



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4763 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del Costituendo Rti con le mandanti Fincantieri NexTech S.p.A., N&C S.r.l., Business integration partners S.p.A. e Consorzio Reply Public Sector, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Telecom Italia S.p.A. (anche Tim S.p.A.), in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del RTI con Maticmind S.p.A., SCAI Solution Group S.p.A. e DGS S.p.A, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio

Lirosi, Marco Martinelli, Pietro De Corato, Giulia De Paolis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- di tutti i verbali delle sedute della commissione giudicatrice con particolare, ma non esclusivo, riguardo al verbale della seduta del 21 febbraio 2022 con cui la commissione (i) ha ritenuto conclusa con esito favorevole la verifica tecnica in relazione a tutti e tre i lotti in ragione di quanto prodotto dal RTI TIM, (ii) ha preso atto della comunicazione del Responsabile dell'ufficio VDA del 15 febbraio 2022 recante l'esito positivo della documentazione amministrativa presentata dal RTI TIM in relazione a tutti i lotti e (iii) ha deliberato di proporre a Consip S.p.A., l'aggiudicazione dell'Accordo Quadro al RTI TIM in relazione a tutti e tre i lotti;
- della comunicazione del Responsabile dell'ufficio VDA del 15 febbraio 2022 (di contenuto non noto) recante l'esito positivo della verifica della documentazione amministrativa presentata dal RTI TIM in relazione a tutti i lotti;
- delle graduatorie relative a tutti e tre i lotti in cui il RTI TIM si è collocata in prima posizione;
- del provvedimento di aggiudicazione a TIM, comunicato da Consip al RTI Fastweb in data 15 marzo 2022 dei tre i lotti relativi alla “Gara a procedura aperta per l'affidamento di un Accordo Quadro avente ad oggetto la fornitura di prodotti per la sicurezza perimetrale, protezione degli endpoint e anti-APT ed erogazione di servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni” (note del 15 marzo 2022, prott. 12724, 12727 e 12749 del 2022);
- per quanto occorrer possa del bando, del disciplinare, del capitolato tecnico e di tutti gli atti e documenti di gara;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, quand'anche non conosciuto; nonché, per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Telecom Italia S.p.A.:

- di tutti gli atti della procedura aperta, suddivisa in tre lotti, per “l'affidamento di un Accordo Quadro ai sensi dell'art. 54 comma 3 del d. lgs. n. 50/2016, per la fornitura di prodotti per la sicurezza perimetrale, protezione degli endpoint e anti-apt ed erogazione di servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni” (“Gara”) nelle parti in cui il RTI Fastweb non è stato escluso e la sua offerta è stata inserita in graduatoria e, segnatamente, ove occorrer possa, dei verbali nn. 9 del 9/11/21, 20 del 25/11/21 e 23 del 1/12/21 di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica del RTI Fastweb in relazione ai criteri di seguito indicati, rispettivamente, per ciascuno dei tre lotti, n. 26 del 13/12/21 in cui è stata formulata la graduatoria dei tre lotti, collocando il RTI Fastweb in seconda posizione; n. 33 del 3/2/22 in cui sono state confermate le predette graduatorie dei tre lotti; n. 36 del 21/2/22 sempre in parte qua; nonché dell'aggiudicazione dei tre lotti nella parte in cui il RTI Fastweb è stato collocato, in seconda posizione, nelle graduatorie dei tre lotti, invece di essere escluso dalla Gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Fastweb S.p.A.:

- della comunicazione di efficacia della aggiudicazione definitiva inviata al RTI Fastweb in data 25 maggio 2022, dei tre lotti relativi alla “Gara a procedura aperta per l'affidamento di un Accordo Quadro avente ad oggetto la fornitura di prodotti per la sicurezza perimetrale, protezione degli endpoint e anti-APT ed erogazione di servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni” (note del 25 maggio 2022, prott. 27040, 27044 e 27050 del 2022, in doc. nn. 31, 32 e 33) nonché delle verifiche sottese all'aggiudicazione definitiva e dei relativi esiti;

nonché degli atti e documenti già impugnati con ricorso introduttivo;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, quand'anche non conosciuto; nonché, per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Telecom Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2023 il dott. Igor Nobile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato a mezzo pec in data 14.4.2022 alla Consip S.p.a. nonché ai restanti soggetti in epigrafe, ritualmente depositato il 29.4.2022, la società ricorrente ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione:

- di tutti i verbali delle sedute della commissione giudicatrice con particolare, ma non esclusivo, riguardo al verbale della seduta del 21 febbraio 2022 con cui la commissione (i) ha ritenuto conclusa con esito favorevole la verifica tecnica in relazione a tutti e tre i lotti in ragione di quanto prodotto dal RTI TIM, (ii) ha preso atto della comunicazione del Responsabile dell'ufficio VDA del 15 febbraio 2022 recante l'esito positivo della documentazione amministrativa presentata dal RTI TIM in relazione a tutti i lotti e (iii) ha deliberato di proporre a Consip S.p.A., l'aggiudicazione dell'Accordo Quadro al RTI TIM in relazione a tutti e tre i lotti;
- della comunicazione del Responsabile dell'ufficio VDA del 15 febbraio 2022 (di contenuto non noto) recante l'esito positivo della verifica della documentazione amministrativa presentata dal RTI TIM in relazione a tutti i lotti;
- delle graduatorie relative a tutti e tre i lotti in cui il RTI TIM si è collocata in prima posizione;
- del provvedimento di aggiudicazione a TIM, comunicato da Consip al RTI Fastweb in data 15 marzo 2022 dei tre i lotti relativi alla "Gara a procedura aperta per l'affidamento di un Accordo Quadro avente ad oggetto la fornitura di prodotti per la sicurezza perimetrale, protezione degli endpoint e anti-APT ed erogazione di servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni" (note del 15 marzo 2022, prott. 12724, 12727 e 12749 del 2022);
- per quanto occorrer possa del bando, del disciplinare, del capitolato tecnico e di

tutti gli atti e

documenti di gara;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, quand'anche non conosciuto, nonché, per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato.

2. Con la presente iniziativa processuale, la società ricorrente (d'ora in avanti anche solo "Fastweb"), partecipante in Rti alla procedura di gara summenzionata, allo stato secondo con il punteggio complessivo di 90,1242, a fronte del punteggio di 91,6380 attribuito al RTI controinteressato collocato al primo posto (anche solo "Telecom"), contesta l'aggiudicazione disposta a favore del RTI controinteressato, proponendo i motivi di ricorso di seguito rubricati e sintetizzati, e come meglio articolati nell'atto introduttivo del giudizio.

2.1 Violazione dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 7.3 d), 7.4 e 8 del Capitolato d'Oneri. Violazione degli artt. 1363 e 1418 c.c. Nullità del contratto di avvalimento tra TIM S.p.A. e Telsy S.p.A. Carezza del requisito di capacità tecnica e professionale in capo al RTI TIM. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere.

Parte ricorrente contesta la carezza, in capo al RTI aggiudicatario, del requisito di capacità tecnica e professionale fissato all'art.7.3 del capitolato d'oneri (possesso della certificazione di qualità secondo lo standard ISO:27001), soddisfatto da Telecom mediante avvalimento dalla ausiliaria Telsy.

Nello specifico, la ricorrente assume:

- la nullità del contratto di avvalimento, in quanto meramente cartolare, privo cioè della effettiva messa a disposizione, in favore dell'impresa ausiliata, delle risorse umane e strumentali e, più in generale, dell'organizzazione aziendale complessiva dell'ausiliaria;

- l'inesistenza della certificazione di qualità n 10000466701 rilasciata a Telsy, come riscontrato in esito all'accesso al portale Accredia;

- l'incongruenza delle certificazioni rilasciate a Telsy rispetto all'oggetto dell'affidamento: nessuna di esse sarebbe pertinente alla gara in questione

(progettazione, installazione, manutenzione di sistemi di sicurezza ICT).

2.2 Violazione dell'art. 3.1.5 del Capitolato Tecnico Speciale. Violazione dei chiarimenti nn. 48 e 49. Violazione degli artt. 17.1 e 21bis del Capitolato D'Oneri. Omessa esclusione del RTI TIM per mancato possesso dei requisiti migliorativi in relazione ai prodotti Endpoint Protection Platform (EPP)/Endpoint Detection & Response (EDR). Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Eccesso di potere. Sotto altro profilo. Violazione dell'art. 3, del d.P.R. n. 445/2000. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Eccesso di potere. Sotto ulteriore profilo. Violazione dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis), D.Lgs. n. 50/2016. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere.

Con la seconda doglianza parte ricorrente censura la pretesa violazione dell'art.3.1.5 del capitolato tecnico, ritenendo che l'offerta migliorativa presentata da Telecom con riguardo ai prodotti ANTI_APT e NGFW (di cui agli ii.dd. 9.2 e 9.4 del Capitolato Tecnico- Parte Speciale), non sarebbe rispettosa della lex specialis, siccome chiarita dalla stazione appaltante (chiarimenti nn.48-49), nella misura in cui, in sintesi, per i prodotti ANTI_APT (ii.dd. 9.2 del Capitolato Tecnico- Parte Speciale), il Cynet 360 si integrerebbe solo con il brand VM/Ray, mentre, per quelli NGFW (ii.dd. 9.4), l'integrazione avverrebbe unicamente in modalità SOAR, non ammessa. Parte ricorrente trae il proprio convincimento, essenzialmente, dalle indicazioni del Manuale Utente scaricato in rete per i prodotti EPP/EDR del brand CYNET.

L'RTI aggiudicatario, pertanto, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per violazione dell'art.21bis del capitolato d'oneri, ossia per mancata comprova dei requisiti di cui agli ii.dd. 9.2 e 9.4 dichiarati in offerta tecnica.

Sotto altro profilo, Fastweb contesta:

- l'illegittimità (e quindi l'inefficacia e l'irrilevanza) della dichiarazione sostitutiva resa dal legale responsabile della Cynet, società di diritto israeliano, atteso che la facoltà di dare luogo alle dichiarazioni sostitutive ex art.76 D.p.r. n.445/2000, ai

sensi dell'art.3 D.p.r. cit., è ammissibile unicamente per le persone fisiche e giuridiche residenti nell'Unione Europea;

- la falsità della dichiarazione resa da Telecom, in merito alla capacità dei prodotti EPP/EDP di soddisfare i requisiti di integrazione previsti dal capitolato tecnico (tanto in sede di offerta tecnica che durante il subprocedimento di comprova), con conseguente integrazione della fattispecie espulsiva sub art.80, co.5, lett. e bis D.Lgs.n.50/2016.

3. Si costituivano in giudizio Consip S.p.a. (stazione appaltante) e la società controinteressata (Telecom), per avversare i motivi di ricorso. Telecom proponeva altresì ricorso incidentale, notificato a mezzo pec il 16.5.2022 e depositato in pari data, per ottenere l'annullamento in via incidentale:

- di tutti gli atti della procedura aperta, nelle parti in cui il RTI Fastweb non è stato escluso e la sua offerta è stata inserita in graduatoria e, segnatamente, dell'aggiudicazione dei tre lotti nella parte in cui il RTI Fastweb è stato collocato, in seconda posizione, nelle relative graduatorie, invece di essere escluso dalla gara;

- nonché, ove occorrer possa, dei verbali nn. 9 del 9/11/21, 20 del 25/11/21 e 23 del 1/12/21 di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica del RTI Fastweb, rispettivamente, per ciascuno dei tre lotti; n. 26 del 13/12/21 in cui è stata formulata la graduatoria dei tre lotti, collocando il RTI Fastweb in seconda posizione; n. 33 del 3/2/22 in cui sono state confermate le predette graduatorie dei tre lotti; n. 36 del 21/2/22 sempre in parte qua.

Secondo la prospettiva della ricorrente incidentale, l'RTI Fastweb, non sottoposto alla verifica di cui all'art.21bis del capitolato (in quanto secondo graduato), doveva essere escluso per via della insussistenza dei requisiti migliorativi offerti con riguardo al brand 2 Cisco del prodotto NGFW, come risulterebbe dalla dichiarazione prodotta dalla Cisco Systems Italy srl, versata nel procedimento di comprova dalla Telecom.

4. Alla camera di consiglio del 18.5.2022, parte ricorrente rinunciava all'istanza di sospensiva, in vista della possibile definizione all'udienza di merito, stabilita per il

giorno 13.7.2022, e in ragione della possibilità di riesame a cura della Consip S.p.A.

5. Con motivi aggiunti notificati a mezzo pec il 15.6.2022 e tempestivamente depositati il 20.6.2022, la ricorrente adiva nuovamente questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione, della comunicazione di efficacia della aggiudicazione definitiva inviata al RTI Fastweb in data 25 maggio 2022 (note del 25 maggio 2022, prott. 27040, 27044 e 27050 del 2022) nonché delle verifiche sottese all'aggiudicazione definitiva e dei relativi esiti.

Venivano proposti i motivi di ricorso di seguito rubricati e sintetizzati, e come meglio articolati nel relativo atto processuale.

5.1 Violazione degli artt. 3.1 e 3.1.5 del Capitolato Tecnico Parte Speciale. Violazione dei chiarimenti nn. 48 e 49. Violazione degli artt. 17.1 e 21bis del Capitolato D'Oneri. Omessa esclusione del RTI TIM per mancato possesso dei requisiti migliorativi in relazione ai prodotti Endpoint Protection Platform (EPP)/Endpoint Detection & Response (EDR) e per violazione dei requisiti di conformità e di sicurezza. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Eccesso di potere. Violazione dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis), D.Lgs. n. 50/2016.

Parte ricorrente, muovendo da quanto dichiarato dal produttore Cynet, anche con le dichiarazioni successive al procedimento di comprova e versate in atti da Telecom nell'ambito del presente giudizio, laddove lo stesso ha affermato che il prodotto supporta l'integrazione tramite API (Application Programming Interface), argomenta, con il conforto della perizia elaborata dal consulente tecnico di parte, nel senso che la procedura descritta dal produttore confermerebbe che l'integrazione non era implementata al momento dell'offerta, come richiesto dalla lex specialis (e in particolare dai chiarimenti nn.48-40 resi dalla stazione appaltante in merito agli ii.dd 9.2 e 9.4 del capitolato speciale).

Inoltre, la proposta di Telecom sul punto violerebbe anche l'art.3.1 del capitolato tecnico parte speciale e le norme sui presidi di sicurezza ICT per le p.a., nella

misura in cui si prevede la condivisione all'esterno delle credenziali dei sistemi di sicurezza perimetrale.

6. Successivamente, in esito all'udienza tenutasi il 13.7.2022, il Collegio, con ordinanza n.4602/2022, pubblicata il 15.7.2022, ravvisata l'attinenza della fattispecie in esame alle previsioni di cui all'art.3 d.l. n.85/2022 (appalti afferenti al Piano Nazionale di ripresa e resilienza, PNRR),

- respingeva la domanda cautelare;

- ordinava alla parte ricorrente l'integrazione del contraddittorio, disponendo la notifica del ricorso anche nei riguardi del Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'Agenzia per l'Italia digitale;

- disponeva verifica, incaricando il Dipartimento di Ingegneria Civile e Ingegneria Informatica dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, in persona del Direttore, salvo delega, di rispondere entro il 4.11.2022 al seguente quesito: "sussistenza per l'offerta tecnica presentata da Tim S.p.A. in relazione ai prodotti Endpoint Protection Platform (EPP)/Endpoint Detection & Response (EDR) del brand CYNET previsti dall'art. 3.1.5 del Capitolato Tecnico Speciale, così come comprovata dalla società in questione nello speciale procedimento di comprova, attivato dalla Consip a seguito del completamento delle operazioni di gara e da quest'ultima positivamente vagliato, della conformità alla disciplina fissata dal suddetto Capitolato tecnico ed ai chiarimenti resi nel procedimento dalla Consip S.p.a. (chiarimenti nn.48-49), quanto alla compatibilità ed alla modalità con la quale il brand Cynet 360 (proposto in offerta da Tim S.p.a.) si integra con gli altri brand indicati in offerta per quanto concerne le proposte migliorative di cui agli ii.dd. 9.2 e 9.4 del Capitolato Tecnico-Parte Speciale".

7. Con successiva ordinanza n.11633/2022, pubblicata il 7.9.2022, il Collegio disponeva la sostituzione del verificatore, incaricando all'uopo il Dipartimento di Ingegneria Elettronica della medesima Università, in persona del Direttore, con espressa previsione di una facoltà di delega ad altro docente dello stesso

dipartimento ritenuto esperto nella materia oggetto della presente controversia nell'ambito degli insegnamenti di Ingegneria Elettronica.

Con ordinanza n.13285/2022, pubblicata il 17.10.2022, il termine per il deposito della relazione, su richiesta del verificatore individuato dal Direttore del Dipartimento di Ingegneria Elettronica dell'Università di Roma Tor Vergata, veniva definitivamente traslato al 24.11.2022, contestualmente fissando all'11.1.2023 la data dell'udienza pubblica per la trattazione nel merito del presente ricorso.

8. Seguiva, in data 24.11.2022, il deposito della relazione di verifica (con successiva richiesta di liquidazione del compenso) e lo scambio di memorie, anche in replica a cura delle parti.

9. Alla camera di consiglio di consiglio del giorno 11 gennaio 2023, la causa è stata quindi trattenuta in decisione, dopo ampia discussione.

10. Il ricorso, siccome integrato da motivi aggiunti, è infondato, per quanto di seguito esplicito con riguardo ai motivi riportati ai par.3 e 5 (e relativa sottonumerazione) della presente decisione.

10.1 Il Collegio esamina dapprima il ricorso introduttivo.

Con il primo motivo del ricorso (sub 3.1), la ricorrente contesta l'inesistenza, in capo a Telecom, del requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art.7.3, lett. d) (conforme al punto III, 1.3 del bando), relativamente al possesso di una certificazione di qualità attestante la conformità alla/e norma/e ISO 27001:2013 o ISO 27001:2014 o ISO 27001:2017. In gara, Telecom ha inteso soddisfare tale requisito mediante l'istituto dell'avvalimento, stipulando e allegando l'apposito contratto sottoscritto con la società Telsy S.p.A.

Fastweb ha contestato, in primo luogo, l'invalidità del contratto di avvalimento, atteso che lo stesso non implicherebbe la messa a disposizione, a favore della società concorrente ed ausiliata, di tutte le risorse dell'organizzazione dell'ausiliaria, come invece richiesto dalla giurisprudenza per evitare il rischio che

l'avvalimento della certificazione di qualità si risolve in un avvalimento meramente cartolare, funzionale solo ed esclusivamente a consentire la partecipazione alla gara pubblica di un soggetto altrimenti sprovvisto dei requisiti di ammissione.

La censura non è fondata.

Il contratto di avvalimento prevede espressamente la messa a disposizione delle risorse dell'impresa ausiliaria necessarie al conseguimento della certificazione, recando al par.2.1 la seguente previsione: “nonché tutte le strutture, le tecniche, i fattori della produzione e le risorse che, complessivamente considerati, le hanno consentito di acquisire la predetta certificazione tra cui know how...”.

Le risorse puntualmente individuate, oltre a non apparire sottostimate allo scopo, hanno carattere esemplificativo, tant'è vero che sempre il contratto, al sopra citato articolo (e relativo paragrafo), prevede, in termini più generali, l'obbligo dell'ausiliaria di conferire all'ausiliata “la disponibilità delle risorse per attuare e monitorare i processi definiti per l'esecuzione e il controllo delle attività di progettazione, installazione e manutenzione dei sistemi di sicurezza ICT funzionali alla fornitura ed all'erogazione dei servizi di gara secondo gli standard”, nonché, con una clausola di chiusura, “nel caso di rilievo di anomalie a definire e a realizzare idonee azioni correttive relativamente alle carenze evidenziate”.

Le previsioni contenute nel contratto di avvalimento ne acclarano la piena conformità al prevalente e condiviso della giurisprudenza amministrativa, secondo cui “La peculiarità dell'avvalimento della certificazione di qualità consiste nell'indispensabilità che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità” (da Consiglio di Stato, 13.9.2021, n.6271; v., in senso conf., Consiglio di Stato, 8.10.2018, n.5765).

Fastweb ha pure ventilato la presunta inesistenza della certificazione vantata da Telsy.

Sul punto, Consip (rif. all.to n.13 deposito del 16.5.2022) ha esibito la relativa

certificazione rilasciata da Accredia e rinnovata tuttavia da altro operatore accreditato (Dnv), fornendo puntuali argomentazioni a confutazione, non adeguatamente controdedotte da parte ricorrente.

Un ulteriore profilo di doglianza attiene alla presunta incongruenza della certificazione rispetto all'oggetto della gara.

Anche tale argomento non può essere condiviso.

L'oggetto della certificazione di qualità è conferente con quello della gara, anche in virtù di quanto espressamente specificato nell'appendice di rinnovo, rilasciata da DNV, nella quale viene attestato che la certificazione in parola è stata verificata anche con specifico riguardo alle attività di "progettazione, l'installazione e la manutenzione di sistemi di sicurezza ICT", del tutto coincidenti con quelli relativi alla procedura di cui trattasi.

10.2 Il secondo motivo del ricorso introduttivo (sub 3.2) si orienta nei confronti dell'offerta tecnica presentata da Telecom, con particolare riguardo ai requisiti migliorativi proposti per i prodotti di cui agli ii.dd. 9.2 e 9.4 dell'art.3.1.5 del Capitolato tecnico, parte speciale.

In ragione dell'omogeneità delle contestazioni, il Collegio ritiene opportuno trattare unitamente tale doglianza con quella sviluppata nei motivi aggiunti.

La questione emarginata verte intorno ai prodotti EPP ('Endpoint Protection Platform)/EDR (Endpoint Detection & Response), funzionali alla protezione delle applicazioni da minacce informatiche di fonte esterna (virus, trojan, ecc.). Per tali prodotti, l'art.3.1.5 del capitolato tecnico (parte speciale) stabiliva sia i requisiti minimi della proposta progettuale dei concorrenti, sia le opzioni migliorative, attributive di punteggio (in modalità tabellare) in relazione alle singole caratteristiche ivi contemplate (id). Fra le opzioni migliorative, gli id di cui ai punti 9.2 e 9.4, prevedevano la possibilità di attribuire premialità, nel caso in cui il prodotto offerto si integrasse, rispettivamente, con uno o due brand di prodotti anti-APT (acronimo di Advanced Persistent Threat, ossia di minacce informatiche

portate da soggetti dotati di notevole expertise tecnico) o di NGFW (acronimo di Next Generation Firewall, ossia di soluzioni flessibili in grado di bloccare attacchi informatici sofisticati).

La stazione appaltante, con i chiarimenti nn.48-49 resi nel corso del procedimento, ha rappresentato, quanto al tema della modalità con cui realizzare l'integrazione, che era da considerarsi ammissibile "l'integrazione diretta l'integrazione in modalità API, purchè già implementata".

In sede di offerta tecnica, per venire all'esame delle doglianze di parte ricorrente, Telecom S.p.a., aggiudicataria della gara, ha dichiarato di soddisfare l'integrazione per entrambi i prodotti (ANTI_APT e NGFW) utilizzando come prodotto (cd. brand 1) il Cynet 360 e, nello specifico, dichiarando che lo stesso, nel rispetto della lex specialis, si integra, per i prodotti ANTI_APT, con i brand "Fortinet, Check Point, TrendMicro, VMRay e famiglia CuCkoo" e, per quelli NGFW, con "Fortinet, Check Point, paloalto networks, Cisco, Forcepoint".

Avendo Consip S.p.a. chiarito, che l'integrazione poteva avvenire o in "integrazione diretta" o con la modalità "integrazione tramite API" purché già implementata (ossia non sviluppata successivamente all'offerta), ma non con la modalità cd. SOAR, ad avviso di parte ricorrente l'offerta migliorativa presentata da Telecom con riguardo ai prodotti ANTI_APT e NGFW, non sarebbe rispettosa della lex specialis, siccome chiarita dalla stazione appaltante, nella misura in cui per i prodotti ANTI_APT (ii.dd. 9.2 del Capitolato Tecnico- Parte Speciale), il Cynet 360 si integrerebbe solo con il brand VM/Ray, mentre, per quelli NGFW (ii.dd. 9.4), l'integrazione avverrebbe unicamente in modalità SOAR, non ammessa. Le prospettazioni di parte ricorrente di cui al secondo motivo del ricorso introduttivo traggono fondamento, essenzialmente, dall'analisi delle informazioni scaricate dal sito della Cynet (produttore con sede in Israele), con informazioni sul prodotto 360 (versione SaaS- Software as a Service).

Il Collegio, all'uopo, ha disposto verifica, chiedendo di chiarire se il Cynet 360 risulti o meno compatibile con la lex specialis e, nello specifico, con i

chiarimenti nn.48-49 rilasciati dalla stazione appaltante.

Prima di esaminare le conclusioni e le valutazioni del verificatore, così come le deduzioni delle parti, appare doveroso, preliminarmente, dare conto delle previsioni della lex specialis in tema di comprova dei requisiti tecnici (minimi e migliorativi).

In tema, l'art.21bis del capitolato d'oneri stabilisce che "Al fine di procedere alla verifica del possesso delle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, di quelle relative ai criteri migliorativi con riferimento ai prodotti offerti la Commissione richiederà al concorrente primo nella graduatoria

provvisoria di merito di ciascun lotto, con invio di apposita comunicazione per il tramite del Sistema di trasmettere, entro e non oltre 10 giorni solari, la documentazione di cui al Fac-Simile Allegato 15. Si precisa che la documentazione prodotta dovrà comprovare la sussistenza delle caratteristiche minime e, ove offerte migliorative, alla data della sottoscrizione dell'offerta".

Con dichiarazione del 18.1.2022, versata in atti (cfr., allegato n.17 deposito Fastweb del 29.4.2022, ma anche all.to n.18 deposito Consip del 16.5.2022), acquisita dalla stazione appaltante, il legale rappresentante della Cynet ha confermato le specifiche, minime e migliorative, indicate dall'operatore economico in gara, precisando che i prodotti offerti, per quanto concerne le soluzioni EPP/EDR sono già "commercializzate" o "commercializzabili" alla data dell'offerta.

In merito alla modalità dell'integrazione, le parti convenute (anche con il supporto di ulteriore dichiarazione resa da Cynet in data 11.5.22 (cfr., all.to n.5 deposito Telecom del 16.5.2022) hanno chiarito che le soluzioni offerte da Cynet supportano l'integrazione con prodotti di terze parti tramite API (acronimo di Application Programming Interface), con soluzioni già disponibili prima della presentazione dell'offerta (ottobre 2021) e che, viceversa, le informazioni rese disponibili alla comune utenza o al mercato, e pubblicate sul sito aziendale, che fanno invece riferimento all'integrazione in modalità cd. SOAR (acronimo di Security

Orchestration, Automation e Response), non ammessa dalla stazione appaltante, rappresentano, unicamente, ipotesi standardizzate, ferma la possibilità per il produttore di realizzare prodotti tarati sulle specifiche esigenze del cliente, come avvenuto nella fattispecie.

In riferimento alle argomentazioni sollevate con i motivi aggiunti, Telecom ha prodotto ulteriore dichiarazione di Cynet, del 30.6.22 (cfr. all.to 2 deposito del 1.7.22), nella quale il produttore afferma che le integrazioni di Cynet 360 con altri brand erano già disponibili prima del bando di gara e che la capacità di integrarsi è già implementata nella piattaforma fornita al cliente, senza necessità di condividere all'esterno dati o password di accesso. La necessità di configurazione non implica peraltro accesso da remoto del produttore, ma unicamente il fatto che il cliente, sulla base del prodotto fornito, procede in autonomia alla configurazione, disponendo già il prodotto delle funzionalità atte alla configurazione.

Il verificatore incaricato dal Collegio ha esaminato le perizie di parte e le relative osservazioni, partendo dall'esito delle prove di laboratorio prodotte nella perizia di Telecom, assunta, concordemente, come base dati da tutte le parti.

Il verificatore, alla luce del quesito formulato dal Collegio, analizza la questione sotto un duplice profilo:

- a) conformità sostanziale della modalità di integrazione del Cynet 360 con altri brand alle regole fissate dalla stazione appaltante nei chiarimenti 48 e 49;
- b) disponibilità dell'architettura per l'integrazione alla data di presentazione dell'offerta.

Sulla prima tematica, il verificatore non mostra dubbi nel ritenere che il sistema fornito da Cynet sia compatibile con i chiarimenti, nella misura in cui ammettono l'integrazione tramite API (rif. par.5.5 della relazione). Sul tema della modalità dell'implementazione, il verificatore, replicando puntualmente alle obiezioni del perito di Fastweb, (rif. par.5.6 della relazione) giudica comprovata (cfr. dichiarazione di Cynet del 30.6.22 e perizia di Telecom del 21.6.22) tale conformità dal fatto che "la procedura di integrazione preveda la selezione di un file eseguibile

già presente e non l'implementazione di componenti software”.

Sulla seconda questione (par.5.3 e 5.4 della relazione), il verificatore, pur negando la sussistenza di prove, in senso informatico-forense, attesa la mancanza di prove digitali con marca temporale predata al momento della presentazione dell'offerta, ritiene, au fond, che non sussistano nemmeno indizi, il cui onere sarebbe posto a carico della ricorrente, anche in ragione delle previsioni recate dall'art.21 bis del capitolato, idonei a fare ritenere che l'architettura esposta da Cynet non fosse già disponibile.

Su tale aspetto, il perito di Fastweb, e così la difesa della ricorrente nelle successive memorie versate in atti (anche in replica) mettono l'accento per inferirne l'indisponibilità, tenuto conto che la perizia di Telecom, a chiarimento della modalità di integrazione, presuppone un documento Cynet recante “Guida di supporto alle configurazioni delle integrazioni”, datata giugno 2022 e quindi successiva all'offerta.

Ad avviso del Collegio, le conclusioni cui è pervenuto il verificatore sono condivisibili e, comunque, non mostrano evidenti e macroscopici vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà e irragionevolezza (cfr., sui limiti del sindacato giurisdizionale nei riguardi delle conclusioni cui perviene il verificatore, quam multis, Tar Roma, 24.9.2019, n.11292; Tar Roma, 22.4.2016, n.4720).

In primo luogo, appare dirimente osservare che la lex specialis (non oggetto di impugnazione a cura di parte ricorrente), segnatamente all'art.21 bis del capitolato d'oneri, disciplinando il procedimento di comprova dei requisiti minimi e di quelli migliorativi, fissa alcuni punti imprescindibili:

- a) la comprova è strutturata, essenzialmente, attraverso l'acquisizione della dichiarazione del produttore (fac simile all.to 15 al capitolato);
- b) la verifica è riservata all'apprezzamento della Commissione di gara;
- c) è possibile il soccorso istruttorio in fase di comprova, con la produzione di materiale integrativo.

Ne consegue che la Consip, in fase di comprova, ha dato corretta applicazione a quanto previsto dal suddetto art.21 bis, e la Cynet, con la dichiarazione del 18.1.2022, resa sul conforme modello predisposto, e quindi validata dalla stazione appaltante, ha confermato la sussistenza delle caratteristiche dell'offerta di Telecom, inclusa i parametri migliorativi e la disponibilità alla data di presentazione dell'offerta (cfr., punto n.2 della dichiarazione Cynet del 18.1.2022).

Le successive dichiarazioni integrative di Cynet, lungi dal concretizzare una violazione della *lex specialis* o palesare l'inconferenza delle conclusioni cui è pervenuto il verificatore, sono state suggerite, in una logica di prudente strategia processuale della controinteressata, dalle argomentazioni sollevate con i motivi aggiunti, con particolare riguardo alla tematica relativa alla tempistica dell'implementazione tramite API. D'altra parte, nel ricorso introduttivo Fastweb si era limitata a sostenere, sulla scorta delle informazioni desunte dal manuale scaricato dal sito di Cynet, che la piattaforma Cynet 360 non garantiva l'integrazione con altri brand in conformità alle specifiche diramate con i chiarimenti nn.48-49, al contrario di quanto dichiarato in offerta tecnica da Telecom. La verifica, anche alla luce delle prove di laboratorio effettuate da Telecom (non contestate dal punto di vista dei dati restituiti), ha confermato che il Cynet 360 si integra in modalità API sulla base di pacchetti di integrazione prefornti al cliente, senza quindi successive elaborazioni software e/o cessione di dati all'esterno o al produttore.

Quanto al profilo temporale, si condivide il ragionamento del verificatore, circa l'assenza di prove o indizi atti a fare presumere che tale configurazione sia postuma rispetto all'offerta o elaborata ad hoc, solo a seguito delle rimostranze di Fastweb. Ancora una volta- si osserva- è la legge di gara a cui occorre fare riferimento per valutare la correttezza del *modus operandi* della stazione appaltante nel corso del procedimento; e tale disciplina, con l'art.21 bis del capitolato d'onori, ha prestabilito, in maniera inequivoca, che la comprova (dei requisiti dichiarati dal concorrente in offerta) fosse da dimostrare attraverso una apposita dichiarazione del

produttore: null'altro l'operatore economico era tenuto a fare, se non, eventualmente, riscontrare le richieste di integrazione documentale che fossero pervenute dalla stazione appaltante.

L'argomentazione di Fastweb circa la necessità che siano le parti convenute ad attivarsi per fornire la prova (data l'impossibilità per il terzo di provare il fatto negativo), oltre a scontrarsi frontalmente con il principio dell'onere della prova (in excipiendo reus fit actor), contrasta con la predetta disciplina di gara, nella misura in cui non considera che, in alcun modo, sussisteva (per il produttore e per l'operatore economico) l'onere di preconstituirsì una prova (in senso tecnico) circa la disponibilità dell'implementazione alla data dell'offerta, essendo sufficiente, per l'appunto, che il produttore rendesse, come ha reso, dichiarazione confermativa in tal senso. Peraltro, il breve iato fra la dichiarazione acquisita da Consip nel procedimento (18.1.2022) e le successive versate nel presente giudizio a fini processuali consente di ritenere verosimile che il fornitore fosse già in grado, alla data della presentazione dell'offerta, di offrire il prodotto collimante con le caratteristiche indicate da Telecom in offerta tecnica.

A più favorevoli considerazioni non si prestano nemmeno le considerazioni di Fastweb in merito alla presunta discrasia derivante dalla dichiarazione resa da Cynet l'11.5.2022 con quella resa dal medesimo produttore il 30.6.2022. In disparte che, per quanto finora argomentato, l'unica dichiarazione rilevante ai fini della comprova (e di per sé sufficiente) è quella resa alla stazione appaltante il 18.1.2022, va evidenziato che la stessa Cynet ha precisato che, con riguardo all'utilizzo del termine "implementazione", non intendeva fare riferimento ad una soluzione che necessitasse di acquisire ulteriori componenti software, successivamente alla fornitura del prodotto al cliente.

Infine, parte ricorrente ha pure contestato (rif. secondo motivo del ricorso introduttivo) la validità della dichiarazione del legale rappresentante della Cynet in merito alla comprova dei requisiti migliorativa di cui agli ii.dd. 9.2 e 9.4,

assumendo l'illegittimità della dichiarazione sostitutiva resa ex art.76 D.p.r. n.445/2000 per violazione dell'art.3, co.1 della predetta normativa.

L'argomentazione non persuade.

Innanzitutto, come osservato dalla difesa erariale, né l'art.21bis del capitolato d'onori, né l'allegato 15 (fac simile di dichiarazione predisposto dalla stazione appaltante), peraltro non oggetto di impugnazione, prevedevano la necessità di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio o di certificazione, ai sensi degli artt.46-47 D.p.r. n.445/2000, quanto piuttosto di una semplice dichiarazione di scienza del produttore del brand, che acclarasse la correttezza del requisito migliorativo dichiarato in gara dall'operatore economico.

In ogni caso, è dirimente evidenziare che la dichiarazione resa dal legale rappresentante è conforme al modello predisposto dalla stazione appaltante (nonché alla previsione dell'art.21 bis del capitolato d'onori) e, pertanto, anche sotto il profilo formale, idonea a consentire il raggiungimento dello scopo prefissato (comprova dei requisiti migliorativi secondo la modalità prefigurata dalla *lex specialis*).

Acclarata la conformità dell'offerta e la legittimità del procedimento di comprova, sono naturaliter destituite di fondamento le censure afferenti alla possibile falsità rilevante ex art.80, co.5, lett.c-bis D.Lgs.n.50/2016.

11. Per tutto quanto precede, in conclusione, il ricorso, siccome integrato da motivi aggiunti, va respinto in quanto infondato.

Per l'effetto, in applicazione del principio della ragione più liquida, il ricorso incidentale proposto dalla Telecom va dichiarato improcedibile, per carenza di interesse, come da consolidato orientamento della giurisprudenza sul punto (cfr., *quam multis*, Tar Roma, 12.7.2021, n.8261; Tar Trieste, 2.3.2020, n.95), conservando la controinteressata, in esito alla reiezione del ricorso principale, il bene della vita (l'aggiudicazione). In ogni caso, avuto riguardo al contenuto della doglianza (insussistenza dei requisiti migliorativi dichiarati da Fastweb nell'offerta tecnica), il ricorso incidentale a ben vedere sarebbe altresì inammissibile, ai sensi

dell'art.34, co.2 cpa, posto che la censura implicherebbe l'esame di una questione (la regolarità dell'offerta tecnica della seconda graduata) non esaminata dalla Consip in quanto afferente all'offerta di un concorrente non aggiudicatario.

Le spese di giudizio seguono l'ordinario criterio della soccombenza della parte ricorrente nei riguardi dei soggetti intimati e costituiti, per essere liquidati come indicato in dispositivo. A carico della parte ricorrente si pone inoltre il compenso per il verificatore, da quantificare con separato decreto, detratto l'anticipo previsto dall'ordinanza collegiale n.4602/2022, se versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale, come in epigrafe proposto e siccome integrato da motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna altresì la parte ricorrente:

- al pagamento delle spese di giudizio, complessivamente liquidate nella misura di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, da versare, in ragione della metà ciascuna, in favore di Consip S.p.A. e di Telecom Italia S.p.A.;
- al pagamento del compenso al verificatore, da quantificare con separato decreto, detratto l'anticipo previsto dall'ordinanza collegiale n.4602/2022, se versato.

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

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

Francesco Riccio, Presidente

Luca Iera, Referendario

Igor Nobile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Igor Nobile

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO