro, in modo parcellizzato, con riferimento a singole voci dell’offerta, inidonee ad accertarne la complessiva attendibilità ed adeguatezza rispetto alle esigenze della stazione appaltante.

7.2. Il motivo è infondato.

7.3. Correttamente il Tribunale ha disatteso il quarto motivo di ricorso in ragione del fatto che la procedura indetta da Rai Way è da ricondurre, pacificamente, nell’ambito dei contratti esclusi ex artt. 15 e 4 d.lgs. n. 50/2016, con conseguente inapplicabilità delle previsioni – tra cui, quella invocata in ricorso – esplicitamente

incluse nella disciplina dedicata all'aggiudicazione nei settori ordinari (come indicato nella rubrica del titolo IV, nel cui contesto è collocato il suddetto articolo 97).

7.4. Tale conclusione trova conferma nell'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla sentenza appellata secondo cui nelle gare pubbliche la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta non è obbligatoria quando questa ha per oggetto contratti esclusi, ma è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, la cui determinazione è sindacabile in sede giurisdizionale solo se macroscopicamente irragionevole (Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3059) ovvero irrazionale, illogica o viziata da travisamento di fatti (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 4586/2015).

7.5. In secondo luogo, altrettanto condivisibilmente, la sentenza di prime cure ha conferito rilievo alle previsioni del disciplinare di gara che, ribadendo espressamente la riconducibilità della procedura ai contratti esclusi, riservava alla stazione appaltante la mera facoltà di procedere alla verifica di congruità della migliore offerta (cfr., al riguardo, il relativo paragrafo 20), non mancando poi di evidenziare il difetto di allegazione da parte della ricorrente di elementi concreti a supporto dell'asserita anomalia dell'offerta del controinteressato, in termini di complessiva inaffidabilità e inadeguatezza, che consentano di ritenere irrazionale e manifestamente arbitraria la scelta della Commissione di gara, in virtù delle richiamate previsioni della *lex specialis*, di non effettuare alcuna verifica della congruità dell'offerta della aggiudicataria.

7.6. Quanto alle argomentazioni di Rai Way circa la congruità dell'offerta aggiudicataria con riferimento ai costi indicati nell'offerta (anche in misura superiore all'importo stimato negli atti di gara dalla stazione appaltante) e al conseguente carattere meramente formale delle doglianze, esse costituiscono deduzioni difensive volte a confutare i motivi di censura proposti a dimostrazione ulteriore della loro infondatezza e genericità, senza tradursi in un'inammissibile

integrazione postuma in sede processuale della motivazione dei provvedimenti impugnati.

7.7. In conclusione, vanno confermate le statuizioni della sentenza appellata secondo cui *“l’invocato articolo 97 del Codice dei contratti pubblici ...non può rappresentare la base giuridica per sostenere l’obbligatorietà della verifica di congruità nel caso di specie e la conseguente illegittimità della disposta aggiudicazione in asserita violazione del suddetto obbligo”*.

8. Il quinto e il nono motivo possono essere trattati congiuntamente, stante la loro connessione, afferendo entrambi al tema dell’erroneità dei punteggi attribuiti al controinteressato, riguardanti la produzione degli apparati e la ricerca e sviluppo in Stati idonei ad assicurare analoghe tutele di sicurezza sociale e/o previdenziale rispetto a quelle italiane.

8.1. In particolare, col quinto motivo di gravame l’appellante lamenta ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura di erroneità dei punteggi attribuiti all’offerta del RTI Fastweb, in relazione al parametro 10 del Capitolato, riferito al Paese di produzione degli apparati.

L’appellante assume che gli apparati DWDM offerti per il tramite del Vendor individuato dall’aggiudicatario non risulterebbero conformi alle prescrizioni specificatamente dettagliate nella legge di gara atteso che la produzione mondiale del Vendor, risultando prevalentemente collocata in Stati extraeuropei, non si mostrerebbe in linea con le prescrizioni del Capitolato intese all’assegnazione di *“... 10 punti se la produzione degli apparati avviene in Stati che riconoscono tutele di sicurezza sociale e/o previdenziali analoghe a quelle italiane, considerandosi tali le tutele applicate negli Stati europei e negli Stati che hanno stipulato con l’Italia convenzioni bilaterali di sicurezza sociale e/o di previdenza sociale”*.

8.1.1. Al riguardo l’appellante evidenzia che, al contrario di quanto affermato dalla sentenza di prime cure, il criterio in esame mirerebbe a premiare i produttori che adottino e riconoscano ai lavoratori le sopra specificate tutele a livello mondiale e non già con esclusivo riferimento alla specifica commessa oggetto di gara, sicché

l'offerta del RTI Fastweb non avrebbe meritato per quel parametro l'assegnazione di alcun punteggio tecnico o, comunque, ne meriterebbe uno inferiore, proporzionato alle quote di produzione in Stati che riconoscono tutele di sicurezza sociale e/o previdenziali analoghe a quelle italiane ed europee dichiarate dal RTI aggiudicatario in sede di gara (produzione europea pari al 60% a livello globale e 80% con riferimento alla specifica commessa).

8.2. Con il nono motivo l'appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura di erroneità dei punteggi attribuiti all'offerta del RTI Fastweb, in relazione al paragrafo 11, riferito allo Stato di origine R&D, riguardante il caso in cui *“la Ricerca e Sviluppo (R&D) avviene in Stati che applicano tutele di sicurezza sociale e/o previdenziale analoghe a quelle italiane, considerandosi tali le tutele applicate negli Stati europei e negli Stati che hanno stipulato con l'Italia convenzioni bilaterali di sicurezza sociale e/o di previdenza sociale”*.

8.2.1. Con entrambi i motivi di doglianza si censura anche il fatto che la stazione appaltante abbia ritenuto valida ad attestare la sussistenza in capo al fornitore designato dei requisiti tecnici in esame richiesti dal capitolato una mera autodichiarazione resa dal concorrente in sede di offerta, interpretando erroneamente, sotto vari profili, la logica della premialità sottesa al parametro in esame.

8.2.2. Inoltre, la stazione appaltante avrebbe errato nel ritenere valida a comprova del possesso dei requisiti di cui ai suddetti parametri del capitolato atti privi di validità giuridica consistenti in dichiarazioni provenienti dal fornitore individuato dal RTI Fastweb in cui si è dato atto della mera disponibilità dei siti di produzione in virtù della sussistenza di accordi commerciali con società terze, senza neanche fornire adeguata documentazione né indicazioni sulla durata dei contratti o sulla loro decorrenza.

8.2.3. Ad avviso dell'appellante, alla luce delle incongruenze emerse, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'offerta del RTI aggiudicatario in ragione

della sua incompletezza documentale, anziché richiedere ulteriore documentazione. Anche sotto tale ulteriore profilo, la sentenza risulterebbe poi erronea e ingiusta per non aver ravvisato l'illegittima modificazione dell'offerta per effetto dei chiarimenti richiesti.

8.3. Le censure prospettate nell'ambito dei suddetti motivi sono infondate.

8.4. La sentenza ha correttamente ritenuto che il criterio in esame debba fare riferimento al luogo di produzione degli apparati oggetto della commessa (cioè ai beni e servizi oggetto dell'appalto) e non alla generale attività produttiva del concorrente.

8.5. In primo luogo, l'assunto alla base della censura prospettata, costituito dal presunto riferimento della *lex specialis* di gara al livello di produzione mondiale dell'impresa fornitrice, non risulta conforme al tenore del Capitolato di gara, che nell'indicare il luogo di "produzione degli apparati" inevitabilmente correla il previsto elemento di valutazione allo specifico oggetto della procedura di affidamento, non all'attività complessiva dell'impresa.

Infatti, l'art. 4.2. del capitolato dispone espressamente che *"sono assegnati 10 punti se la produzione degli apparati avviene in Stati che riconoscono tutele di sicurezza sociale e/o previdenziali analoghe a quelle italiane, considerandosi tali le tutele applicate negli Stati europei e negli Stati che hanno stipulato con l'Italia convenzioni bilaterali di sicurezza sociale e/o di previdenza sociale"*, aggiungendo che *"A tale scopo l'offerente dovrà dichiarare dove avviene la produzione degli apparati"*.

8.5. Inoltre, l'interpretazione fornita dalla sentenza è maggiormente in linea con la finalità e la specifica *ratio* della clausola in esame con cui è perseguito al contempo un obiettivo di ordine sociale – non acquisire beni e servizi prodotti al di sotto di un determinato standard di sicurezza- e assicurato il rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, onde evitare che un operatore economico possa slealmente avvantaggiarsi, nella formulazione dell'offerta, dei minori costi sociali del Paese in cui avviene la produzione degli apparati offerti.

In questo senso sono altresì convincenti le ulteriori argomentazioni di Rai Way secondo cui l'interpretazione del capitolato proposta dall'appellante sarebbe sostanzialmente incompatibile con l'art. 2 dell'“*Accordo relativo all'applicazione dell'articolo VI dell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio 1994*” che definisce il c.d. *dumping*- cioè l'introduzione nel mercato europeo dei prodotti a un prezzo di gran lunga inferiore rispetto a quello di mercato in ragione delle condizioni praticate nel Paese di origine - in riferimento all'immissione in commercio di un prodotto in ragione del suo singolo prezzo d'offerta.

Anche sotto tale profilo è dunque ragionevole far riferimento, ai fini dell'elemento valutativo in questione nell'ambito della specifica gara in esame, al luogo in cui avviene la specifica produzione dell'apparato oggetto dell'appalto piuttosto che all'intera produzione mondiale di una singola azienda.

Tanto anche alla luce dell'ulteriore precisazione del capitolato secondo cui “*Se la produzione avviene in più Stati, l'offerente dovrà indicare in quale Stato avviene la produzione di almeno il 50% del prodotto finale, non essendo prese in considerazione percentuali inferiori che non daranno luogo a punteggio*”: previsione che non avrebbe, infatti, alcun significato logico ove il meccanismo di attribuzione del punteggio fosse da ricollegare all'intera attività economica del concorrente.

8.6. In terzo luogo, l'interpretazione di parte appellante consentirebbe un'agevole elusione delle sopra indicate finalità perseguite con la clausola in esame, conducendo all'irrazionale risultato per cui alle imprese potrebbe attribuirsi il punteggio premiale in questione per il solo fatto di esser stabilite nell'area individuata dalle richiamate previsioni del capitolato tecnico, nonostante esse abbiano di fatto delocalizzato la produzione degli apparati oggetto di appalto in uno Stato che non riconosce ai lavoratori le medesime tutele sopra specificate.

8.7. Inoltre, sono corrette e vanno confermate anche le statuizioni di prime cure che hanno ritenuto priva di pregio la contestazione – comune ai due motivi in esame – circa la provenienza della dichiarazione resa, relativamente ai predetti

elementi oggetto di valutazione, dal controinteressato aggiudicatario anziché dal Vendor, e comunque in forma asseritamente non valida in quanto non debitamente sottoscritta.

Sul punto, va osservato che la *lex specialis* di gara individua quale autore della dichiarazione da allegare l'offerente stesso (come altresì esplicitamente indicato dal Capitolato nell'ambito del parametro n. 10, al par. 4.2).

Nel caso di specie, inoltre, dalla documentazione versata in atti emerge che le rispettive dichiarazioni – quanto alla modalità di rilascio – sono state rese dal controinteressato nell'ambito della procedura di gara (cfr. documenti n. 21 e n. 22 depositati dal controinteressato nel giudizio di primo grado), risultando prodotte in forma di allegato all'offerta tecnica presentata e debitamente sottoscritta, della quale costituiscono pertanto parte integrante (cfr., in particolare, i paragrafi 12 e 13 della suddetta offerta, contenenti la tabella dei titoli di merito e l'indicazione dei rispettivi allegati).

8.8. Né sono suscettibili di favorevole considerazione le ulteriori censure dell'appellante secondo cui l'offerta del RTI aggiudicatario non meriterebbe il massimo punteggio ottenuto con riguardo ai siti di produzione degli apparati oggetto di gara, perché questi sarebbero estranei all'organizzazione del fornitore.

Infatti, quel che rileva ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto dai parametri in esame è che la produzione degli apparati si sia svolta in Paesi che riconoscono tutele di sicurezza sociale e/o previdenziali analoghe a quelle italiane ed europee, e cioè che l'operatore abbia, a qualunque titolo, in quel Paese la disponibilità dell'impianto per la realizzazione della commessa.

Nel caso in esame tale disponibilità è stata adeguatamente comprovata dal RTI aggiudicatario, non potendo al riguardo neppure ritenersi che la stazione appaltante, nel procedere alla verifica delle dichiarazioni riferite agli accordi commerciali con le società terze titolari degli impianti, abbia consentito una

illegittima integrazione documentale, in quanto afferente al contenuto dell'offerta tecnica presentata dall'operatore economico.

8.8.1. Infatti, deve al riguardo osservarsi che, in linea generale, è ammessa la possibilità che l'operatore economico dimostri, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta fosse, fin dal principio, effettivamente conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*

È altresì consentito che la stazione appaltante richieda al concorrente documenti a comprova di quanto dichiarato nell'offerta e chiarimenti sull'offerta tecnica presentata in gara, a condizione che ciò non comporti una modifica dell'offerta stessa.

In altri termini, come chiarito dalla giurisprudenza, nel rispetto del principio di parità di trattamento degli operatori economici, è riconosciuta ai partecipanti a una gara pubblica la possibilità di rendere chiarimenti sull'offerta presentata, che si limitino a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta, senza apportarvi condizioni e integrazioni (sul punto, cfr. Cons. St., sez. V, sent. 27 gennaio 2020, n. 680; si veda anche la decisione della Corte di Giustizia, Sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16, Archus, richiamata nella memoria di Rai Way).

Ove siano rispettate tali condizioni, il chiarimento fornito non potrà essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta.

8.8.2. Nel caso in esame, non sussiste, pertanto, la dedotta integrazione del contenuto dell'offerta tecnica del controinteressato relativamente all'indicato parametro n. 10 nella fase successiva di verifica dei requisiti tecnici dell'offerta ad opera della Stazione appaltante, venendo in rilievo, come correttamente ritenuto dal primo giudice, l'allegazione di evidenze a comprova degli elementi dichiarati – in sede di presentazione dell'offerta – oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatrice, che non valgono a realizzare una modifica del contenuto dell'offerta presentata.

8.8.3. Non è poi superfluo aggiungere che nello specifico caso in esame le previsioni del disciplinare di gara (cfr. doc. 2 in primo grado, par. 21) consentivano espressamente alla stazione appaltante di procedere a verifiche sull'offerta tecnica durante *“apposite sedute riservate”*, precisando che a ciò la Commissione potesse procedere *“anche eventualmente coadiuvata da esperti tecnici con competenze specifiche in materia”*.

8.9. Quanto al nono motivo, infondato per le stesse ragioni indicate a proposito del quinto mezzo circa il perimetro geografico di riferimento per l'applicazione del punteggio relativo al suddetto criterio, deve solo precisarsi che, come correttamente ritenuto dalla sentenza impugnata, la dedotta circostanza che uno dei centri di ricerca indicati nella dichiarazione all'uopo resa svolgerebbe attività relative ad altre tecnologie (rispetto a quelle WDM) non vale ad incidere sul punteggio attribuito al controinteressato.

La legge di gara, infatti, stabilisce al riguardo che *“Sono assegnati 3 punti se la Ricerca e Sviluppo (R&D) avviene in Stati che applicano tutele di sicurezza sociale e/o previdenziale analoghe a quelle italiane ...”* (cfr. Capitolato Tecnico generale, paragrafo 4.2., in riferimento al parametro n. 11).

Neppure può prospettarsi la pretesa assegnazione al controinteressato di un punteggio proporzionalmente minore rispetto alle due voci in esame, in quanto il tenore della *lex specialis* individua espressamente il punteggio previsto (rispettivamente, di 10 punti e di 3 punti) non come *“punteggio massimo”* suscettibile di gradazione (come viceversa indicato per altri titoli di merito riportati nell'apposita tabella), bensì come valore fisso, integralmente computabile nel caso in cui ricorrano le condizioni delineate – nell'ambito dei descritti parametri n. 10 e n. 11 di cui al paragrafo 4.2 del Capitolato tecnico generale – ai fini della sussistenza dei relativi titoli di merito.

8.9.1. Alla luce delle considerazioni che precedono non può essere censurata l'attribuzione del punteggio al RTI aggiudicatario, stante il superamento della soglia del 50% della produzione in un Paese europeo.

9. Con il sesto motivo l'appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto inammissibile la censura di illegittimità delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione, in quanto non sarebbero state condotte in un'ottica di imparzialità, bensì palesemente dirette ad alterare l'esito della procedura, risultando la medesima stazione appaltante già a conoscenza del contenuto delle offerte economiche, con conseguente violazione del principio di separazione delle offerte tecniche ed economiche, integrante l'illegittimità delle operazioni di gara e dei punteggi tecnici attribuiti.

9.2. Secondo l'appellante tali statuizioni sarebbero errate e illegittime in quanto frutto di un'errata ricostruzione dei profili di censura sollevati con il sesto motivo di ricorso, oltre che di errata lettura del paragrafo 22 del Disciplinare di gara.

9.3. In particolare Tim contesta la declaratoria di inammissibilità della doglianza, evidenziando da un lato di aver indicato il disciplinare di gara tra gli atti impugnati contestandolo specificamente in relazione al censurato profilo di illegittimità (ove non interpretato nel senso prospettato in ricorso), dall'altro di aver inteso censurare non l'astratta possibilità di effettuare il test di prodotto, bensì le concrete modalità con cui tale test era stato condotto, cioè in momento in cui la stazione appaltante aveva già presente il contenuto dell'offerta economica.

9.4. Il motivo va disatteso.

9.5. Innanzitutto correttamente il primo giudice ha ritenuto che il contestato *modus operandi* in materia di verifiche effettuate dalla stazione appaltante costituisce legittima applicazione del disciplinare di gara, in quanto l'effettuazione del test di prodotto nei confronti del concorrente primo graduato dopo l'attribuzione dei punteggi alle offerte costituiva una regola della *lex specialis*, in base all'art. 22 del disciplinare di gara (recante la previsione di tempi e modalità di svolgimento della

suddetta fase), che non è stata oggetto di censura nell'ambito del motivo formulato, in assenza di una specifica contestazione rivolta avverso il medesimo atto sotto il profilo indicato.

9.6. In ogni caso, la doglianza è infondata nel merito.

9.7. Infatti, il test di prodotto non attiene alla fase di valutazione dell'offerta tecnica e di attribuzione dei punteggi, come sostiene parte appellante, consistendo in una mera verifica *ex post* finalizzata ad accertare la corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto in concreto offerto dal concorrente.

9.8. La sequenza procedimentale stabilita dalla *lex specialis* non poteva, pertanto, incidere sulla valutazione discrezionale della stazione appaltante, minandone l'imparzialità, compromettendo la trasparenza delle operazioni di gara e condizionandone gli esiti, in quanto, al momento del test di prodotto, la Commissione aveva già assegnato il punteggio all'offerta tecnica dei partecipanti e doveva limitarsi a verificare in concreto la sussistenza di tutti i requisiti dichiarati per i quali era stato attribuito il punteggio.

10. Con il settimo motivo di appello, Tim lamenta omessa motivazione, eccesso di potere, illegittimità e ingiustizia della sentenza, laddove ha ritenuto infondata la censura di erroneità dei punteggi attribuiti all'offerta del RTI con riferimento al parametro 12 ("*Tecnologia in altre amministrazioni pubbliche*"), riguardante il progressivo e preventivo utilizzo della tecnologia offerta in sede di gara in favore di altre amministrazioni pubbliche, per il quale il RTI Fastweb si è visto assegnare il maggior punteggio tecnico.

10.1. In particolare, l'appellante deduce al riguardo che l'offerta presentata dall'aggiudicatario avrebbe indicato Amministrazioni pubbliche centrali (quali il Consorzio GARR, la Guardia di Finanza e la Corte dei Conti) non ricomprese nell'elencazione – da ritenersi tassativa e non a titolo esemplificativo, secondo il chiarimento espressamente reso dalla Stazione appaltante – di cui al predetto parametro, che non darebbero, quindi, diritto all'attribuzione di alcun punteggio.

10.2. La doglianza non merita condivisione.

10.3. Correttamente la sentenza ha ritenuto che le contestazioni mosse all'attribuzione al controinteressato del punteggio previsto in relazione alla voce "*Tecnologia in altre amministrazioni pubbliche*" – di cui al parametro n. 12 individuato nel sopra richiamato par. 4.2. del Capitolato tecnico generale – non trovano corrispondenza nel tenore della *lex specialis* di gara, alla luce del contenuto della dichiarazione sul punto resa dal controinteressato.

10.4. Secondo i rilievi dell'appellante nessuna delle Amministrazioni centrali indicate dal RTI aggiudicatario sarebbe riconducibile a quelle indicate nell'elenco contenuto nell'articolo 4.2. del Capitolato.

Così non è.

10.5. La disposizione da ultimo richiamata prevedeva l'attribuzione di 3 punti "*se la tecnologia proposta è stata adottata da almeno una delle seguenti amministrazioni pubbliche centrali italiane: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministeri, Agenzia per l'Italia Digitale, Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione, Agenzia nazionale per la sicurezza del volo, Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie, Commissione indipendente valutazione-trasparenza P.A.-CIVIT*".

10.6. Come evidenziato, tra le Amministrazioni indicate nell'ambito della dichiarazione prodotta dal controinteressato, in particolare, figura la Guardia di Finanza che, per espressa previsione legislativa (art. 1, comma 1, della l. 23 aprile 1959, n. 189, recante "*Ordinamento del corpo della Guardia di finanza*"), "*dipende direttamente e a tutti gli effetti*" dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, al quale spetta la legittimazione passiva in ogni controversia in cui si agisce nei confronti del Corpo (per tutte Cass. civ., Sez. VI, ord. 15 settembre 2021, n. 24945).

Quanto al Consorzio GARR, anch'esso indicato nella dichiarazione dell'aggiudicatario, come risulta dall'art. 10 del suo Statuto (accessibile in rete), è composto dalle Università italiane e ha beni derivanti da determinazioni del MIUR (art. 7, comma 2, Statuto).

10.7. Pertanto, ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto per la voce concernente l'utilizzo della tecnologia offerta in altre amministrazioni pubbliche, due delle Amministrazioni indicate dal controinteressato sono certamente riconducibili entro il perimetro definito dal parametro 12 dell'articolo 4.2. del Capitolato (che riteneva sufficiente anche una sola referenza per l'assegnazione del punteggio).

10.8. Tale interpretazione appare conforme al tenore e alla *ratio* della clausola in esame con la quale si intendeva premiare il precedente impiego della tecnologia proposta per finalità funzionali alle attività di “*almeno una*” delle amministrazioni pubbliche centrali indicate nel Capitolato: ai fini dell'assegnazione del punteggio la tecnologia deve essere stata infatti “*adottata*” dalle amministrazioni indicate nell'ambito dei compiti ad esse spettanti, senza alcun riferimento al soggetto che formalmente abbia stipulato il contratto (cfr. chiarimenti forniti da Rai Way in relazione al quesito n. 33).

10.9. Infatti, come correttamente deduce la difesa del controinteressato, la clausola in esame deve essere interpretata alla luce del principio di equivalenza che richiede una verifica sostanziale e non meramente formale delle caratteristiche delle offerte tecniche, risultando una diversa interpretazione del parametro valutativo in questione palesemente irragionevole.

11. Con il decimo motivo di ricorso l'appellante lamenta ingiustizia della sentenza per aver ritenuto in parte infondata e in parte inammissibile la censura di violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento, relativamente alle operazioni di nomina della Commissione nonché di valutazione delle offerte e di approvazione della graduatoria riferita all'offerta tecnica presentata dai concorrenti.

11.1. In particolare, con tali doglianze Tim torna a contestare la composizione della Commissione giudicatrice in relazione alla nomina del Presidente, il quale non avrebbe potuto ricoprire il suddetto ruolo ai sensi dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n.

50/2016, in ragione della funzione precedentemente esercitata – relativamente al contratto oggetto di affidamento – di Responsabile del procedimento in fase di progettazione ed esecuzione, censurando altresì le statuizioni della sentenza che hanno respinto il motivo nella parte in cui contestava la sostituzione – asseritamente ingiustificata – di un componente della Commissione con quello collocato in posizione successiva all’esito delle operazioni di sorteggio e che hanno dichiarato inammissibile per genericità le doglianze riguardanti le modalità di sorteggio dei relativi membri (ove le proposte dei nominativi prevedevano già una distinzione tra i soggetti candidati al ruolo di Presidente e quelli candidati alla funzione di componente della Commissione).

11.2. Deduce, quale ulteriore vizio della sentenza, l’aver ritenuto infondato il contestato profilo di illegittimità delle operazioni di gara – emergente dal contenuto del verbale di gara n. 1 relativo alla seduta riservata – per cui la Commissione nella valutazione delle offerte tecniche dei partecipanti si sarebbe limitata a recepire le valutazioni condotte da altri soggetti (non meglio qualificati); deduce altresì la violazione del principio di collegialità degli atti della Commissione in ragione della prospettata carenza di due membri previsti (per le ragioni sopra riportate).

11.3. L’articolato motivo proposto è nel complesso infondato.

11.4. In primo luogo, non può essere condivisa la doglianza concernente la presenta illegittimità della nomina del Presidente della Commissione, poiché in disparte la questione concernente l’applicabilità dell’art. 77 comma 4 del Codice dei contratti pubblici alla procedura per cui è causa attesa la sua riconducibilità nell’ambito dei contratti esclusi ex artt. 15 e 4 d.lgs. n. 50/2016, non è stato neanche provato che la sovrapposizione dei ruoli (presidente e responsabile del procedimento in fase di progettazione ed esecuzione) abbia qui concretamente inciso sull’imparzialità e sulla trasparenza delle valutazioni (cfr. Cons. Stato, V, 2 maggio 2023 n. 4368).

11.5. Pertanto, è corretta la statuizione di primo grado secondo cui la deduzione di incompatibilità non appare in ogni caso supportata dall'allegazione di elementi concreti sintomatici di una interferenza tra le funzioni ricoperte idonea a compromettere l'imparziale svolgimento dell'incarico di Presidente della Commissione (sul punto, cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1387; Cons. St., Sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082). Occorreva, infatti, dimostrare - il che non è qui avvenuto - che il soggetto asseritamente incompatibile sia intervenuto a vario titolo, ma in modo significativo, nella predisposizione degli atti di gara, di modo che l'attività e le scelte precedentemente svolte possano effettivamente minarne l'oggettività di giudizio, influenzandone le successive valutazioni (come nel ben diverso caso esaminato dalla decisione di cui a Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 193, richiamata da parte appellante a supporto delle proprie tesi).

In linea generale, deve poi osservarsi che non sussiste una incompatibilità assoluta e automatica tra il ruolo di RUP e quello di componente e presidente delle commissioni di gara (cfr. articolo 77, comma 4, d.lgs. 50/2016, come modificato dall'art. 46 comma 1 lett. d, del d. lgs. 56/2017, ai sensi del quale "*La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*"; cfr. Cons. giust. amm. 31 marzo 2021, 3103; v. anche Linee guida ANAC n. 3/2016).

11.6. Sono, altresì, infondate anche le doglianze – correttamente respinte dalla sentenza impugnata - concernenti le modalità di sorteggio dei componenti della commissione.

Non ne inficia la legittimità la presupposta distinzione, già presente ante sorteggio, fra i nominativi dei soggetti candidati alla carica di Presidente e dei soggetti candidati a quella di componente della Commissione.

Infatti l'appellante non indica ragioni ostative, sulla base delle norme di legge o dei principi generali applicabili alla presente gara, a una siffatta distinzione, effettuata a monte, nell'ambito delle operazioni di sorteggio. La circostanza che la stazione appaltante abbia poi inteso individuare mediante sorteggio anche il Presidente della

Commissione, non violando in alcun modo i principi invocati dall'appellante applicabili alla gara in esame (riconducibile come già rilevato nell'ambito dei contratti esclusi ex artt. 15 e 4 d.lgs. n. 50/2016), non rende di suo illegittime le modalità di nomina della Commissione.

11.7. Parimenti corrette sono le statuizioni di rigetto della censura, relativa alla sostituzione, asseritamente ingiustificata, di uno dei componenti della Commissione (il cui nominativo risultava essere il terzo estratto) con quello collocato in posizione successiva all'esito delle operazioni di sorteggio.

Come correttamente osservato dal primo giudice, la circostanza posta alla base della lamentata illegittimità, infatti, trova la sua giustificazione nel contenuto complessivo del medesimo verbale relativo alle operazioni di sorteggio (del 29 settembre 2020), versato in atti, laddove l'indicata composizione della Commissione è posta in diretta correlazione ai requisiti in possesso di ciascuno dei candidati facente parte della rosa dei nominativi (rispetto alla funzione di Presidente ovvero al ruolo di componente) esplicitati nell'elenco individuato, riportando espressamente per il candidato – asseritamente oggetto di “*sostituzione*” secondo la prospettazione in ricorso – l'indicazione circa il possesso dei requisiti alla funzione di Presidente, con conseguente nomina del medesimo, secondo quanto riportato nel corpo del verbale richiamato, “*solo al posto ed in sostituzione del Presidente, nel caso in cui quest'ultimo si trovasse nell'impossibilità di svolgere le funzioni demandate*”.

11.8. La sentenza di prime cure è immune da censure anche nella parte in cui ha ritenuto infondata la contestazione circa l'omessa valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione di gara, la quale si sarebbe limitata a recepire l'apprezzamento condotto da altri e non meglio qualificati soggetti, con conseguente violazione del principio di collegialità degli atti della Commissione.

Giova premettere che la Commissione poteva farsi coadiuvare per le questioni tecniche da consulenti esterni o delegare a un proprio componente attività istruttorie preliminari ai lavori, data la complessità tecnica delle offerte.

Ciò è quanto avvenuto nel caso di specie, in cui, al contrario di quanto assume l'appellante, non sono state rimesse a terzi soggetti, estranei alla commissione di gara, attività propriamente valutative implicanti l'espressione di giudizi di carattere tecnico discrezionale.

Sono, pertanto, interamente condivisibili le argomentazioni della sentenza appellata, secondo cui dal contenuto degli atti di gara depositati in giudizio emerge l'affidamento ai due soggetti individuati dell'incarico di tecnici ausiliari della Commissione per l'analisi delle offerte tecniche pervenute, giustificabile alla luce della complessità sul piano tecnico del contenuto delle offerte medesime.

Tale circostanza non può di per sé costituire causa di illegittimità della procedura, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale maturato in materia circa l'ammissibilità del ricorso a consulenze esterne da parte della Commissione di gara (in tal senso, cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 112, richiamata dalla sentenza appellata).

11.9. Né può condividersi l'assunto che la Commissione abbia abdicato al proprio ruolo di valutazione e che lo stesso non sia stato svolto collegialmente.

Infatti anche tali censure sono state correttamente respinte dal primo giudice sull'ineccepibile rilievo secondo cui dagli atti di gara (cfr. verbale n. 1 – relativo alla seduta riservata della Commissione giudicatrice del 22 febbraio 2021- depositato dalla Stazione appaltante) risulta l'intervenuto esame e l'avvenuta valutazione in sede collegiale, con il supporto della relazione tecnica predisposta con l'ausilio dei soggetti incaricati (versata in atti) e la condivisione dei risultati ivi raggiunti, conducente all'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione in seduta plenaria.

La relazione tecnica predisposta da uno dei componenti della Commissione con il supporto dei tecnici incaricati ha costituito, dunque, mero apporto istruttorio, che è stato sottoposto all'esame della Commissione e da questa collegialmente valutato ai fini dell'attribuzione dei punteggi alle offerte presentate dai concorrenti.

12. Con l'undicesimo motivo, Tim lamenta omessa pronuncia e ingiustizia della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto infondata la censura di illegittimità dello svolgimento delle operazioni di gara a porte chiuse, con irregolare modalità telematica.

L'appellante censura, altresì, la predisposta modalità di accesso alla piattaforma in quanto non avrebbe consentito di presenziare on-line alle sedute di gara. Sebbene il disciplinare di gara avesse espressamente previsto la possibilità per i concorrenti registrati al portale *e-procurement* di Rai Way di seguire le fasi di gara mediante collegamento telematico, l'accesso alla detta piattaforma consentiva agli operatori registrati unicamente di prendere visione dei verbali della Commissione una volta terminate le operazioni, ma non di presenziare *on-line* alle sedute di gara.

Secondo l'appellante la sentenza sarebbe quindi errata e meritevole di riforma per non aver ritenuto illegittime le modalità di svolgimento delle operazioni di gara, concretanti insanabile violazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle gare.

12.1. Le doglianze non possono essere accolte.

12.2. La sentenza ha così motivato il rigetto del corrispondente motivo di gravame incentrato sullo svolgimento delle operazioni di gara in asserita violazione del principio di pubblicità.

*“Al riguardo, il ricorso alla modalità telematica (senza la presenza fisica dei rappresentanti degli operatori offerenti), oltre ad essere prevista come eventualità dalla stessa legge di gara in correlazione al perdurare della situazione di emergenza sanitaria (cfr. articolo 34 del Disciplinare di gara), risulta comunque in linea con il quadro normativo all'epoca vigente, in ragione della previsione circa l'esclusione delle riunioni in presenza (cfr. d.P.C.M. 11 giugno 2020, allegato*

12, par. 10, in combinato disposto con l'articolo 2), apparendo altresì conforme alle indicazioni riportate nella Delibera ANAC n. 312/2020 (cfr. articolo 2).

*In ogni caso, la Stazione appaltante ha provveduto a darne apposito avviso ai concorrenti – attraverso la richiamata comunicazione pubblicata sul sito istituzionale in data 7 ottobre 2020 – garantendo poi agli stessi operatori, in occasione di ciascuna seduta, la possibilità di collegarsi al portale dell'Ente e di entrare nello spazio informatico relativo alla procedura in esame (in linea con quanto previsto dal Disciplinare di gara al menzionato art. 34), come riportato nel contenuto dei corrispondenti verbali, assicurando comunque la verbalizzazione delle operazioni svolte (attestata dalla documentazione versata in atti)."*

12.3. Ritiene il Collegio che le motivazioni della sentenza meritano conferma, mentre non possono condividersi i rilievi dell'appellante.

12.4. Innanzitutto, correttamente il primo giudice ha evidenziato che il ricorso alla modalità telematica era prevista come eventualità dalla stessa legge di gara in relazione alla situazione pandemica.

Infatti, l'art. 34 del disciplinare di gara, pubblicato sul portale di gara in data 23 luglio 2020, dopo aver dato conto della perdurante emergenza sanitaria e richiamato esplicitamente il d.P.C.M. 11 giugno 2020 (in particolare l'Allegato 12, il cui par. 10 stabilisce che *"non sono consentite le riunioni in presenza"*), dispone, tra l'altro, che *"le fasi delle sedute relative all'apertura delle buste contenenti la documentazione di gara potrebbero essere svolte in forma esclusivamente telematica senza la presenza fisica dei rappresentanti degli operatori offerenti"* (comma 1), precisando che *"In tal caso le fasi medesime potranno essere seguite, nella giornata ed orario fissato per la prima seduta pubblica, direttamente in via telematica da ogni operatore registrato al portale e-procurement di Rai Way collegandosi al portale medesimo ed entrando nello spazio informatico relativo alla procedura di riferimento"* (comma 2).

12.5. La gara per cui è causa è stata svolta con modalità telematiche, mediante l'utilizzo di piattaforma elettronica, il che, elidendo in radice la possibilità di modifica delle offerte, ha assicurato l'intangibilità del loro contenuto e della

documentazione allegata, preservando i principi di trasparenza e pubblicità delle sedute di gara invocati dall'appellante (si veda al riguardo Cons. Stato, Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627; Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039; Cons. Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4990).

12.7. Di ciò si trae evidenza dalla sequenza procedimentale di gara, come riportata nel contenuto dei corrispondenti verbali attestanti lo svolgimento delle operazioni da parte della commissione (alla presenza di testimoni), depositati in giudizio da Rai Way.

Infatti, la stazione appaltante, dopo aver comunicato ritualmente ai concorrenti, l'avvio dei lavori e il loro svolgimento in forma esclusivamente telematica, senza la presenza fisica dei rappresentanti degli operatori, utilizzando il sistema *e procurement* di Rai Way adottato per la procedura in oggetto, accessibile da remoto dalle imprese partecipanti al confronto competitivo registrate al portale (si veda comunicato della Commissione pubblicato in data 7 settembre 2020), e, successivamente, anche tempi e modalità di ciascuna seduta di gara, ha assicurato agli operatori economici registrati di seguire le fasi di svolgimento della procedura, dall'apertura delle buste fino alla graduatoria finale.

Il giorno della seduta, accreditandosi con le proprie credenziali sul portale Rai Way, l'operatore economico selezionava la gara di interesse ed accedeva ad una schermata del portale tramite un *link* e, collegandosi al portale, poteva seguire le fasi delle operazioni di gara, visualizzando in tempo reale lo stato di apertura delle buste, lo stato di esame dell'offerta, l'elenco dei *file* allegati e i contenuti della busta e, infine, la graduatoria delle offerte ammesse.

12.8. Nel caso di specie va dunque escluso che le modalità di svolgimento delle operazioni di gara non abbiano garantito la dovuta pubblicità e trasparenza, traducendosi in un *vulnus* ai principi di imparzialità e *par condicio*.

12.9. Il ricorso alla modalità telematica (senza la presenza fisica dei rappresentanti degli operatori offerenti), oltre ad essere in linea con il quadro normativo all'epoca

vigente, in ragione della previsione circa l'esclusione delle riunioni in presenza (cfr. d.P.C.M. 11 giugno 2020, allegato 12, par. 10, in combinato disposto con l'articolo 2), è altresì conforme alle indicazioni riportate nella Delibera ANAC n. 312/2020 (cfr. articolo 2), secondo cui: *“Le stazioni appaltanti assicurano la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate in conseguenza dell'emergenza sanitaria. A tal fine, le [...] stazioni appaltanti: [...] 2.6 valutano la possibilità di svolgere le procedure di gara con modalità telematiche anche nel caso in cui tale previsione non fosse contenuta nel bando di gara, previa adeguata comunicazione ai concorrenti mediante avviso pubblico e fatta salva l'esigenza di garantire, in ogni caso, la pubblicità e la trasparenza delle operazioni di gara; 2.7 per le procedure di gara svolte con modalità non telematiche, valutano la possibilità di svolgere le sedute pubbliche a distanza, ad esempio, in video-conferenza, concedendo ai concorrenti un congruo termine per le conseguenti attività organizzative e prevedendo adeguate forme di pubblicità della decisione; [...] 2.9 valutano la possibilità di prevedere lo svolgimento delle sedute riservate della commissione giudicatrice di cui all'articolo 77 del decreto legislativo n. 50 del 18/4/2016 in streaming o con collegamenti da remoto, anche laddove tale modalità non sia prevista nel bando di gara, assicurando comunque la verbalizzazione delle operazioni svolte. In tali casi adottano tutte le misure necessarie a garantire la riservatezza delle comunicazioni e la trasparenza delle operazioni”*.

13. Con il dodicesimo motivo l'appellante deduce omessa pronuncia e ingiustizia della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto infondata la censura, proposta in via subordinata, di illegittimità delle operazioni di gara in ragione della mancata apposizione delle firme digitali su alcuni verbali di gara da parte di un commissario e del segretario, i quali si sono limitati ad apporre firme analogiche prive di validità.

13.1. Secondo l'appellante tali censure, lungi dal rivestire carattere di mera irregolarità formale, farebbero *“sorgere seri dubbi circa l'effettiva presenza di tutti i membri della Commissione in occasione delle operazioni verbalizzate”*, in quanto la mancata apposizione della firma sarebbe *“sintomatica dell'assenza del sottoscrittore nel corso della seduta”*, con conseguente illegittimità degli atti di gara.

13.2. La doglianza è infondata.

13.3. La sentenza ha correttamente ritenuto la censura non condivisibile, per l'assorbente ragione costituita dalla forza probatoria privilegiata che assiste i verbali di gara – oggetto delle violazioni prospettate nel caso di specie – in quanto connotati dalla natura di atto pubblico, facente piena prova fino a querela di falso ex art. 2700 c.c. relativamente ai fatti riportati, inclusa – per quanto di interesse ai fini della censura in esame – l'attestazione resa circa i partecipanti alla seduta, nonché per quanto concerne la provenienza soggettiva, rilevando, pertanto, che la relativa contestazione, dunque, non può che avvenire nelle forme della querela di falso ex artt. 221 ss. c.p.c., che allo stato non risulta proposta.

13.4. La sentenza è esente dalle critiche che le sono rivolte.

13.5. Nelle gare pubbliche i verbali di gara hanno fede privilegiata facendo essi prova di quanto ivi attestato sino a querela di falso, in mancanza della quale i presunti vizi restano nel campo delle mere congetture prive di ogni rilievo giuridico (Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7826; cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2021, n. 7957; Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2021, n. 623; Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2020, n. 6157, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270; Id. 18 febbraio 2013, n. 978; Id., III, 27 settembre 2016, n. 3970).

13.6. La verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo reca la descrizione degli accadimenti constatati e consente la verifica della regolarità delle operazioni svolte. L'importanza di tale attività certificativa è rimarcata dal regime di fidejussione che presidia la valenza dimostrativa dell'atto in questione (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270).

13.7. Non può, dunque, che ribadirsi anche in questa sede l'attitudine e la natura fidejussoria dei verbali di gara, la cui ventilata falsità, materiale od ideologica, avrebbe dovuto essere fatta valere con querela di falso (non proposta dall'appellante che solo qui mette in dubbio l'effettiva presenza di tutti i membri della Commissione in occasione delle operazioni verbalizzate).

13.8. Inoltre, occorre evidenziare che in caso di sottoscrizione *“senza ricorso alla firma digitale, si è in presenza – sempreché sia stata curata la pubblicazione dei verbali, anche in formato .pdf., a fini di trasparenza e di accesso – di una mera irregolarità formale, non idonea ad inficiare la correttezza e la legittimità delle operazioni valutative effettuate. E ciò in quanto siffatte modalità sono perfettamente in grado di conseguire comunque lo scopo informativo, a cui sono normativamente preordinate”* (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2021, n. 623)

13.9. Dall'esame dei verbali depositati in giudizio dall'appellante si evince chiaramente che essi sono stati sottoscritti da tutti i soggetti che hanno partecipato alle singole sedute della Commissione, senza che possa nella specie rilevare, ai fini della validità delle operazioni di gara, la modalità- con firma analogica o digitale- di sottoscrizione dei relativi verbali.

14. In conclusione, per le ragioni esposte l'appello va respinto.

15. Sussistono giusti motivi, in considerazione della particolarità e complessità delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di giudizio; il compenso del verificatore nominato per le prestazioni professionali svolte in relazione all'incarico affidato va liquidato come da istanza di liquidazione depositata agli atti del giudizio in data 9 febbraio 2023, per un totale complessivo di € 11.205,65,00, comprensivo di spese e oneri accessori, e viene posto definitivamente a carico di tutte le parti costituite in eguale misura.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese di giudizio.

Pone definitivamente a carico delle parti in causa, in eguale misura, il compenso spettante al verificatore nominato, che liquida in € 11.205,65 come indicato in parte motiva, disponendo che a cura della Segreteria la presente sentenza sia comunicata anche al verificatore.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Angela Rotondano**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**