



**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 numero di registro generale 5099 del 2023, proposto da Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Difesa Servizi S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9066973ECE, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Fastweb S.p.A., Aruba S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Angela Vecchione, Elisabetta Pistis, Fabio Elefante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Telecom Italia S.p.A., Cdp Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A., Polo Strategico Nazionale S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Bernardo Giorgio Mattarella, Luca Raffaello Perfetti, Francesco Sciaudone, Cristiano Chiofalo, Giulio Napolitano, Alfredo Vitale, Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giulio Napolitano in Roma, via XXIV maggio, n.

43.

*per la riforma*

della sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, n. 4338/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Fastweb S.p.A., di Aruba S.p.A., di Telecom Italia S.p.A., di Cdp Equity S.p.A., di Leonardo S.p.A., di Sogei S.p.A. e di Polo Strategico Nazionale S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Vecchione, Pistis, Elefante, Perfetti, Chiofalo, Vitale, e l'avvocato dello Stato Cherubini;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Riferiscono le amministrazioni appellanti che la controversia si inserisce nell'ambito dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e attiene alla realizzazione di una nuova infrastruttura informatica al servizio delle PP.AA., in grado di assicurare l'affidabilità dei “*centri di elaborazione dati*” (CED) in uso presso le medesime Amministrazioni. Tale infrastruttura ha preso il nome di “Polo strategico nazionale” (PSN) e costituisce uno degli aspetti principali della “Missione 1” del PNRR, dedicato a “*Digitalizzazione, innovazione, competitività e turismo*”.

2. La “Missione 1” del PNRR ha previsto la realizzazione della suddetta infrastruttura informatica e digitale, la quale è destinata a garantire elevati standard di qualità per ciò che riguarda la sicurezza dei dati, le prestazioni, la scalabilità, l'interoperabilità europea e l'efficienza energetica, secondo il principio del c.d. “*cloud first*”.

3. Il PNRR, in aggiunta alla realizzazione del descritto PSN, ha stanziato una dotazione di € 900.000.000,00 in favore delle PP.AA. che debbano realizzare il processo di migrazione dei dati. L'importo così determinato dovrà essere distribuito tra duecento amministrazioni centrali e ottanta autorità sanitarie locali (ASL).

4. È stata poi attivata un'ulteriore linea di investimento per l'abilitazione e facilitazione migrazione al *cloud* (M1-C1-I.1.2), mediante l'impegno di € 1.000.000.000,00, volta a consentire la descritta migrazione anche a oltre 12.000 amministrazioni locali (comuni, scuole e strutture sanitarie). Il completamento dell'intero progetto è stato stimato per il secondo trimestre del 2026. È stato altresì stabilito, pena la perdita delle somme stanziato dall'Unione europea per consentire la migrazione digitale, che il PSN dovesse essere realizzato e dovesse risultare quindi pronto per ospitare i dati oggetto di migrazione, entro la data ultima del 31 dicembre 2022.

5. Il PNRR predisposto dal Governo italiano e approvato dalla Commissione europea ha individuato nel "partenariato pubblico-privato" (di seguito anche PPP), e precisamente nel "*project financing*", lo strumento utile a consentire la predisposizione del PSN, aperto alla migrazione dei dati detenuti da tutte le PP.AA. che non rispettino i necessari standard di sicurezza, in attuazione dell'art. 33-*septies* del d.l. n. 179/2012.

6. Il Dipartimento per la trasformazione digitale (di seguito DTD) della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha pertanto promosso la procedura di "*project financing*", optando per la variante di cui all'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* vigente: si è quindi prospettata una iniziativa degli operatori privati, chiamati a predisporre un progetto di fattibilità dell'opera, da porre successivamente a base di una procedura di gara aperta anche alla partecipazione di altri concorrenti. Di conseguenza:

a) il 29 settembre 2021 il DTD ha ricevuto una proposta inviata da TIM S.p.A., in qualità di mandataria di un costituendo raggruppamento temporaneo formato anche da CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A., in posizione di mandanti

(d'ora innanzi, per semplicità, anche: "RTI TIM" o solo "TIM");

b) il 4 ottobre 2021 è stata ricevuta la proposta messa a punto da un altro raggruppamento temporaneo, formato da Almaviva S.p.A. e Aruba S.p.A.;

c) infine, il 2 novembre 2021, è pervenuta la proposta avanzata da Fastweb S.p.A. e da Engineering S.p.A.

7. Ha quindi preso avvio la prima fase della procedura di "finanza di progetto", tesa a individuare, tra i progetti presentati di loro iniziativa dagli operatori economici interessati, quello da porre a base di gara. Per quanto riguarda le attività espletate dal DTD nel corso di questa prima fase, le diverse soluzioni tecniche prospettate sono state vagliate alla luce dei criteri di sicurezza desumibili, oltre che dall'art. 33-*septies* del d.l. n. 179/2012, anche dalle indicazioni fornite da AGID e dall'Agenzia nazionale per la cybersicurezza, nonché dei pareri resi dal Dipartimento per la programmazione economica (DIPE), che ha collaborato strettamente con il DTD in questa prima fase.

8. L'esame dei progetti di fattibilità presentati si è svolto secondo il seguente ordine:

a) in data 29 novembre 2021 è stata esaminata la proposta del costituendo RTI con a capo TIM S.p.A.;

b) in data 2 dicembre 2021 è stata valutata la proposta di Fastweb;

c) in data 3 dicembre 2021 si prendeva in esame la proposta del RTI composto da Aruba S.p.A. e Almaviva S.p.A.

9. Le appellanti riferiscono che la proposta avanzata dal costituendo RTI la cui mandataria era TIM S.p.A. è apparsa come la migliore, anche se l'Amministrazione procedente richiedeva comunque modifiche e integrazioni, onde assicurarne la perfetta aderenza al modello prefissato a livello normativo. Il progetto avanzato dal suddetto RTI costituendo è stato valutato come quello maggiormente adeguato alle esigenze perseguite soprattutto da un punto di vista tecnologico, nonché riguardo agli standard di sicurezza assicurati. La proposta avanzata da Fastweb, odierna

appellata, era invece giudicata come non sufficientemente completa e innovativa dal punto di vista tecnologico. Precisamente, essa era reputata carente di informazioni indispensabili per la valutazione dei rischi legati alla implementazione dei servizi richiesti, con possibili ricadute sul “rischio della domanda”. Distante rispetto al modello perseguito appariva poi l’ulteriore proposta del costituendo RTI formato da Almviva S.p.A. e Aruba S.p.A.

10. Alla luce di tutto quanto esposto, il DTD, con decreto n. 47/2021-PNRR del 27 dicembre 2021: a) ha dichiarato la fattibilità della proposta presentata dal RTI TIM nella versione, sostanzialmente e formalmente completa, modificata a seguito delle richieste formulate in sede di esame preliminare delle proposte spontaneamente avanzate;

b) ha approvato il medesimo progetto di fattibilità;

c) ha nominato l’RTI con a capo TIM S.p.A. “soggetto promotore” dell’opera da realizzare, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016.

11. A questo punto, il DTD si è avvalso della facoltà concessa dall’art. 11, comma 3-bis, del d.l. n. 77/2021, devolvendo a Difesa Servizi S.p.A., società interamente partecipata dal Ministero della difesa, il ruolo di centrale di committenza per l’aggiudicazione della concessione. Il relativo bando è stato spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. il 28 gennaio 2022, con avviso successivamente rettificato, anche in ordine al termine di scadenza per la presentazione delle offerte economiche e tecniche per la realizzazione dell’opera.

12. Una volta decorso il termine, risultavano come partecipanti alla procedura di gara due distinti RTI. Si trattava: del costituendo raggruppamento tra Fastweb S.p.A. (mandataria) e Aruba S.p.A. (mandante) (d’ora innanzi, per semplicità, anche “RTI Fastweb” o solo “Fastweb”); del costituendo raggruppamento con a capo TIM S.p.A., che vedeva, in posizione di mandanti, diverse altre società, quali Sogei S.p.A., Leonardo S.p.A. e C.D.P. Equity S.p.A.

13. Con nota del 22 giugno 2022, Difesa Servizi S.p.A. ha comunicato il

provvedimento di aggiudicazione a favore del primo degli elencati raggruppamenti. Nel termine di quindici giorni, dettato dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, l'altro raggruppamento ha esercitato il diritto di prelazione, spettante in ragione della sua qualità di soggetto promotore, con assunzione dell'impegno a rispettare le condizioni tecniche ed economiche offerte dal raggruppamento risultato aggiudicatario. La stazione appaltante ha quindi adottato una seconda determina, l'ultima in ordine cronologico, con la quale ha disposto l'aggiudicazione in favore del RTI prelazionario.

14. Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. hanno impugnato dinanzi al TAR Lazio, sotto diversi profili e con istanze cautelari, diversi atti e provvedimenti delle amministrazioni procedenti. Il TAR Lazio ha respinto la prima istanza cautelare delle società ricorrenti (formulata in relazione al ricorso originario e ai primi motivi aggiunti) con ordinanza n. 4993/2022, confermata con ordinanza n. 4039/2022 dal Consiglio di Stato.

15. Nelle more della definizione della fase cautelare, non essendo stati sospesi i provvedimenti impugnati, il DTD ha sottoscritto in data 24 agosto 2022 la convenzione di concessione con la società Polo Strategico Nazionale S.p.A. ("PSN S.p.A."), società di progetto costituita tra Tim S.p.A., Leonardo S.p.A., SOGEI S.p.A. e CDP Equity S.p.A.

16. All'esito del giudizio di primo grado, il TAR Lazio ha respinto, o dichiarato inammissibili o improcedibili, la maggior parte delle doglianze delle società ricorrenti, come pure il ricorso incidentale delle società controinteressate. Il TAR ha invece accolto il secondo e il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti presentato dalle odierne appellate.

17. Secondo il TAR, *“l'accoglimento delle due censure fin qui scrutinate è sufficiente a far emergere l'inammissibilità dell'offerta presentata dal RTI TIM nella seconda fase della procedura”*, rilevando che, *“secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza, il diritto di prelazione del «promotore», nell'ambito della*

*procedura della finanza di progetto di cui all'articolo 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici, spetta esclusivamente «se il promotore non risulta aggiudicatario»», e che “tale diritto è quindi implicitamente subordinato alla presentazione, da parte dell'operatore, di un'offerta ammissibile, effettivamente comparata con le altre e collocata nella graduatoria finale in una posizione diversa dalla prima (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; Id., 5 dicembre 2022, n. 10627)”, derivandone pertanto “l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore del RTI TIM, atteso che l'operatore, dovendo essere escluso dalla gara, non avrebbe potuto esercitare la prelazione”.*

18. Respinta la domanda delle società ricorrenti di subentro nel contratto di concessione in luogo dell'originario RTI aggiudicatario, la sentenza ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per equivalente in favore di Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. La sentenza ha escluso la riconoscibilità degli ulteriori danni indiretti, in quanto non provati nell'*an* e ha disposto verifica al fine della quantificazione e dell'attualizzazione del danno risarcibile, da individuare in misura corrispondente al trentacinque per cento degli utili non percepiti dalle ricorrenti durante il periodo di durata della commessa.

19. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della difesa, il Ministero dell'economia e delle Finanze, e Difesa Servizi S.P.A. hanno chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi così rubricati: *‘1. Natura di “requisiti di esecuzione” delle prescrizioni del progetto di fattibilità relative alla distanza tra le due Region di collocazione dei Data center (DC) e alla classificazione sismica della zona in cui siano collocati i medesimi DC – Violazione della lex specialis – Violazione dell'articolo 83 del D. Lgs. n. 50/2016; 2. Sulla distanza tra le due Region di Data center – Violazione della lex specialis; 3. Sul rispetto della prescrizione concernente il livello di rischio sismico dell'area di collocamento di ciascun DC – Violazione della lex specialis – Violazione della O.P.C.M. n. 3519 del 2006 – Falsa applicazione della delibera della Giunta*

*regionale della Regione Lazio n. 387 del 2009; 4. Sul risarcimento del danno – Violazione degli articoli 1226 e 2043 cod. civ.”.*

20. Hanno resistito al gravame, Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. che hanno proposto anche appello incidentale alla stregua dei motivi così rubricati: “A. *Sul risarcimento del danno Eccesso di potere giurisdizionale, illogicità irragionevolezza, difetto di motivazione nella parte in cui il TAR non ha accolto integralmente l’istanza risarcitoria proposta da Fastweb e da Aruba e riconosciuto tutte le voci di danno; B. Sull’ammissibilità dell’offerta dell’RTI TIM. I Eccesso di potere giurisdizionale nella parte in cui non sono stati accolti il primo, il secondo, il terzo motivo del ricorso introduttivo, come integrato dalla memoria notificata del 22 luglio 2022; II Inammissibilità dell’offerta dell’RTI Telecom Italia. Violazione e falsa applicazione dell’art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 16 e 20 del Disciplinare di Gara. Violazione e falsa applicazione del par. 5.1 e 5.1.1 del Capitolato tecnico (Progetto di fattibilità dell’RTI TIM posto a base di gara). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e manifesta illogicità; III. Inammissibilità dell’offerta dell’RTI Telecom Italia. Violazione e falsa applicazione dell’art. 5, comma 6 dello Schema di Convenzione, così come integrato dall’addendum allo Schema di Convenzione, e dell’art. 11 dello Schema di Convenzione. Violazione e falsa applicazione del chiarimento 1.13 delle FAQ 3. Violazione e falsa applicazione della Decisione di esecuzione (UE) 2020/1105 del Consiglio dell’Unione Europea. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento e irragionevolezza; C. Sull’esercizio del diritto di prelazione e conseguente stipula della convenzione; D. Eccesso di potere giurisdizionale nella parte in cui il ricorso incidentale (a valore anche come ricorso autonomo) di TIM è stato ritenuto ammissibile, ancorché solo come ricorso incidentale. Eccesso di potere giurisdizionale nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sul ricorso per motivi aggiunti notificati in data 2 agosto 2022”.*

21. Si sono costituiti in giudizio Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia

S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A. chiedendo l'accoglimento del ricorso in appello principale proposto dalle amministrazioni appellanti e proponendo altresì ricorso in appello incidentale a valere anche come appello autonomo affidato ai seguenti motivi così rubricati: *“PRIMO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, accogliendo l'eccezione delle controparti, ha ritenuto l'acquiescenza del RTI TIM rispetto all'aggiudicazione a favore del RTI Fastweb (punto 8 in diritto della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione dell'art. 183 del Codice. Violazione e falsa applicazione dell'art. 329 c.p.c. Violazione degli artt. 24 e 113 Cost.; SECONDO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il primo motivo di ricorso incidentale (punto 9 in diritto della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione degli artt. 17, 18 e 20 del Disciplinare e del chiarimento n. 1.30. Violazione e falsa applicazione del principio di determinatezza dell'offerta e dell'art. 183 del Codice. Violazione e falsa applicazione dei principi in materia di interpretazione degli atti di gara. Travisamento di fatti, difetto e illogicità della motivazione; TERZO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il secondo motivo di ricorso incidentale (punto 10 in diritto della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del Codice e dell'art. 12 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dei principi di segretezza dell'offerta economica e di separazione tra offerta tecnica ed economica. Illogicità e difetto di motivazione. Travisamento di fatti. QUARTO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il terzo motivo di ricorso incidentale (punto 11 della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione dell'art. 183 del Codice e degli artt. 1, 16 e 20 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione del paragrafo 5.1. del Progetto di Fattibilità. Travisamento di fatti. Difetto, illogicità e contraddittorietà della motivazione; QUINTO MOTIVO DI*

*APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il quarto motivo di ricorso incidentale (punto 12 in diritto della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione dell'art. 183 del Codice. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 17 e 20 del Disciplinare. Illogicità, contraddittorietà e difetto di motivazione. Travisamento di fatti; SESTO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in procedendo. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha dichiarato l'inammissibilità – in toto – del ricorso introduttivo e dei relativi motivi aggiunti del RTI Fastweb. Violazione e falsa applicazione dei principi in materia di ordine di trattazione dei motivi di ricorso. La sentenza impugnata è errata poiché il giudice di prime cure avrebbe dovuto accogliere il ricorso incidentale del RTI TIM e, per l'effetto, dichiarare inammissibile il ricorso principale del RTI Fastweb, stante il carattere paralizzante del ricorso incidentale; SETTIMO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022 presentato dal RTI Fastweb, nella parte concernente la distanza minima tra Region (punto 4 in diritto della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione dell'art. 183 del Codice. Violazione e falsa applicazione del paragrafo 5.1. del Progetto di Fattibilità. Violazione e falsa applicazione dei criteri ermeneutici in materia di interpretazione degli atti di gara. Contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione. Travisamento di fatti; OTTAVO MOTIVO DI APPELLO INCIDENTALE: error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022 presentato dal RTI Fastweb, nella parte concernente la conformità sismica del DC di Pomezia (punto 4 in diritto della sentenza impugnata). Violazione e falsa applicazione dell'art. 183 del Codice. Violazione e falsa applicazione del paragrafo 5.1.1. del Progetto di Fattibilità. Violazione e falsa applicazione dei criteri ermeneutici in materia di interpretazione degli atti di gara.*

*Contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione. Travisamento di fatti”.*

22. Alla udienza pubblica del 21 settembre 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

23. Le argomentazioni delle amministrazioni appellanti necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

24. Con il primo motivo le appellanti argomentano come segue.

24.1. La sentenza impugnata sarebbe censurabile, anzitutto, nella misura in cui ha ricollegato un effetto di inammissibilità dell’offerta, e quindi di esclusione dalla procedura, alla inosservanza di due prescrizioni del progetto di fattibilità posto a base di gara, quali quelle concernenti la distanza tra le due *Region* di *Data center* (DC) e la classificazione sismica delle aree di collocamento dei medesimi DC, che sarebbero qualificabili come “requisiti di esecuzione” e non come “requisiti di partecipazione”.

24.2. Verrebbero in rilievo due indicazioni tecniche contenute nel Progetto di fattibilità posto a base di gara, allegato al Disciplinare che recitano: - *“Le due Region saranno geograficamente posizionate ad una distanza tale da consentire la realizzazione di tutti i servizi di Disaster Recovery in maniera efficace. Nello specifico esse saranno ubicate ad una distanza minima di 500 Km all’interno del territorio nazionale in aree con condizioni di rischio diverse tra loro»* (v. pag. 126, punto 5.1 del progetto di fattibilità); - *“I Data Center saranno posizionati in aree di rischio sismico classificate come zona non inferiore alla zona 3 secondo il DM 58 del 2017. Per quanto attiene al rischio idrogeologico, le strutture sono presenti in aree a basso rischio. Nel caso in cui l’area presenti potenziali rischi, sarà data evidenza di tutte le azioni correttive adottate al fine di gestire e superare le eventuali criticità”.*

24.3. Emergerebbe, dalla lettura delle indicazioni sopra riprodotte, che:

a) le prescrizioni non si configurano quali criteri di qualificazione tecnica dell'offerente, intesi nel senso di cui all'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici;

b) non si individua un aspetto dell'offerta sottoposto a immediata valutazione ad opera della stazione appaltante, come conferma il fatto che il disciplinare di gara (di cui il Progetto di fattibilità rappresenta un allegato) non ricollega agli elementi in discorso, e quindi all'ubicazione dei *Data center* e alla distanza tra le rispettive *Region*, alcuno specifico punteggio o valutazione di conformità dell'offerta.

24.4. La ricostruzione sin qui fornita troverebbe conferma nella stessa sentenza impugnata, la quale, nel rigettare un motivo di ricorso incidentale promosso dal RTI TIM, ha osservato quanto di seguito si riporta: *«Ne deriva, come pure già ricordato, che i partecipanti erano tenuti in sede di gara a indicare unicamente i Comuni nei quali intendevano collocare i data center, impegnandosi ad assicurare il rispetto di tutte le prescrizioni di sicurezza stabilite. Non era richiesta la comunicazione dell'esatta ubicazione dei data center, e neppure la specificazione di altre caratteristiche delle infrastrutture, né tanto meno era prescritto di indicare il relativo stato realizzativo, atteso che non era previsto che i concorrenti si avvalessero di strutture già esistenti, bensì che le realizzassero a seguito dell'affidamento della commessa. Del resto, una diversa interpretazione della disciplina della procedura (ossia nel senso di specificare esattamente già in sede di gara lo stato realizzativo dei data center) condurrebbe ad attribuire alla lex specialis una portata potenzialmente anticoncorrenziale, ed è quindi da respingere»*. Non potrebbe ricollegarsi al mancato rispetto delle condizioni in tema di distanza tra le *Region* di DC e di livello di rischio sismico delle aree di collocamento dei medesimi DC un effetto di esclusione dalla gara, nel momento in cui si ammette che non vi era, per i concorrenti, alcun onere di indicare la precisa ubicazione dei DC, dovendo questi limitarsi a indicare, anche sulla scorta del Vademecum allegato sub n. 1 al disciplinare di gara, unicamente i Comuni in cui i DC sarebbero stati collocati.

24.5. In conclusione, le due prescrizioni tecniche qualificate dal TAR come requisiti di partecipazione alla gara si porrebbero come meri requisiti di esecuzione della corrispondente commessa, come tali insuscettibili di determinare l'effetto escludente che è stato loro riconnesso in violazione della *lex specialis* e dell'articolo 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici.

25. Con il secondo motivo le appellanti argomentano come segue.

25.1. Nell'ipotesi in cui il primo motivo non dovesse trovare accoglimento, in ogni caso, le indicazioni tecniche contenute nel progetto di fattibilità posto a base di gara, sarebbero state rispettate dall'offerta tecnica del RTI TIM. Il discorso vale anzitutto per il requisito della distanza minima, pari a 500 Km, tra le due *Region* di collocazione dei DC.

25.2. Il TAR, ha ritenuto che le distanze tra il DC di Rozzano, collocato nella "*Region Nord*", e ciascuno dei DC della "*Region Sud*", nonché la distanza tra il DC di Santo Stefano al Ticino ("*Region Nord*") e il DC di Acilia ("*Region Sud*"), sarebbero tutte inferiori alla soglia minima di 500 Km, con conseguenziale inammissibilità dell'offerta del RTI TIM. Ciò, sull'assunto che tale distanza andrebbe calcolata "in linea d'aria" e non come "distanza percorsa su strada", per muoversi da un DC a un altro. A favorire questa interpretazione militerebbe il riferimento alla nozione di "distanza geografica", nonché la strumentalità dell'obbligo in questione ad assicurare la piena efficienza dei servizi di "*Disaster Recovery*", nell'ipotesi in cui una delle due *Region* sia colpita da un evento calamitoso tale da comprometterne o impedirne del tutto il normale funzionamento.

25.3. Nell'ipotesi in cui ha inteso riferirsi a una distanza in linea d'aria, la *lex specialis* lo ha fatto esplicitamente. Nel punto 5.1 del progetto di fattibilità a base di gara può leggersi che "*i 4 Data Center saranno allestiti in doppia Region (2 DC + 2 DC), la singola Region avrà i due diversi Data Center distanti almeno 5 Km in linea d'aria e non più di 60 Km di distanza in fibra (...)*".

25.4. Occorrerebbe poi soffermarsi su un aspetto trascurato dal TAR: la previsione

del progetto di fattibilità riferisce la distanza minima richiesta ai concorrenti non a ciascuna coppia di DC collocati in differenti *Region*, ma unicamente alle *Region* stesse. Dal momento che le *Region* si compongono ciascuna di due DC geograficamente collocati in punti diversi, vi sono astrattamente due modi alternativi di calcolare la distanza in questione:

- a) il primo fa coincidere tale distanza con quella massima registrabile tra un DC di una *Region* e un DC dell'altra *Region*;
- b) il secondo fa invece coincidere la medesima distanza con quella minima a sua volta rilevabile tra un DC di una *Region* e un DC dell'altra *Region*.

25.5. La scelta tra l'una e l'altra opzione, in assenza di indici testuali univoci, dovrebbe fondarsi sul medesimo criterio finalistico messo in risalto dal TAR, vale a dire l'esigenza di assicurare la efficiente e proficua realizzazione dei servizi di *Disaster Recovery*, nel caso in cui una delle due *Region* sia colpita da un evento calamitoso.

25.6. La definizione del servizio in discorso sembra potersi ricavare dal punto 2.5.2. del progetto di fattibilità in esame, nel quale può leggersi quanto segue: *“Il Disaster Recovery “as-a-Service” (DRaaS) è il servizio di cloud computing che consente il ripristino dei dati e dell'infrastruttura IT di un ambiente completo di sistemi e relativi dati. Ciò consente di ripristinare l'accesso e la funzionalità dell'infrastruttura IT dopo un evento disastroso. Il modello as-a-service prevede che l'amministrazione stessa non debba essere proprietaria di tutte le risorse né occuparsi di tutta la gestione per il Disaster Recovery, affidandosi al service provider per un servizio completamente gestito. La pianificazione del Disaster Recovery è fondamentale per la Business Continuity (cfr. “Specificazione caratteristiche del servizio e della gestione”). Il DRaaS si basa sulla replica e sull'hosting dei server in on site del PSN diverso rispetto all'ubicazione primaria. Il PSN implementa un piano di Disaster Recovery in caso di evento disastroso che causa l'indisponibilità del servizio un cliente”*.

25.7. Ciò che conterebbe, al fine di poter implementare il servizio in discorso, è che

almeno un sito del PSN continui a risultare operativo. In altri termini, se la funzionalità di una delle due *Region* dovesse venire meno, sarebbe sufficiente che continuasse a funzionare almeno uno dei DC inseriti nell'altra *Region*.

25.8. La distanza tra le due *Region* andrebbe intesa come distanza massima tra un DC dell'una e un DC dell'altra. Tale distanza coincide con quella riscontrabile tra il DC di Santo Stefano al Ticino, collocato nella *Region* Nord, e il DC di Pomezia, collocato nella *Region* Sud. Tale distanza, come per l'appunto riconosciuto dalla sentenza resa all'esito del primo grado di giudizio, è pari a 513 Km, risultando quindi pienamente rispettato il requisito tecnico di cui si discorre. Sarebbe poi improprio l'assunto secondo cui una distanza "in linea d'aria" inferiore a 500 Km, anche tra due soltanto dei DC appartenenti a differenti *Region*, non varrebbe a garantire l'efficace espletamento dei suddetti servizi di "*Disaster Recovery*". Sarebbe evidente che simili servizi, essendo assicurati tramite soluzioni *cloud*, possono trovare realizzazione tra DC collocati a una "distanza stradale" non inferiore a 500 Km. Né, del resto, è stata fornita prova contraria.

26. Con il terzo motivo le appellanti argomentano come segue.

26.1. Con riguardo all'ulteriore profilo di accoglimento dei motivi di ricorso di Fastweb e Aruba, la sentenza del TAR ha rilevato che il DC di Pomezia, indicato nell'offerta del RTI TIM, sarebbe collocato all'interno di un'area classificata, sul piano del "rischio sismico", come area di livello 2B, dunque inferiore al livello minimo, pari a 3, richiesto dal progetto di fattibilità posto a base di gara. A nulla varrebbe, secondo il TAR, la previsione, pure inserita al punto 5.1.1. del nominato progetto di fattibilità, che consente all'offerente di predisporre azioni correttive a fronte di "rischi" superiori a quelli ammessi. Simili misure correttive si riferirebbero infatti, testualmente ancor prima che giuridicamente, al diverso rischio idrogeologico, sintatticamente contenuto in un periodo verbale collocato subito prima.

Tali argomentazioni non sarebbero condivisibili.

26.2. Il progetto di fattibilità posto a base di gara fa riferimento alla classificazione sismica dell'area sulla quale sorge un determinato DC, richiamando il D.M. Infrastrutture e Trasporti n. 58/2017, il quale, come ha riconosciuto anche il TAR, ha invece ad oggetto la classificazione, dal punto di vista della sicurezza sismica, degli edifici.

26.3. Si tratterebbe di una imprecisione riconducibile al "soggetto promotore", e quindi al RTI TIM, che, in quanto tale, ha predisposto e sottoposto all'Amministrazione procedente il progetto di fattibilità e l'ulteriore documentazione posti a base della procedura di gara. Nel dettaglio, pur essendo indubbio che la classificazione secondo la numerazione cardinale riguarda solo le aree, e non anche gli edifici, il contemporaneo riferimento a un decreto ministeriale che, per l'appunto, si occupa della sicurezza sismica degli edifici non potrebbe non ritenersi foriero di incertezza per gli offerenti.

26.4. Ne consegue che, ove la stazione appaltante - nel caso di specie coincidente con la centrale di committenza Difesa Servizi S.p.A. - avesse fatto discendere dalla prescrizione in discorso un effetto di esclusione di uno dei concorrenti dalla procedura di gara sarebbe incorsa in una violazione del principio di leale collaborazione tra amministrazione e privati amministrati, sancito espressamente dall'art. 1, comma 2-bis, della Legge n. 241/1990.

26.5. Le appellanti, sulla base di una relazione tecnica allegata al ricorso in appello espongono le seguenti considerazioni.

26.5.1. In primo luogo, la suddivisione del territorio nazionale in aree aventi una diversa classificazione sismica non è legata tanto al maggiore o minore "rischio sismico". Questa grandezza viene infatti a dipendere da una serie di variabili, quali soprattutto la "pericolosità sismica" dell'area di sedime e la "vulnerabilità sismica" delle costruzioni che su di essa insistono, che possono combinarsi tra loro in vario modo, comportando situazioni alquanto variegate anche all'interno di una medesima area, con livello di qualificazione uniforme. La predetta classificazione è dunque volta a fissare delle regole tecniche da seguire nella realizzazione delle

costruzioni, le quali tengono conto non del “rischio sismico”, bensì del tipo di materiale, e in specie del tipo di rocce, da cui un dato terreno risulta essere costituito; ciò poiché il materiale in discorso incide sulla “accelerazione orizzontale” di un’eventuale scossa sismica e, quindi, sulla intensità e sulla velocità con le quali essa tende a propagarsi. Pertanto, non risponderebbe al vero l’affermazione, contenuta nella sentenza di primo grado, secondo cui il collocamento del DC di Pomezia in un’area classificata come 2B implicherebbe una maggiore esposizione a eventi sismici potenzialmente disastrosi.

26.5.2. All’area di Pomezia, seguendo i criteri di classificazione dettati, in via generale, dalla O.P.C.M. n. 3519 del 2006 (di seguito: Ordinanza n. 3519/2006), richiamata anche dal Giudice di prime cure, dovrebbe attribuirsi un valore di classificazione pari a 3. Solo per ragioni prudenziali, legate, ancora una volta, più all’imposizione di stringenti regole tecniche nella realizzazione delle costruzioni che al riscontro di un maggiore rischio sismico, la Regione Lazio ha deciso di assumere dei valori di riferimento “pessimistici”. Pertanto, a differenza di quanto sostenuto dal TAR, il collocamento di un determinato DC in un’area con un livello di classificazione inferiore a 3 non basterebbe a pregiudicare l’obiettivo sotteso alla prescrizione tecnica qui analizzata, per l’appunto consistente nella riduzione a valori accettabili del “rischio sismico”.

26.6. Anche a voler accedere a una interpretazione letterale della prescrizione tecnica in esame, si dovrebbe ritenere che l’unica classificazione suscettibile di assumere rilevanza sarebbe quella direttamente fondata sull’atto generale, valido per l’intero territorio nazionale, coincidente con la predetta Ordinanza n. 3519/2006 della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Detta ordinanza, all’art. 1, comma 1, stabilisce che «... ai fini dell’individuazione delle zone sismiche e della formazione e dell’aggiornamento degli elenchi delle medesime zone sono approvati i criteri generali e la mappa di pericolosità sismica di riferimento a scala nazionale, di cui all’allegato 1 alla presente ordinanza».

26.7. Impiegando i criteri generali richiamati, il sito di Pomezia si collocherebbe in un'area con livello di classificazione pari a 3. Le appellanti avevano sostenuto, nel corso del giudizio di primo grado, la mancanza di prova in ordine all'esatta classificazione dell'area su cui sorge il DC di Pomezia, nonché la necessità di rifarsi direttamente ai parametri nazionali e non alla loro specifica declinazione ad opera delle singole Regioni, sulla scorta di criteri e obiettivi non sempre tra loro sovrapponibili. Tali argomenti non sarebbero stati considerati dal TAR.

26.8. Il TAR avrebbe erroneamente ritenuto che il Comune di Pomezia rientri in un territorio che ricade in "*zona classificata a sismicità 2B sin dal 2009*", fondando tale assunto sulla delibera della Giunta regionale della Regione Lazio n. 387 del 22 maggio 2009, che non è in alcun modo richiamata dalla legge di gara.

26.9. La DGR n. 387/2009 non prevede l'istituzione di zone sismiche, bensì di "*sottozone sismiche*", e tale previsione è avvenuta secondo criteri diversi rispetto a quelli contenuti nella carta di pericolosità sismica nazionale di cui all'Ordinanza n. 3519/2016, nonché a fini cautelativi e comunque, come espressamente previsto dalle premesse della stessa DGR, soltanto a "*fini pianificatori per l'esecuzione degli studi di Microzonazione Sismica*".

26.10. La classificazione del sito di Pomezia in zona 2B, per come risultante dalla DGR n. 387/2009, si fonderebbe dunque su considerazioni di opportunità pratica, se non apertamente politiche, lungi dall'esprimere una valutazione strettamente tecnico-scientifica del "rischio sismico" riferibile ai singoli DC. In altri termini, la collocazione del sito di Pomezia nella sottozona sismica 2B potrebbe ritenersi rilevante ai soli fini della pianificazione edilizia e urbanistica regionale, non potendo incidere sulla classificazione statale della "pericolosità sismica" delle diverse aree in cui viene a essere suddiviso il territorio, l'unica che assumerebbe rilevanza alla stregua dell'esaminata *lex specialis* di gara.

26.11. Occorrerebbe poi soffermarsi sull'ultima frase della previsione contenuta nel punto 5.1.1 del requisito in discorso, il quale contempla la possibilità, per l'offerente, di assumere "azioni correttive" di rischi superiori a quelli altrimenti

consentiti.

26.12. Non sarebbe condivisibile la tesi, sostenuta dal TAR, secondo cui queste “azioni correttive” potrebbero riferirsi unicamente al rischio idrogeologico, la cui menzione precede la frase sopra richiamata. Una simile lettura sarebbe infondata dal punto di vista testuale e dal punto di vista sostanziale e teleologico:

a) per ciò che concerne il primo aspetto, non soltanto non vi sarebbero elementi semantici o sintattici idonei a confermare la tesi criticata, ma anzi, il riferimento indeterminato ai “rischi”, al plurale, sembrerebbe ricomprendere tanto il rischio sismico quanto il rischio idrogeologico, di cui fanno menzione i due periodi verbali precedenti;

b) riguardo al secondo aspetto, le considerazioni sopra esposte riguardo all’erroneità della prospettiva che ricollegghi il “rischio sismico” alle sole caratteristiche dell’area di sedime di un certo edificio, risultando tale rischio, piuttosto, dalla combinazione di diversi valori, alcuni dei quali attengono alle caratteristiche strutturali dell’edificio considerato, inducono a soffermare l’attenzione proprio sulle misure poste in essere al fine di assicurare, a prescindere dalla astratta pericolosità dell’area, la concreta sicurezza dell’edificio considerato.

26.13. Non potrebbe neppure sostenersi che il concorrente fosse tenuto a dare conto delle azioni correttive intraprese già in sede di gara: previsioni in tal senso non si rinvencono né nel disciplinare di gara, né nell’allegato Vademecum; piuttosto, risulterebbe confermato l’assunto secondo cui si sarebbe dinanzi a un requisito di esecuzione della commessa, la prova del cui rispetto dovrebbe pertanto essere fornita in sede di esecuzione contrattuale, pena, eventualmente, la risoluzione del contratto stipulato.

27. Anche i motivi di appello incidentale proposti da Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. sull’ammissibilità dell’offerta dell’RTI TIM (sub “B”) necessitano di essere sintetizzati.

28. Con i primi tre motivi del ricorso introduttivo era stato eccepito che l’offerta

dell'RTI TIM avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile per avere, Sogei, organismo di diritto pubblico e società *in house* del MEF, scelto il partner privato Telecom Italia (e Leonardo) dell'RTI e della futura società di progetto (la costituzione della quale era prevista in termini di obbligatorietà dal disciplinare di gara) senza rispettare le pertinenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici, della legge 241/90 e del T.U. n. 175/16. Il contratto associativo tra Sogei e TIM, finalizzato alla costituzione di una società di progetto, avrebbe dovuto essere dichiarato nullo perché stipulato: senza seguire l'*iter* autorizzativo descritto dal TUSP e senza avviare preliminarmente una procedura di selezione del/i socio/i privato/i, come richiesto dalle disposizioni prima citate. Di conseguenza, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile l'offerta dell'RTI TIM, in quanto, da un lato, subordinata e condizionata ad eventi futuri e incerti quali sono le delibere di approvazione e controllo previste dagli articoli del TUSP, e, dall'altro lato, in quanto trattasi di offerta non eseguibile ovvero l'esecuzione della quale determinerebbe una violazione di norme imperative (quali sono quelle che prevedono l'onere della evidenza pubblica e la tutela della concorrenza).

28.1. Con il primo motivo del ricorso (da pagina 13 a pag. 20), era stata eccepita la violazione, a pena di nullità dei contratti associativi stipulati in deroga, dell'articolo 5, commi 1 e 3, articolo 7, commi 1, 5, e 6, articolo 8, commi 1 e 2. L'offerta dell'RTI TIM risultava dunque condizionata al buon esito dell'*iter* autorizzativo previsto dalle norme citate e che al momento della presentazione non risultava fosse stato avviato e regolarmente espletato. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo (da pagina 20 a pag. 22), era stata eccepita (in termini di invalidità e nullità) la violazione del principio dell'evidenza pubblica e della tutela della concorrenza essendo il contratto di RTI un contratto in grado di generare una utilità per il privato prescelto (articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, articoli 101 e 109 del TFUE). La sua stipula avrebbe dovuto essere preceduta da un, anche semplificato, confronto competitivo. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo (da pag. 22 a pag. 24), era stata eccepita la violazione:

a) dell'art. 3 del R.D. n. 2440/23, che dispone che tutti i contratti dai quali deriva una entrata o una spesa per lo Stato devono essere preceduti da una procedura ad evidenza pubblica tra i diversi concorrenti, per l'assegnazione del contratto a chi fa l'offerta più vantaggiosa;

b) dell'art. 1, comma 1, della legge 241/90, che prescrive che l'azione amministrativa è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza;

c) dell'articolo 12 della medesima legge che dispone che l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere è subordinata alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni devono attenersi.

In particolare, si era sostenuta l'applicabilità delle disposizioni richiamate anche a Sogei, in quanto, società *in house* del MEF.

28.2. Il TAR ha esaminato tali motivi alle pagine da 40 a 46 della sentenza appellata. Ha ritenuto che i motivi fossero anzitutto tardivi. Si legge a pag. 40 che un eventuale vizio attinente alle modalità di partecipazione alla gara dell'RTI TIM avrebbe dovuto essere fatto valere avverso il provvedimento conclusivo della prima fase volta alla selezione del soggetto promotore essendosi le procedure interne alle società partecipanti all'RTI TIM svoltesi prima della presentazione della proposta nell'ambito della prima fase della procedura. Li ha ritenuti comunque infondati nel merito.

Ha ritenuto non applicabili al caso di specie le previsioni del TUSP alla luce di quel che dispone l'articolo 7-bis, comma 5, del decreto legge n. 80/21 che avrebbe espressamente autorizzato Sogei alla costituzione di società per la realizzazione dei progetti di trasformazione digitale del PNRR affidati alla medesima società. Tale autorizzazione legislativa, avente carattere di norma speciale, prevarrebbe sulle disposizioni generali del TUSP, che, in ogni caso, all'art. 5 prevede che le disposizioni del medesimo TUSP non operino nei casi in cui la costituzione di una

società o l'acquisto di una partecipazione avvenga in conformità a espresse previsioni legislative. Ha, inoltre, ritenuto che le disposizioni del TUSP, essendo finalizzate alla tutela della concorrenza del mercato, non possano trovare applicazione per le società di progetto, in quanto quest'ultima può svolgere solo e unicamente l'attività che le è stata affidata. Conseguentemente, una volta ammesso che una società pubblica possa partecipare ad una procedura di gara, tale partecipazione implica necessariamente la possibilità, in caso di esito positivo della procedura, di costituire la società di progetto prevista dal bando al solo fine della esecuzione della commessa. Ha infine ritenuto che i contratti associativi, anche se finalizzati alla costituzione di una società, non siano assoggettati all'obbligo della evidenza pubblica derivando da esso unicamente diritti e obblighi inerenti alla partecipazione alla società. La fonte della entrata non sarebbe rinvenibile nel contratto, ma nella commessa affidata alla società di progetto.

28.3. Su questo punto, nella sentenza si legge che le ricorrenti in primo grado non avrebbero indicato alcuna norma da cui possa evincersi l'obbligo per le società pubbliche, in vista della costituzione di un RTI per la partecipazione ad una gara pubblica, di selezionare mediante evidenza pubblica l'operatore privato partecipante all'RTI. Tale onere non sarebbe evincibile dai principi generali atteso che la tutela della concorrenza è assicurata dallo svolgimento di una apposita gara per l'aggiudicazione della commessa. Si aggiunge anche che esso renderebbe praticamente impossibile alle società pubbliche la partecipazione alle gare in quanto i tempi della selezione del partner privato sarebbero incompatibili con quelli delle gare.

28.4. Secondo le appellanti incidentali, le considerazioni del TAR sarebbero erranee.

28.5. I motivi di ricorso non sarebbero tardivi per la semplice ragione che non sussisteva alcun obbligo normativo per l'RTI TIM (promotore) di partecipare alla seconda fase della procedura di gara presentando un'offerta e, soprattutto, di parteciparvi nella stessa veste e composizione soggettiva. L'RTI Telecom è stato

costituito con contratto del marzo 2022, atto che costituisce specifico oggetto della impugnativa e che non poteva essere impugnato al momento della dichiarazione di fattibilità, considerato che a quell'epoca non era ancora giuridicamente esistente. Fastweb non ha impugnato gli esiti della prima fase in quanto non aveva interesse ad assumere la veste di promotore. Aruba non aveva ad essa nemmeno partecipato, avendo Fastweb partecipato alla prima fase con altro operatore economico. Non avrebbe dunque avuto nemmeno titolo a contestarli. Le odierne appellanti incidentali non avevano pertanto alcun interesse a contestare la regolare composizione dell'RTI TIM in qualità di promotore. L'interesse delle odierne appellanti incidentali è sempre stato quello di vedersi aggiudicare la gara indetta ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici. Hanno quindi impugnato gli esiti di quest'ultima eccependo l'inammissibilità dell'offerta presentata, che è cosa diversa dalla ammissibilità del progetto posto a gara che non è stata infatti mai contestata in giudizio. Il riferimento alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2012 non sarebbe dunque pertinente in quanto essa si riferisce ad una fattispecie completamente diversa.

28.6. Nel caso esaminato dall'Adunanza Plenaria, il ricorrente aveva interesse a divenire promotore. L'Adunanza Plenaria ha quindi chiarito che tale interesse avrebbe dovuto essere fatto valere tempestivamente avverso il provvedimento con il quale l'amministrazione, concludendo la prima fase della procedura, ha indicato come promotore un operatore concorrente. È questo, infatti, il provvedimento che lede in maniera definitiva l'interesse ad assumere la qualifica di promotore e dunque a che il progetto presentato venga posto a base della gara che caratterizza la seconda fase della procedura descritta all'articolo 183 del Codice dei contratti pubblici. Nel caso in esame, invece, l'interesse perseguito da Fastweb e Aruba è sempre stato differente e cioè quello di essere aggiudicatari della gara a valle per poter eseguire la commessa. La lesione di questo interesse si è verificata nel momento in cui TIM ha deciso di esercitare la prelazione, divenendo così per legge

l'aggiudicatario finale. L'esercizio della prelazione è una facoltà per il promotore, che quindi avrebbe anche potuto decidere di non accettare di eguagliare l'offerta di Fastweb. In tal caso, Fastweb e Aruba non avrebbero avuto alcun interesse alla impugnativa di nessun atto. Il vizio nella sostanza atterrebbe alla seconda fase della procedura e riguarderebbe un elemento pienamente enucleabile dalla prima fase. Sarebbe stato dunque tempestivamente censurato a valle della seconda fase, nel momento in cui la lesione si è concretizzata.

28.7. Fastweb e Aruba hanno contestato l'ammissibilità dell'offerta di TIM, anche sotto il profilo soggettivo, nel momento in cui TIM è divenuta aggiudicataria della gara. Questo sarebbe il momento in cui si è verificata la lesione dell'interesse all'aggiudicazione della gara. Le contestazioni, se fossero state sollevate prima, sarebbero state inammissibili in attesa della conclusione della procedura.

28.8. I motivi sarebbero altresì fondati nel merito. Sarebbe fondata, in particolare, la censura, trasversale a tutti e tre i motivi di ricorso, relativa alla violazione della evidenza pubblica, che viene riproposta in appello. L'evidenza pubblica per la scelta dell'operatore privato nell'ambito di un RTI e dunque del socio di una società di progetto da parte di una società pubblica, *in house* di una amministrazione statale, è necessaria. Non può avvenire in virtù di una trattativa privata. La stipula di un contratto associativo determina un vantaggio per il privato coinvolto, in termini reputazionali, in termini di messa a fattor comune di risorse organizzative ed economiche, in termini di vantaggio competitivo nell'assegnazione della gara. È principio pacifico che la pubblica amministrazione, nell'ambito della quale Sogei si ascrive indiscutibilmente, essendo una società soggetta al controllo analogo del MEF, non possa assegnare vantaggi di nessun tipo a privati senza esperire una procedura trasparente e in grado di tutelare la concorrenza.

28.9. Le appellanti incidentali richiamano l'articolo 7, comma 5, del TUSP che, in questa parte, non sarebbe stato derogato dall'articolo 7 *bis* del d.l. 80/21. E, tale previsione, non avrebbe derogato anche alla regola della evidenza pubblica che non è prevista solo nel TUSP ma anche nell'art. 3 del R.D. n. 2440/23, negli articoli 1 e

12 della legge 241/90, negli articoli 101 e 109 del TFUE, nell'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici. Si tratta di un principio immanente, di chiara derivazione europea (ad esempio, il considerando n. 31 della direttiva n. 24), del nostro ordinamento. Sogei è una società in *house* del MEF. Le società *in house* sono configurabili in termini sostanziali come organi delle amministrazioni controllanti, al controllo analogo delle quali sono soggette.

28.10. Avrebbe errato il TAR laddove ha affermato che la concorrenza sarebbe comunque salvaguardata dalla circostanza che la commessa è affidata tramite una procedura ad evidenza pubblica. La concorrenza sarebbe invece lesa nel momento in cui si assegna ad un privato, senza alcun preventivo confronto competitivo, il vantaggio di partecipare alla gara con una società pubblica. La possibilità di partecipare alla gara in RTI con un soggetto pubblico, sfruttando dunque le sinergie con tale soggetto, le sue risorse, la sua organizzazione, è un vantaggio in sé e per sé considerato, che avrebbe dovuto essere assegnato ad un privato previo confronto competitivo. TIM ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica sfruttando un vantaggio che ha acquisito in violazione di norme imperative e dunque in virtù di contratti nulli. La lesione di tale interesse si concretizza nel momento in cui l'RTI, costituitosi sulla base di atti nulli, si aggiudica la gara. È questo il momento in cui si verifica la lesione dell'interesse delle odierne appellanti, che, lo si ribadisce, è sempre stato unicamente quello di essere aggiudicatarie della commessa in esame. Sul punto, la sentenza quindi meriterebbe di essere riformata.

28.11. Avrebbe errato il TAR anche quando ha affermato che, se si applicasse l'obbligo della evidenza pubblica anche ai contratti associativi finalizzati alla partecipazione alle gare pubbliche, sarebbe impossibile per le società pubbliche partecipare alle gare vista la ristrettezza dei tempi. Sarebbe una affermazione senza riscontro normativo ed empirico. Ragioni di urgenza ben potrebbero giustificare una procedura negoziata *ex art.* 63 del Codice dei contratti pubblici. Senza considerare poi che nel caso in esame Sogei non ha deciso di costituire un RTI con

TIM in ragione della ristrettezza dei tempi, ma semplicemente perché ha ritenuto di poter avviare una trattativa privata con TIM, senza nemmeno spiegare le ragioni per le quali ha ritenuto che TIM fosse l'unico interlocutore possibile (circostanza quest'ultima che sarebbe smentita dai fatti posto che l'RTI Fastweb si è aggiudicato la procedura). La sentenza, anche su questo punto, sarebbe dunque errata.

28.12. La sentenza sarebbe errata anche nella parte in cui ha ritenuto che l'articolo 7 *bis* del d.l. 80/21 abbia autorizzato Sogei a costituire società ovvero a partecipare ad altre società in deroga alle disposizioni del TUSP. Una simile previsione avrebbe dovuto essere espressa. Le disposizioni del TUSP, peraltro, si applicano non solo a Sogei, ma anche al MEF che, per il tramite di Sogei, acquisisce partecipazioni indirette all'interno delle società costituite da Sogei ovvero nelle quali Sogei acquisisce una quota azionaria. Il TAR ritiene che, in ogni caso, le disposizioni del TUSP non si applicano alle società di progetto costituite per eseguire una commessa pubblica in ragione di quel che prevede l'art. 5 del TUSP e in ragione della circostanza che le società di progetto, potendo svolgere solo le attività oggetto della commessa, non altererebbe la concorrenza nel mercato di riferimento. Anche su questo punto il TAR sarebbe in errore.

28.13. La norma derogatoria di cui all'articolo 5 del TUSP fa riferimento ai casi in cui la costituzione di una società avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge. Essa si riferisce dunque ai casi (limitati e circoscritti) in cui la costituzione di una specifica società avvenga per espressa disposizione di legge e non in presenza di disposizioni di legge indeterminate e a contenuto aperto come è l'articolo 7 *bis* del d.l. 80/21 (che comunque non deroga alle norme del TUSP). Inoltre, le disposizioni del TUSP perseguono principalmente il fine di tutelare l'uso ordinato ed efficiente delle risorse pubbliche e, più in generale, ha l'intento di razionalizzare il sistema delle società pubbliche, al fine di evitare che vengano costituite società pubbliche al di fuori dei casi strettamente necessari. Nel caso in esame si sta discutendo di una società di progetto che gestirà - in un mercato in cui operano anche operatori privati - 900 milioni di euro di fondi pubblici per un

periodo di 15 anni. Affermare che essa non impatti sulla concorrenza sarebbe errato già in punto di fatto. La deroga di cui all'articolo 5 del TUSP non si applicherebbe alle società di progetto, alle quali, quindi, le regole del TUSP si dovrebbero applicare. Le società di progetto si costituiscono in conformità alla disciplina di gara e non in conformità a espresse disposizioni di legge. Il Codice dei contratti pubblici, sulla costituzione delle società di progetto rimanda alle previsioni della legge speciale di gara. Non vi sarebbe quindi nessuna ragione che giustifichi l'affermazione per la quale le società di progetto possano essere costituite in deroga alle disposizioni del TUSP.

28.14. Le appellanti proseguono nelle critiche alla sentenza argomentando nel modo seguente. Con il secondo atto di motivi aggiunti, notificato in data 3 settembre 2022, a seguito dell'analisi della documentazione trasmessa dalla stazione appaltante in data 13 luglio 2022, era stata contestata l'ammissibilità dell'offerta dell'RTI TIM per violazione della legge di gara e del progetto di fattibilità posto a base della procedura ad evidenza pubblica. Il TAR ha accolto solo due delle censure sollevate con il secondo motivo aggiunto, dichiarando assorbite le altre censure esposte sempre nel secondo motivo e nel terzo motivo aggiunto (da pag. 22 a pag. 31 dell'atto). Le censure in argomento, dopo essere state dichiarate assorbite e non scrutinate, sono state altresì dichiarate improcedibili, sul rilievo che, per effetto dell'accoglimento di altre censure, l'offerta del RTI TIM fosse già stata giudicata inammissibile. Di qui la sopravvenuta carenza di interesse dell'RTI Fastweb. Le appellanti affermano di avere interesse a che tali censure vengano scrutinate e respinte nell'ipotesi in cui venisse riformata la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto le censure del RTI Fastweb. La declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse *ex art. 35 c.p.a.* sarebbe erronea, posto che questa, in linea di principio, consegue esclusivamente ad una modificazione della situazione di fatto o di diritto esistente al momento della domanda, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, anche sotto un

profilo meramente strumentale. E non è collegabile, invece, al mero accoglimento di altra censura del medesimo ricorrente. Ipotesi questa nella quale, più correttamente, andrebbe pronunciato il mero assorbimento dei motivi non scrutinati. Le censure dichiarate improcedibili e comunque meramente assorbite e non scrutinate, vengono quindi riproposte per l'ipotesi in cui venisse riformata la sentenza nella parte in cui ha accolto le censure dell'RTI Fastweb. In tal caso, riviverebbero anche le altre contestazioni finalizzate a contestare l'ammissibilità dell'offerta dell'RTI Telecom.

29. Occorre ora sintetizzare il motivo (sub lettera "C") rubricato "*Sull'esercizio del diritto di prelazione e conseguente stipula della convenzione*".

29.1. La questione è stata trattata nel quarto motivo del ricorso introduttivo al TAR, nell'ultima censura sollevata con la memoria notificata del 22 luglio 2022, nel ricorso per motivi aggiunti del 2 agosto 2022, nel primo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022. Essa non è stata scrutinata dal TAR perché ritenuta da questo assorbita dall'accoglimento dei motivi volti a sostenere l'inammissibilità dell'offerta dell'RTI TIM. Le relative censure sono state dichiarate quindi improcedibili per effetto di tale accoglimento. RTI Fastweb lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato improcedibili tali censure. Il TAR, in questo caso, avrebbe dovuto scrutinarle al fine di accertare la violazione delle regole dell'evidenza pubblica e dunque l'eventuale applicabilità delle disposizioni di cui al comma 3 dell'art. 125 c.p.a., considerato che l'RTI Fastweb aveva presentato una formale istanza di subentro nel contratto. Con il quarto motivo del ricorso introduttivo e l'ultima censura della memoria notificata in data 22 luglio 2022 si era sostenuto che la prelazione non avrebbe potuto essere esercitata unicamente dalla mandataria non rientrando, l'esercizio della prelazione, tra i poteri della mandataria in ragione delle disposizioni del mandato collettivo, in ragione delle disposizioni di cui all'articolo 48 del Codice dei contratti pubblici e in ragione della natura stessa della prelazione con la quale, nella sostanza, l'RTI finisce per impegnarsi ad eseguire una offerta diversa da quella originaria (nel caso

di specie, poi, profondamente diversa dal punto di vista economico e della *governance*). La mandataria TIM con la prelazione si sarebbe impegnata a eseguire un'offerta che costituirebbe una ibridazione tra le offerte dell'RTI TIM e dell'RTI Fastweb. I poteri della mandataria, per quanto estesi essi siano *ex art.* 48 del Codice dei contratti pubblici, non potrebbero estendersi a impegnare l'RTI rappresentato ad eseguire una offerta del tutto diversa da quella offerta e scrutinata in gara. Parte appellante incidentale afferma che si deve intendere integralmente trascritto il ricorso introduttivo di primo grado da pag. 24 a pag. 26 e il punto n. 12 della memoria (del ricorso di primo grado) notificata in data 22 luglio 2022.

29.2. Con i motivi aggiunti del 2 agosto 2022 e il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022, integralmente trascritti, RTI Fastweb aveva sostenuto la violazione dell'articolo 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici in quanto TIM ha esercitato la prelazione senza tuttavia accettare integralmente di eseguire l'offerta dell'RTI Fastweb, ma anzi avendo ricevuto una espressa autorizzazione da parte della stazione appaltante a non eseguire l'offerta di Fastweb. La circostanza sarebbe pacifica e provata da documenti prodotti da TIM (21 e 22), da documenti prodotti dalla stazione appaltante (nota del 4 agosto 2022) e dal contenuto stesso della Convenzione sottoscritta, il cui oggetto sarebbe tecnicamente un ibrido dell'offerta di RTI TIM e dell'offerta di RTI Fastweb. L'articolo 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici prevede espressamente che il promotore può divenire aggiudicatario attraverso l'esercizio del diritto di prelazione a condizione che si impegni ad eguagliare l'offerta dell'aggiudicatario. L'accettazione dell'offerta dell'aggiudicatario deve essere piena e incondizionata. Nel caso in esame, TIM, prima di esercitare la prelazione, non solo avrebbe provato a chiedere all'amministrazione di annullare l'aggiudicazione disposta in favore di Fastweb, ma avrebbe anche dato espressamente atto di non essere in grado di eseguire la convenzione alle medesime condizioni contrattuali tecniche ed economiche dell'aggiudicatario originario perché giudicate non replicabili e chiesto

di conseguenza all'amministrazione di poter essere autorizzata a non eseguirle. Il documento con cui è stata formulata tale istanza è denominato "*Richiesta di chiarimenti in ordine all'esercizio del diritto di prelazione*".

29.3. TIM avrebbe esercitato la prelazione sulla condizione che la stazione appaltante avesse condiviso tale istanza. Lo si evincerebbe dalla nota del 29 giugno 2022 (doc. n. 24 del deposito di TIM) ove TIM nel chiedere conferma dell'orario entro cui avrebbe potuto esercitare la prelazione ha espressamente richiamato le proprie note del 25 e 27 giugno 2022. Testualmente si legge: "*con riferimento alla comunicazione del 22 giugno 2022 prot. 2403/2022\_22-06-2022 e, in particolare, con riferimento al termine di esercizio del diritto di prelazione spettante al sottoscritto RTI Promotore, impregiudicato quanto richiesto con proprie comunicazioni del 25 e 27 giugno u.s., si chiede di confermare che il termine attualmente fissato per il prossimo 7 luglio p.v. avrà scadenza alle ore 23:59 di tale giorno*".

29.4. In data 22 agosto 2022, in sede di accesso agli atti, Fastweb avrebbe acquisito la prova certa che TIM, prima dell'esercizio della prelazione, fosse stata autorizzata ad eseguire la convenzione in difformità all'offerta di Fastweb. Avrebbe acquisito una nota della stazione appaltante del 4 luglio (prot. n. 2538/22) con cui essa ha espressamente rassicurato TIM circa la possibilità di eseguire il contratto a condizioni in parte diverse da quelle offerte da Fastweb e Aruba. Tale nota, resa accessibile solo il 22 agosto 2022 (non compresa, come avrebbe invece dovuto, nell'accesso documentale del 13 luglio 2022) comproverebbe che TIM il 7 luglio 2022 avrebbe effettivamente esercitato la prelazione previa autorizzazione da parte della stazione appaltante a eseguire il contratto di concessione, alle condizioni economiche dell'aggiudicatario RTI Fastweb, ma a condizioni tecniche e normative differenti. Nella predetta nota si legge, infatti, che: "*Nel ribadire il contenuto dell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui: "se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire*

*aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario" si evidenzia che:*

- *si conferma il contenuto del disciplinare di gara ed in particolare il contenuto dell'Allegato 1 – “vademecum per il concorrente” contenente gli “elementi tecnici della proposta posta a confronto concorrenziale che possono essere modificati a condizione che le caratteristiche tecniche restino invariate”;*
- *eventuali soluzioni proprietarie, contenute nelle condizioni contrattuali offerte dall'aggiudicatario, potranno essere soddisfatte mediante soluzioni di carattere equivalente, nel rispetto dei principi di concorrenza e privata”.*

29.5. Il contenuto della Convenzione sottoscritta tra le parti cristallizzerebbe le circostanze di cui sopra, considerato, come si è detto, che essa includerebbe prestazioni previste nell'offerta di Fastweb e prestazioni proprie dell'offerta di TIM (entrambe le offerte sono parte dell'Annesso B alla convenzione). Non verrebbero richieste a TIM proprio tutte quelle prestazioni che il promotore, pur non sussistendo soluzioni proprietarie, secondo la propria convenienza non sarebbe in grado o non avrebbe la convenienza di replicare. Proprio quelle prestazioni che TIM aveva contestato nell'istanza 27 giugno 2022 e proprio quegli elementi dell'offerta per cui TIM ha censurato prima in sede stragiudiziale (istanza 25 giugno 2022, doc. 21 del deposito TIM del 26 luglio 2022) e poi con ricorso incidentale, ma a valere anche come autonomo del 22 luglio 2022. Il contenuto della Convenzione, delle singole clausole, viene esaminato e contestato nel dettaglio da pag. 9 a pag. 12 del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre.

29.6. Sarebbe emerso dunque in maniera documentata:

a) che le dinamiche di gara che l'RTI TIM ha posto in essere e la stazione appaltante ha avallato, con la sostanziale ibridazione delle due offerte tecniche e la sottoscrizione di una convenzione a condizioni tecniche diverse da quelle dell'aggiudicatario RTI Fastweb violerebbero l'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici, celerebbero un illegittimo affidamento diretto ed

implicherebbero, altresì, l'erogazione di un indebito aiuto di Stato (laddove si reputi che l'investimento è finanziato in tutto o in parte da fondi PNRR);

b) che la Convenzione 24 agosto 2022 sarebbe inefficace per violazione dell'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici, posto che la sua sottoscrizione è avvenuta con procedura negoziata senza bando fuori dai casi consentiti dal medesimo Codice, nonché in violazione delle regole che presidiano l'erogazione degli aiuti di Stato.

29.7. Le amministrazioni resistenti, così come l'RTI TIM, ritengono del tutto lecito e nell'interesse pubblico consentire al promotore di eseguire la propria offerta, anziché quella dell'aggiudicatario originario, nella parte in cui essa ha ricevuto un punteggio più elevato ovvero laddove essa non sia replicabile. Entrambe le argomentazioni, a dire di RTI Fastweb, non sarebbero condivisibili. La prima, smentita in punto di fatto, considerato che TIM viene esonerata dal porre in essere anche prestazioni per le quali Fastweb ha ricevuto un punteggio equivalente, non troverebbe avallo nella formulazione dell'articolo 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici. Affermare che a valle di una procedura di finanza di progetto, la stazione appaltante possa elaborare una nuova offerta (ibridando quella aggiudicataria e quella del promotore che esercita la prelazione), senza peraltro sottoporla al vaglio e verifica di nessuna Commissione giudicatrice, significherebbe affermare che il contratto può essere negoziato a trattativa privata. La seconda argomentazione non sarebbe corretta. L'offerta dell'RTI Fastweb non conterrebbe soluzioni proprietarie, componenti protetti da brevetti o privative, e sarebbe replicabile in ogni sua parte come dimostrerebbero le relazioni tecniche depositate in primo grado come documenti 57 e 58.

29.8. L'illegittimo esercizio della prelazione implicherebbe che la concessione sarebbe stata, nella sostanza, affidata senza gara.

29.9. Avrebbe errato dunque il TAR anche nella parte in cui (par. 14 ss.) ha ritenuto applicabile il combinato disposto degli artt. 48, comma 4, d.l. n. 77/2021 e 125 del codice del processo amministrativo, nonostante il PSN non sia finanziato né

direttamente né in misura certa da fondi PNRR, e nel contempo non ha ravvisato la inapplicabilità dell'art. 125 del codice del processo amministrativo nonostante la concessione sia stata aggiudicata all'esito di una trattativa privata in ragione dell'esercizio di una prelazione condizionata e dello stravolgimento del contenuto tecnico della concessione. Conseguentemente, errate sarebbero le statuizioni della sentenza impugnata circa l'esistenza di un divieto *ex lege* di subentro nel contratto, rispetto al quale l'RTI Fastweb conferma la propria disponibilità.

29.10. Nella ipotesi in cui si ritenesse di dover stabilire il principio per cui nell'ordinamento italiano il promotore non aggiudicatario può subentrare nell'aggiudicazione semplicemente eguagliando il prezzo, ma non l'offerta tecnica, andrebbe verificata la compatibilità di un siffatto principio con l'ordinamento dell'Unione Europea. Sarebbe, cioè, necessario richiedere alla Corte di Giustizia di verificare la compatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale che consente al promotore che esercita il diritto di prelazione di potere aggiudicarsi la concessione anche a condizioni diverse da quelle dell'aggiudicatario della procedura di gara e previa rinegoziazione diretta delle stesse con il concedente.

29.11. Il rinvio alla Corte di giustizia sarebbe ineludibile, posto che essa mai si è pronunciata su una tale questione e stante l'evidente criticità di tale rinegoziazione/modifica post gara delle offerte rispetto alla direttiva 2014/23/CE (considerando nn. 8, 68 e 73 e artt. 2 par. 1, 3 e 30), rispetto alla direttiva 2014/24/CE (considerando n. 90 e artt. 18, par. I, 24, 41, 57, par. 4, e 67) e rispetto ai principi fondamentali del Trattato FUE, segnatamente la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza e pubblicità, nonché rispetto ai principi della concorrenza, dell'evidenza pubblica, della parità di trattamento e del principio di proporzionalità e con la stessa giurisprudenza della Corte europea (C-87-1994, sentenza del 25/4/96). Il rinvio

pregiudiziale risulterebbe, infine, ineludibile anche sotto il diverso profilo della violazione dei principi del legittimo affidamento e della certezza giuridica, posto che la possibilità di esercitare la prelazione modificando radicalmente l'offerta tecnica dell'aggiudicatario è una possibilità mai prima conosciuta o conoscibile per Fastweb e Aruba al momento della loro partecipazione alla gara, non essendo mai stata riscontrata nella prassi o nella giurisprudenza. La Corte di giustizia ha, d'altronde, escluso (sentenza 7 settembre 2016, C-594-14) la possibilità di modifiche sostanziali dell'appalto dopo l'aggiudicazione, rimarcando la necessità che modifiche sostanziali siano precedute da una nuova procedura di aggiudicazione, eccetto i casi in cui i documenti relativi all'appalto prevedano la facoltà di adeguare talune sue condizioni, anche rilevanti, dopo la sua aggiudicazione e fissino le modalità di applicazione di tale facoltà. Nel caso di specie, tuttavia, nessuna previsione del bando o del disciplinare prevedevano quanto in concreto avvenuto ovvero che dopo l'aggiudicazione al promotore RTI TIM alle medesime condizioni dell'aggiudicatario RTI Fastweb, si procedesse ad una radicale modifica del contenuto tecnico e oggettivo della concessione, ibridando le due proposte TIM e Fastweb-Aruba al punto da determinare un oggetto contrattuale del tutto diverso, mai sottoposto, oltretutto, ad alcuna verifica da parte della Commissione di gara né dal punto di vista tecnico né dal punto di vista dell'anomalia dell'offerta.

30. Con il motivo sub lettera "D", rubricato "*Eccesso di potere giurisdizionale nella parte in cui il ricorso incidentale (a valore anche come ricorso autonomo) di TIM è stato ritenuto ammissibile, ancorché solo come ricorso incidentale. Eccesso di potere giurisdizionale nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sul ricorso per motivi aggiunti notificati in data 2 agosto 2022*" le appellanti incidentali argomentano come segue.

30.1. L'RTI Fastweb, in primo grado, aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso di TIM per acquiescenza in ragione dell'esercizio della prelazione. Il TAR si è pronunciato su tale eccezione, accogliendola in parte.

30.2. Secondo quel che si legge a pag. 59 della sentenza, con l'esercizio della prelazione, il RTI TIM ha effettivamente prestato acquiescenza all'aggiudicazione della gara originariamente disposta in favore dell'RTI Fastweb, in quanto l'aggiudicazione costituisce il presupposto per l'esercizio della prelazione e perché inoltre esercitando la prelazione il concorrente si è impegnato senza riserve a eseguire l'offerta risultata originariamente aggiudicataria. Da ciò, secondo il TAR, deriva unicamente la preclusione alla presentazione, da parte dell'RTI TIM, di un ricorso autonomo avverso l'aggiudicazione. Non può invece ritenersi preclusa la presentazione di un ricorso incidentale in senso proprio ossia condizionato all'accoglimento del ricorso principale. Con una tale iniziativa processuale, infatti, la parte si limita a reagire a un'iniziativa avversaria, al fine di paralizzarne i potenziali effetti pregiudizievoli. Negare tale possibilità equivarrebbe a menomare il diritto di difesa della parte, con effetti potenzialmente confliggenti con il principio posto dall'articolo 24 della Costituzione.

30.3. Il ragionamento del TAR sul punto sarebbe erroneo. I canoni per valutare l'ammissibilità di un ricorso sotto il profilo dell'interesse e della legittimazione sono i medesimi per il ricorso incidentale e per il ricorso autonomo. L'oggetto delle due impugnative, identiche, è lo stesso. Se dunque l'acquiescenza si è concretizzata con riguardo alla impugnativa autonoma, non si vede in che modo essa possa dirsi non verificatasi con riguardo alla medesima impugnativa sollevata in via incidentale. Tanto più che l'interesse perseguito da TIM non è solo quello di paralizzare l'impugnativa avversaria ma è anche se non principalmente quello di eseguire il contratto alle proprie condizioni. Il termine acquiescenza indica l'accettazione di un provvedimento da parte del destinatario e dunque la rinuncia di quest'ultimo ad avvalersi dei mezzi di impugnazione – tutti – previsti dalla legge. Ha una rilevanza in termini sostanziali perché preclude al destinatario dell'atto di contestarlo in via giurisdizionale. L'RTI TIM aveva due alternative, ciascuna delle quali in grado di determinare un vantaggio in termini economici. Poteva accettare

incondizionatamente l'offerta di Fastweb al fine di poter divenire aggiudicatario della commessa e rinunciare dunque a contestare il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore dell'RTI Fastweb, dal quale con la prelazione ha potuto trarre un vantaggio estremamente significativo in termini competitivi ed economici. Oppure poteva decidere di non esercitare la prelazione e contestare in giudizio l'offerta dell'RTI Fastweb e la conseguente aggiudicazione disposta in suo favore. In caso di accoglimento del ricorso sarebbe divenuto aggiudicatario della gara e avrebbe potuto eseguire la propria offerta e non quella di Fastweb. Tra le due offerte economiche vi è un divario di 700 milioni di euro, con l'ovvia conseguenza che TIM avrebbe tratto un vantaggio non di poco conto dalla possibilità di poter eseguire la propria offerta anziché quella di Fastweb.

30.4. Decidere di accettare l'offerta dell'RTI Fastweb e, contestualmente, contestarla in giudizio, anche solo in via incidentale, rappresenterebbe un comportamento opportunistico finalizzato a massimizzare i vantaggi che derivano dall'istituto della prelazione. Un abuso del diritto di difesa e non un suo legittimo esercizio. Il diritto di difesa di TIM è garantito dalla possibilità di difendersi in giudizio avverso le impugnative proposte dall'originario aggiudicatario, ma non può contestare essa stessa un atto che ha dichiarato di accettare e da cui ha quindi tratto un vantaggio significativo.

31. Con il motivo sub lettera "A" ("*Sul risarcimento del danno*") che qui viene riportato per ultimo al fine di seguire un ordine logico nella trattazione, il RTI Fastweb espone quanto segue.

31.1. La sentenza n. 4338/2023 del TAR Lazio, dopo aver ritenuto inammissibile l'offerta del RTI TIM e illegittima l'aggiudicazione a suo favore e dopo avere escluso il subentro, si è pronunciata solo sul risarcimento del danno per equivalente.

Il danno per equivalente era stato richiesto *sub* specie di lucro cessante sotto due profili:

a) danno diretto consistente nei mancati utili ritraibili da Fastweb e da Aruba dalla

specifica iniziativa economica quali fornitori della NewCo PSN, calcolati applicando la marginalità media aziendale per servizi analoghi al fatturato derivante dalle forniture che Fastweb e Aruba avrebbero reso alla NewCo PSN coerentemente con le previsioni di costo del Piano Economico Finanziario dell'offerta dell'aggiudicatario RTI Fastweb;

b) danno indiretto ovvero il danno curriculare con conseguente perdita di *chance* sui mercati di riferimento consistente nei mancati utili differenziali che Fastweb e Aruba avrebbero ritratto, in caso di aggiudicazione della gara PSN, sia nel comparto pubblico (con riguardo alle P.A. che, dalle ipotesi sottostanti al PEF, non risultano aderenti al PSN) sia in quello privato per mancate ovvero ridotte opportunità di sviluppo prodotto-mercato, a partire dalla combinazione di prodotto (servizi *cloud*) - mercato (pubblica amministrazione) di cui alla commessa PSN.

31.2. Ai fini della prova e della quantificazione dei predetti danni era stata depositata la Relazione del Prof. Corrado Gatti, Ordinario di Economia e Gestione delle Imprese presso l'Università degli studi La Sapienza di Roma, da considerarsi a tutti gli effetti parte integrante di quanto formulato nella istanza di risarcimento.

31.3. Sulla base della metodologia di accertamento e calcolo dei danni esposta nella Relazione del prof. Gatti nonché sulla base della stima del danno di immagine sul mercato Consumer per Fastweb effettuata dell'esperto incaricato, BrandFinance Plc., le odierne appellanti Fastweb e Aruba hanno prospettato e richiesto danni subiti e subendi per la mancata illegittima aggiudicazione della gara PSN e della concessione PSN pari a complessivi: € 551.938.000 per Fastweb, di cui € 130.848.000 relativi al danno diretto da mancati margini ritraibili dalla Commessa PSN, € 383.091.000 relativi al danno indiretto da mancate ovvero ridotte opportunità di sviluppo prodotto - mercato ed € 38.000.000 relativi al danno di immagine sul mercato Consumer; € 27.126.000 per Aruba, di cui € 3.410.000 relativi al danno diretto da mancati margini ritraibili dalla Commessa PSN ed € 23.716.000 relativi al danno indiretto da mancate ovvero ridotte opportunità di

sviluppo prodotto-mercato. Valori attualizzati al 24 agosto 2022, data di sottoscrizione della convenzione. Cui andrebbe aggiunta una componente di danno da mancato reinvestimento al WACC aziendale per il tempo intercorrente dalla data del 24 agosto 2022 e sino all'effettivo ristoro o, in subordine, gli interessi e la rivalutazione monetaria.

31.4. La sentenza non definitiva n. 4338/2023 del TAR Lazio:

- a) ha negato il danno indiretto, ritenendolo non provato nell'*an*;
- b) ha riconosciuto il danno diretto, nella misura del 35%, in ragione del principio del c.d. *aliunde perceptum*, ordinando una verifica tesa a determinare numericamente, per ciascun anno di durata del rapporto, i margini di utile che Fastweb e Aruba avrebbero tratto dalla commessa in caso di aggiudicazione e a indicare per ciascuna annualità, l'ammontare del danno risarcibile, pari al 35 per cento dei margini di utile determinati, nonché tesa ad individuare un corretto criterio di attualizzazione degli importi.

31.5. Quanto al danno diretto la sentenza sarebbe erronea laddove è stato limitato al 35% dell'importo complessivamente quantificato, essendo invece da riconoscersi in misura integrale o comunque ampiamente superiore a quanto determinato dal TAR.

La limitazione equitativa al 35% del danno diretto si basa sui seguenti passaggi:

- a) il danno derivante dalla mancata percezione degli utili costituisce una conseguenza normale della perdita dell'aggiudicazione della commessa ed è quindi astrattamente certo nell'*an*;
- b) nella quantificazione di tale danno varrebbe, tuttavia, la presunzione semplice (Ad. Plen. n. 2/2017) che *“l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum”*;
- c) che Fastweb e Aruba non avrebbero fornito prova per escludere la presunzione dell'*aliunde perceptum*;
- d) che tale presunzione sarebbe avvalorata dalla durata della concessione pari a 13

anni “*durante i quali le ricorrenti, operatori primari del settore, ragionevolmente saranno in condizione di destinare ad altre attività i fattori che ipotizzavano di impiegare nella realizzazione e gestione del PSN*” e dalla possibilità per la maggior parte delle pubbliche amministrazioni di migrare dei propri dati non solo verso il PSN ma anche verso idonei servizi *cloud* e quindi anche verso le stesse appellanti.

31.6. La sentenza sarebbe erronea. La stessa pretesa di onerare il danneggiato di provare l'assenza di un *aliunde perceptum* appare in contrasto con il principio di effettività della tutela di posizioni protette dal diritto dell'Unione europea, quali sono quelle degli aggiudicatari illegittimamente privati di un contratto pubblico. Trattandosi di un fatto impeditivo (in tutto o in parte) del diritto azionato e, oltretutto, di un fatto negativo, sulla base dei principi, l'onere della prova di un ipotetico *aliunde perceptum* non può che gravare sul danneggiante e non già sul danneggiato. Ciò è pacifico in diritto civile e dovrebbe esserlo anche in materia di appalti pubblici. Questo non implica che non possano operare presunzioni semplici ad agevolare la prova del danneggiante di tale fatto impeditivo (come chiarito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2/2017), ma queste non possono tradursi in una completa inversione dell'onere della prova o, come avvenuto nel presente caso, in una sostanziale decurtazione automatica o forfettaria del mancato utile discendente dalla esecuzione del contratto. Nel caso di specie, peraltro, le appellanti avrebbero documentatamente dimostrato che non è configurabile alcuna oggettiva possibilità di utile reimpiego del personale o dei mezzi aziendali e quindi non è configurabile un *aliunde perceptum*.

31.7. Al riguardo andrebbe rilevato che solo limitati FTE di figure apicali di Fastweb e gli spazi di Aruba dedicati alla Commessa PSN sono già in carico alle società, di modo che potrebbe ipotizzarsene un reimpiego. Del tutto impossibile sarebbe, invece, il reimpiego produttivo della gran parte delle risorse umane delle NewCo PSN, in quanto tali risorse non sono già in carico alle due società ma sarebbero state assunte solo e proprio a esito dell'assegnazione della concessione

PSN. Lo stesso è a dirsi per l'impossibilità di reimpiego delle componenti infrastrutturali e dei mezzi connessi ai servizi da realizzare ed allestire *ad hoc*, giacché la mancata aggiudicazione della concessione ne preclude la stessa realizzazione e quindi qualsiasi utilizzabilità da parte delle appellanti. Neppure appare predicabile un *aliunde perceptum* in relazione ai mezzi e alle risorse (figure apicali di Fastweb e gli spazi di Aruba) ovvero in relazione alle risorse economiche già nella disponibilità delle appellanti e che avrebbero dovuto allocarsi o investirsi nella esecuzione della concessione PSN. Ciò per le ragioni evidenziate dal prof. Gatti nella relazione doc. 56 del giudizio di primo grado, ovvero che:

- a) non esistono gare della medesima rilevanza (e quindi ugualmente remunerative);
- b) il reimpiego delle risorse tecniche in questione ovvero l'investimento di risorse in gare o attività economiche non comparabili al PSN (e quindi meno remunerative) non farebbe conseguire effetti economici positivi in un orizzonte temporale di breve-medio-lungo periodo (visto che il personale delle ricorrenti dedicato alle attività preparatorie per la partecipazione a ulteriori gare è già interamente allocato secondo i rispettivi budget commerciali e il reimpiego causerebbe l'assunzione di nuove risorse dedicate);
- c) in forza dell'indice di *underperformance* (ovvero la prova fattuale che a seguito della mancata assegnazione di una commessa le performance commerciali nel relativo segmento sono, e sono state, inferiori a quelle medie del mercato), lo sforzo delle appellanti per ottenere un fatturato equiparabile sarebbe connaturato da costi piuttosto che da marginalità (comunque aleatorie e previste in un orizzonte temporale di medio-lungo periodo);
- d) le risorse non sarebbero comunque impiegabili fino all'esito del contenzioso (visto che è stato chiesto il diritto all'aggiudicazione alternativamente al risarcimento del danno).

31.8. La sentenza impugnata, richiamando una giurisprudenza riferita al diverso ambito degli appalti di lavori, ha ritenuto che il danno diretto vada ridotto in ragione di un'utilizzazione alternativa che, in concreto, o non è possibile (quanto

alle risorse e ai mezzi non esistenti) o non rilevante o proficua (quanto alle risorse esistenti) e ciò sempre senza alcuna colpa ascrivibile alle appellanti. La decisione di ridurre il credito risarcitorio disancorato da elementi oggettivi sarebbe null'altro che un esercizio irragionevole di un potere riduttivo a favore delle pubbliche amministrazioni coinvolte.

31.9. Quanto ai danni indiretti o curriculari, la sentenza n. 4338/2023 nega il risarcimento ritenendo non provata l'esistenza del danno. Non vi sarebbe prova che l'incremento dei ricavi di Fastweb non sia dipeso, piuttosto, dal generale rilevante incremento della spesa pubblica nel settore delle tecnologie; e non sarebbero stati considerati i tassi di crescita nei mercati di riferimento degli operatori concorrenti e quindi non sarebbe stato dimostrato che *“i ricavi delle ricorrenti nel periodo indicato siano effettivamente da imputare alla precedente commessa, e non invece a una tendenza generale del mercato”*. Il TAR Lazio identifica, poi, delle ragioni che escluderebbero la configurabilità di un danno indiretto o curriculare.

31.10. La dimensione delle società appellanti, primari operatori di settore, porterebbe ad escludere che l'aggiudicazione aumenti le loro qualificazioni tecniche o esperienziali e, quindi, che la mancata aggiudicazione riduca le loro capacità competitive sul mercato. Non sarebbe dimostrato che la mancata aggiudicazione della concessione PSN influenzi negativamente la capacità delle appellanti ad attrarre le domande dei privati e delle pubbliche amministrazioni non aderenti e dovrebbe, semmai, ritenersi che la mancata aggiudicazione della concessione renderebbe Fastweb e Aruba più competitive nel relativo mercato. Il TAR, infine, esclude anche un danno di immagine, ritenendo che la vittoria della procedura di gara, ancorché non seguita dall'affidamento della commessa per l'esercizio (illegittimo) della prelazione da parte del RTI TIM, avrebbe comunque un ritorno positivo di immagine.

31.11. Anche su questo punto la sentenza sarebbe erronea.

31.12. Non sarebbe dubitabile che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico,

possa essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri contratti (pubblici o privati). L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso. Alla mancata esecuzione di una concessione o di un contratto pubblico si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino sul medesimo mercato rilevante, in modo illegittimo divenute affidatarie del contratto. E ciò appare peculiarmente rilevante nei casi in cui il contratto o concessione (quale il PSN) di notevolissimo valore presentino carattere di evidente e innegabile strategicità, la cui assegnazione illegittima finisce per alterare le dinamiche di mercato.

31.13. Nel caso di specie non potrebbe sostenersi l'assenza di una adeguata relazione di causalità tra l'illegittima mancata aggiudicazione della concessione PSN e il danno indiretto quantificato. E ciò non è smentito dalla circostanza, valorizzata senso negativo dal TAR, che Fastweb e Aruba siano imprese primarie di mercato. Fastweb è una primaria impresa, ma non nel settore di mercato rilevante e di riferimento del *cloud*, giacché proprio in ragione della mancata aggiudicazione della concessione PSN essa è marginalizzata nel predetto mercato. Fastweb è una primaria impresa in altri mercati, quali la telefonia e altri servizi ICT, ma nello specifico mercato di cui alla gara in questione, essa subisce un pregiudizio assoluto e di notevolissima durata temporale. Sicché sarebbe innegabile che essa abbia subito un danno di crescita e posizionamento in tale mercato e che esso vada risarcito.

31.14. La sentenza impugnata sarebbe erronea altresì dove sostiene (par. 15.4.5 lett. b) che l'essersi aggiudicati il PSN dimostrerebbe che le odierne appellanti già avrebbero il massimo della qualificazione e "*perciò verosimilmente in condizione di partecipare a qualsiasi futura gara, indipendentemente dal dato curricolare derivante dall'esecuzione della commessa oggetto di controversia*". In realtà, la

gara PSN prevedeva requisiti di qualificazione non particolarmente elevati. Sicché l'aver potuto partecipare alla gara PSN non garantirebbe di poter partecipare con pari condizioni a future gare (ad es. quelle Consip) per il *cloud* pubblico, che ben potrebbe prevedere requisiti molto superiori.

31.15. La sentenza impugnata sarebbe erronea anche laddove nega un effetto di trascinamento (che è invece la regola economica) anche nel settore privato e laddove sostiene che il non gestire il PSN potrebbe, paradossalmente, avvantaggiare le appellanti nel resto del mercato. La circostanza che le risorse personali e materiali per la esecuzione della concessione PSN fossero, in massima parte, ancora da acquisire e quindi inesistenti senza e a prescindere dal PSN smentisce tale argomentazione.

31.16. Erronea sarebbe anche la parte della sentenza che nega un danno all'immagine ritenendo che per l'immagine commerciale delle appellanti sarebbe sufficiente avere vinto la procedura e non rileverebbe il fatto che esse, in concreto (e per 13 anni) non gestiscono la concessione.

31.17. La sentenza n. 4338/2023 del TAR Lazio dovrebbe, quindi, essere riformata, in parte qua, anche in relazione al danno indiretto e al danno di immagine.

32. Anche Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A. hanno presentato appello incidentale (a valere anche come appello autonomo) avverso la sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, n. 4338/2023.

33. Gli otto motivi di tale appello incidentale possono essere così sintetizzati:

a) la sentenza impugnata sarebbe errata poiché, esercitando il diritto di prelazione, il RTI TIM non ha in alcun modo prestato acquiescenza rispetto all'impugnazione (anche in via principale) degli atti di gara;

b) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l'insanabile irregolarità dell'offerta economica del RTI Fastweb, stante la rilevante discrepanza tra ricavi risultanti dal Listino e ricavi indicati nel PEF;

c) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l'insanabile irregolarità dell'offerta del RTI Fastweb, posto che quest'ultimo avrebbe anticipato nell'offerta tecnica plurimi elementi prettamente economici, condizionando così indebitamente la successiva valutazione dell'offerta economica;

d) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l'insanabile irregolarità dell'offerta del RTI Fastweb, posto che quest'ultimo ha offerto DC che non rispettano il requisito inderogabile di distanza massima in fibra prescritto dal paragrafo 5.1. del Progetto di Fattibilità e considerato che l'offerta del RTI Fastweb sarebbe stata generica e indeterminata;

e) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l'insanabile irregolarità dell'offerta del RTI Fastweb, posto che la medesima integrava un *aliud pro alio* rispetto al servizio "Public Cloud PSN Managed" posto a base gara;

f) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto accogliere il ricorso incidentale del RTI TIM e, per l'effetto, dichiarare inammissibile il ricorso principale del RTI Fastweb, stante il carattere paralizzante del ricorso incidentale;

g) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rigettare il motivo di ricorso proposto dal RTI Fastweb, poiché i DC proposti dal RTI TIM rispettano pienamente il requisito della distanza minima tra *Region* di 500 km stabilito dal paragrafo 5.1. del Progetto di fattibilità;

h) la sentenza sarebbe errata poiché il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rigettare il motivo di ricorso proposto dal RTI Fastweb, poiché i DC proposti dal RTI TIM rispetterebbero pienamente il requisito di conformità sismica prescritto dal paragrafo 5.1.1. del Progetto di fattibilità.

34. Esposte e sintetizzate tutte le argomentazioni delle parti in causa è preliminare la decisione sull'ordine di trattazione delle molteplici censure dedotte da ognuna di esse.

35. Intanto, va precisato, quanto all'appello incidentale proposto da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A. che, nell'ambito del processo amministrativo, si applicano gli istituti dell'appello incidentale proprio e dell'appello incidentale "autonomo o improprio", quest'ultimo caratterizzato dalla contestazione di capi della sentenza gravata diversi da quelli censurati con l'appello principale; qualora contro la stessa sentenza vengano proposti, nello stesso processo, un appello principale e un appello incidentale non di controimpugnazione, ma che contiene doglianze autonome e del tutto indipendenti rispetto al primo, l'appello incidentale, essendo sostenuto da un interesse che non dipende dall'impugnativa principale, viene definito "improprio o autonomo" (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 24 gennaio 2023, n. 781). E' questo il caso che occupa il Collegio, in cui l'appello proposto da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A., peraltro, dalle stesse parti definito (...) "*anche come appello autonomo*", contiene una domanda di revisione dei capi o dei punti della sentenza che sono loro sfavorevoli; pertanto, l'interesse ad impugnarla nasce da essa stessa e non dall'appello principale e, di conseguenza, all'appello incidentale autonomo si applica il regime dell'appello principale (Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 258).

36. Chiarito questo aspetto, è necessario altresì precisare che, nel peculiare caso qui esaminato, il rapporto di priorità logica richiede di dare precedenza alle questioni sollevate con l'appello proposto da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A., poiché esso, mirando ad attaccare l'offerta aggiudicataria del RTI Fastweb, costituisce un antecedente logico delle impugnazioni che mirano ad attaccare l'esercizio della prelazione da parte del RTI TIM e l'offerta di quest'ultima.

37. Quanto al primo motivo, vale a dire erroneità della sentenza nella parte in cui, accogliendo l'eccezione delle controparti, ha ritenuto l'acquiescenza del RTI TIM

rispetto all'aggiudicazione a favore del RTI Fastweb (punto 8 in diritto della sentenza impugnata) è agevole rilevarne l'infondatezza.

37.1. La complessa procedura del *project financing* è un esempio paradigmatico di fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (l'aggiudicazione della concessione) si realizza attraverso due fasi, l'una di selezione del progetto di pubblico interesse, l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità, tra loro interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa.

37.2. Persino l'atto con il quale l'amministrazione dichiara, nella prima fase del *project financing*, il progetto di una impresa preferibile può essere impugnato immediatamente quale atto lesivo della sfera giuridica di altra impresa, salvo, ovviamente, l'onere di impugnare, a pena di improcedibilità, il successivo provvedimento che conclude la fase, individuando il soggetto promotore e dichiarando il suo progetto di interesse pubblico.

37.3. Vero è che l'accettazione delle regole di partecipazione ad una procedura non comporta l'inoppugnabilità delle clausole regolanti la procedura medesima che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad un concorrente un'acquiescenza implicita alle regole del procedimento, che si tradurrebbe in una inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale.

37.4. Ma il caso è qui ben differente. In base all'art. 183 comma 15 del codice dei contratti pubblici, il promotore può divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Quel che è accaduto, in questo caso, è la partecipazione alla procedura senza riserve e con pacifica acquisita conoscenza ed accettazione dei relativi atti mediante l'esercizio del diritto di prelazione che deve essere considerato come piena acquiescenza *per facta concludentia* alla procedura stessa, con conseguente impossibilità di contestarne successivamente gli esiti, nel caso in

cui, come nella specie, la condotta del partecipante sia totalmente incompatibile con la contestazione degli esiti della procedura. L'esercizio della prelazione implica sul piano logico, oltreché giuridico, la piena e incondizionata accettazione dell'offerta dell'RTI aggiudicatario.

38. In ogni caso, anche i successivi motivi di appello (2, 3, 4 e 5), oltre che inammissibili in quanto volti a contestare la regolarità dell'offerta del RTI Fastweb dopo averla accettata, sono comunque anche infondati.

38.1. Con il secondo motivo si afferma che il Giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l'insanabile irregolarità dell'offerta economica del RTI Fastweb, stante la rilevante

discrepanza tra ricavi risultanti dal Listino e ricavi indicati nel PEF.

38.2. La censura è infondata.

38.2.1. Il TAR ha affermato:

a) *“che il paragrafo 17 del disciplinare di gara (doc. 4.1 delle ricorrenti del 21 luglio 2022 e doc. 2 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022, pp. 37 s.) richiede la compilazione, da parte dei concorrenti, di un apposito foglio di calcolo, costituente l'allegato 8 al medesimo disciplinare (doc. 11 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022), nel quale sono contenuti tre listini, denominati listino 1, listino 2 e listino 3, recanti le tariffe poste a base di gara. Per ogni singola voce economica di ciascun listino, i partecipanti sono chiamati a indicare le percentuali di sconto applicate”;*

b) che (...) *“Difesa Servizi ha ricevuto una richiesta di chiarimenti relativa al rapporto tra il contenuto del listino e quello del PEF, e ha risposto al quesito con il chiarimento n. 1.30 (doc. 4.15 delle ricorrenti del 21 luglio 2022 e doc. 13 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022, pp. 10 s.)”;*

c) *“Questa la risposta di Difesa Servizi: “Si deve fare riferimento all'allegato 8 e modificare il conto economico di conseguenza. La differenza tra i valori di ricavi del conto economico e del listino può essere  $\leq 0.5\%$ ”;*

d) *“Secondo la tesi del RTI TIM, dalle predette indicazioni discenderebbe che la disciplina di gara richiederebbe una corrispondenza pressoché integrale tra i ricavi desumibili dagli sconti applicati ai listini dei prodotti e servizi oggetto dell'affidamento e i ricavi indicati nel conto economico accluso al piano economico finanziario, atteso che tra le due componenti dei ricavi sarebbe ammesso uno scostamento massimo dello 0,5 per cento. L'offerta del RTI Fastweb non sarebbe conforme a tale prescrizione, avendo previsto nei listini ricavi per euro 2.822.866.554,51 e nel PEF ricavi per euro 2.563.675.381 nel periodo di durata del rapporto di tredici anni, con uno scostamento pari al 9,18 per cento e, come tale, di molto superiore alla soglia massima dello 0,5 per cento. L'offerta del RTI Fastweb non sarebbe conforme a tale prescrizione, avendo previsto nei listini ricavi per euro 2.822.866.554,51 e nel PEF ricavi per euro 2.563.675.381 nel periodo di durata del rapporto di tredici anni, con uno scostamento pari al 9,18 per cento e, come tale, di molto superiore alla soglia massima dello 0,5 per cento”;*

e) (...) *“la previsione del margine di scostamento non superiore a 0,5 per cento tra i ricavi deducibili dagli sconti applicati nei listini e quelli indicati nel PEF risulta soltanto dal testo del chiarimento 1.30 e non è invece previsto dal disciplinare”.*

38.2.2. La conclusione cui è giunto il primo Giudice è corretta.

38.2.3. La giurisprudenza di questa Sezione è consolidata nel senso di ritenere che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, non può modificare o integrare la disciplina di gara pervenendo alla sua sostanziale disapplicazione. I chiarimenti sono infatti ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la *ratio*, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 5 marzo 2020, n. 1604).

38.2.4. Ma anche le considerazioni più strettamente di merito svolte dal TAR sono condivisibili posto che è del tutto pacifico che la compilazione dei listini e il PEF sono parti distinte dell'offerta. I listini recano gli sconti applicati dai ricorrenti in relazione ai prodotti o servizi richiesti, mentre il PEF serve giustificare la sostenibilità dell'offerta proposta. Non possono essere posti sullo stesso piano i listini e il PEF il quale, come noto, deve rispondere a precisi requisiti quali l'attendibilità (i riscontri spazio temporali), l'oggettività (le valutazioni frutto di ipotesi, spiegabili e motivabili), la verificabilità. Quel che era essenziale è che il PEF dimostrasse (e così è stato) la capacità del progetto di generare flussi monetari sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti, compatibilmente con un'adeguata remunerazione degli investitori coinvolti nella realizzazione e nella gestione dell'iniziativa.

38.2.5. Per le ragioni appena esposte, non sono condivise dal Collegio le affermazioni contenute a pagina 9 della memoria depositata il 9 settembre 2023 da Telecom Italia S.p.A., Cdp Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A. e Polo Strategico Nazionale S.p.A., laddove si legge: (...) *“il rilevato profilo di inammissibilità dell'offerta del RTI Fastweb che è stato censurato dal RTI TIM discenderebbe direttamente dalla generale previsione dell'art. 20 del Disciplinare nella parte in cui prevede, tra i poteri della Commissione di gara anche quello di escludere le offerte «irregolari, ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a) del Codice, in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche», proprio come nel caso dell'offerta del RTI originario aggiudicatario”*.

38.3. Con il terzo motivo si afferma che l'RTI Fastweb, avrebbe anticipato nell'offerta tecnica plurimi elementi prettamente economici, condizionando così indebitamente la successiva valutazione dell'offerta economica.

38.4. Anche questa censura è infondata.

38.4.1. Il TAR ha affermato:

a) (...) *“Dalla lettura della disciplina di gara, sopra riportata, emerge che il*

*criterio di valutazione delle offerte tecniche n. 18 valorizzava i miglioramenti proposti dai concorrenti in relazione ai meccanismi di aggiornamento dei costi e dei prezzi. Ai fini dell'apprezzamento di tali miglioramenti, si richiedeva che gli stessi fossero non solo chiari ed evidenti, ma anche "possibilmente, misurabili". In questa prospettiva, il RTI Fastweb ha proposto un meccanismo di aggiornamento dei corrispettivi migliorativo rispetto a quanto previsto dalla bozza di convenzione. Tale meccanismo migliorativo prescinde dai prezzi indicati nell'offerta economica, poiché consiste in una mera modalità di adattamento nel tempo dei corrispettivi, al ricorrere di determinate condizioni, e senza alcuna attinenza con il prezzo offerto in gara, che non è deducibile da tale meccanismo. Sotto altro profilo, la percentuale di sconto indicata dall'operatore ai fini di tale meccanismo consiste unicamente nell'indicazione in termini misurabili – come richiesto dalla disciplina di gara – del miglioramento offerto rispetto alle modalità di revisione del prezzo indicate nella bozza di convenzione";*

b) *"Alla luce di quanto esposto, non emerge alcuna commistione tra l'offerta tecnica e quella economica, atteso che il concorrente risulta semplicemente essersi attenuto a quanto richiesto dal disciplinare, la cui portata sul punto non è, peraltro, contestata dal ricorrente incidentale".*

38.4.2. Anche in questo caso la conclusione cui è giunto il primo Giudice è corretta.

38.4.3. Intanto, va ricordato che l'esposizione di misure di dettaglio nel contesto nell'offerta economica non consente di ritenere violato il cd "divieto di commistione" o di "separazione" fra l'offerta tecnica e quella economica, espressivo del principio di segretezza delle offerte (Consiglio di Stato, sez. V, 13 gennaio 2020, n. 270).

38.4.4. Poi, una circostanza è dirimente. Il punto 18.1 del disciplinare di gara (documento 4.1. produzioni in primo grado di Fastweb), rubricato "CALCOLO DEL PUNTEGGIO TOTALE DELL'OFFERTA TECNICA (PT<sub>tot</sub>)" prevede che: *"Il punteggio massimo ottenibile per l'offerta tecnica è di 70 punti, attribuiti in*

*ragione dei criteri tecnici riportati nella seguente tabella*’ (segue la tabella che consta di 22 punti che, sommati, giungono al punteggio totale massimo assegnabile pari a 70 punti). Al punto 18 (Miglioramenti sugli aspetti di aggiornamento prezzi) si legge: *“Miglioramenti, a favore del Concedente, della compliance nell’aggiornamento dei costi e prezzi dell’infrastruttura anche da un punto di vista del refresh tecnologico. Tali miglioramenti, per essere apprezzati, devono essere chiari, evidenti e, possibilmente, misurabili”* (punti assegnabili 3). In definitiva, i miglioramenti sugli aspetti di aggiornamento prezzi erano previsti dal disciplinare che è stato pedissequamente applicato dalla Stazione appaltante e:

a) lo sconto nell’offerta di Fastweb è riferito alla fase esecutiva della Convenzione; si legge nella Relazione tecnica (...) *“In merito, si offre un valore di sconto minimo prefissato, pari, almeno, al 2% (due per cento) dopo il primo biennio – dunque, in maniera anticipata rispetto a quanto previsto nell’art. 5, comma 4, punto iii. della Bozza di Convenzione - e all’1% (uno per cento) per i restanti bienni di durata della Convenzione. Tale sconto sarà applicato ai prezzi ridefiniti nella fase di benchmark, di cui al precedente paragrafo 2, qualora, in esito al suddetto processo, lo scostamento tra i prezzi rilevati ed i prezzi di listino dovesse risultare inferiore al 2% dopo il primo biennio o al 1% nei successivi bienni”* (...);

b) esso incide in ogni caso su aspetti di puro dettaglio che in nessun modo possono rivelare elementi decisivi dell’offerta economica tali da arrecare un pregiudizio al principio di segretezza delle offerte.

38.5. Con il quarto motivo si afferma che il giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l’insanabile irregolarità dell’offerta del RTI Fastweb, posto che quest’ultimo ha offerto DC che non rispettano il requisito inderogabile di distanza massima in fibra prescritto dal paragrafo 5.1. del Progetto di Fattibilità e considerato che l’offerta del RTI Fastweb era del tutto generica e indeterminata.

38.6. Si tratta di un’altra censura infondata.

38.6.1. Il TAR ha affermato:

a) (...) *“che, nella relazione tecnica illustrativa, il RTI Fastweb si è limitato a dichiarare che “L’offerente propone una strategia di sito basata su Region di alta affidabilità. Nello specifico, in coerenza con quanto previsto nel Progetto di fattibilità, si prevedono due Region (...), localizzate nei baricentri delle dorsali di connettività che collegano le PA utenti. (...) Ciascuna Region di alta affidabilità prevede una coppia di DC, ognuno dei quali implementa una Availability Zone. Le Availability Zone saranno isolate e fisicamente separate da una connettività di lunghezza inferiore ai 100 km, per garantire decorrelazione del rischio di disastro, preservando al contempo la possibilità di allineamento in modalità sincrona dei dati” (v. relazione tecnica illustrativa del RTI Fastweb, depositata dal ricorrente incidentale quale doc. 16 il 26 luglio 2022, § 1.8.1.1, p. 26)”*;

b) *“Il riferimento a “una connettività di lunghezza inferiore ai 100 km” non si pone in contrasto con la previsione, contenuta nel progetto di fattibilità, di una collocazione dei data center a “non più di 60 Km di distanza in fibra”, posto che l’operatore ha unicamente descritto il fatto che la distanza tra i data center, in coerenza con quanto previsto nel progetto di fattibilità, sarà inferiore a 100 chilometri, e ciò consentirà di assicurare i vantaggi illustrati”*;

c) *“Rimane fermo che il concorrente era tenuto in sede di gara a indicare unicamente i Comuni di ubicazione dei data center, e non la loro esatta localizzazione, come meglio si illustrerà nell’esame delle successive censure, e che il RTI Fastweb si è impegnato senza riserve a realizzare quanto prescritto dalla disciplina di gara”*.

38.6.2. Anche queste conclusioni cui è giunto il primo Giudice sono da condividere.

38.6.3. A pagina 5 del disciplinare di gara si fa riferimento al *“Vademecum per il concorrente”* cioè il documento posto in Allegato 1 allo stesso disciplinare, contenente indicazioni operative circa la formulazione dell’offerta. Nel predetto *vademecum* - documento 4.2. produzioni in primo grado di Fastweb si legge: *“Elementi tecnici della proposta posta a confronto concorrenziale che possono*

*essere modificati a condizione che le caratteristiche tecniche restino invariate:*

- *Comuni italiani in cui sono localizzati fisicamente i 4 data center (purché siano invariate le caratteristiche tecniche di sicurezza, quali ad esempio livello di rischio sismico e distanza dagli aeroporti - cfr. par. 5.1.1 Caratteristiche geografiche e topografiche e 5.1 Determinazione caratteristiche del macrosistema Data Center del progetto di fattibilità);*
- *Nominativi degli Hyperscaler (o CSP) e relativi servizi cloud per la fornitura di servizi negli ambiti Public Cloud PSN Managed, Secure Public Cloud, Hybrid Cloud on PSN Site (purché restino invariate caratteristiche degli accordi che stabiliscono i rapporti con gli hyperscaler, caratteristiche tecniche dei servizi cloud offerti, il numero di hyperscaler pari ad almeno 3, massima indipendenza dal singolo CSP, nessun servizio è erogato in modalità esclusiva, ecc.). Si fa riferimento a tutti i documenti della proposta che contengono tali nominativi ivi incluso il listino prezzi;*
- *Certificazioni relative ai data center di livello equipollente o superiore a quelli indicati nella proposta (es. Uptime Institute Tier IV - cfr. 5.1 Determinazione caratteristiche del macrosistema Data Center del progetto di fattibilità);*
- *Certificazioni delle risorse professionali equipollenti o superiori a quelle indicati nella proposta (cfr. par. 1.8 Certificazioni del personale del progetto di fattibilità) in coerenza con i nominativi degli hyperscaler offerti dal concorrente. Tali elementi dovranno essere rappresentati all'interno dell'Annesso alla Relazione Tecnica di cui al paragrafo 16 e 16.1 del Disciplinare di gara" (...).*

38.6.4. Che non fosse richiesta la comunicazione dell'esatta ubicazione dei data center dalla legge di gara è del tutto pacifico e tanto basta per ritenere, come già anticipato, del tutto condivisibile la conclusione cui è giunto il primo Giudice.

38.6.5. Alcune genericità è poi da rilevare nell'offerta di Fastweb e, difatti, non vi è dimostrazione che la proposta del RTI Fastweb sia in qualche modo incompatibile con il progetto di fattibilità posto a base di gara.

38.7 Con il quinto motivo si afferma che il giudice di prime cure avrebbe dovuto rilevare l'insanabile irregolarità dell'offerta del RTI Fastweb, posto che la medesima integrerebbe un *aliud pro alio* rispetto al servizio “*Public Cloud PSN Managed*” posto a base gara.

38.7.1. Il TAR ha affermato:

- a) che “*i concorrenti erano tenuti a formulare l'offerta economica mediante la compilazione di tre listini, recanti gli sconti offerti rispetto ai prezzi posti a base di gara*”;
- b) che “*nell'ambito del listino 1, è stata richiesta l'indicazione dell'offerta economica relativa ai servizi cloud, tra i quali figura il servizio di Public Cloud PSN Managed (v. doc. 11 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022), le cui caratteristiche sono illustrate in uno dei documenti che compongono l'allegato 3 – sub 5 al disciplinare di gara (doc. 8 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022)*”;
- c) che “*Nel vademecum per il concorrente (v. doc. 4.2 delle ricorrenti principali del 21 luglio 2022 e doc. 3 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022) è stato poi specificato che tra gli elementi del progetto di fattibilità modificabili dai concorrenti rientrano i “Nominativi degli Hyperscaler (o CSP) e relativi servizi cloud per la fornitura di servizi negli ambiti Public Cloud PSN Managed, Secure Public Cloud, Hybrid Cloud on PSN Site (purché restino invariate caratteristiche degli accordi che stabiliscono i rapporti con gli hyperscaler, caratteristiche tecniche dei servizi cloud offerti, il numero di hyperscaler pari ad almeno 3, massima indipendenza dal singolo CSP, nessun servizio è erogato in modalità esclusiva, ecc.)*”;
- d) “*che gli hyperscaler sono provider di servizi cloud che forniscono servizi scalabili, ossia in grado di aumentare e ridurre le prestazioni e funzionalità in base alle esigenze specifiche. Analogamente, per CSP si intendono i cloud service providers, ossia i fornitori di servizi cloud. Con riferimento al servizio di Public Cloud PSN Managed, i concorrenti dovevano formulare la propria offerta, nel listino 1, in relazione a cinque cluster tipo, che “simulano diverse tipologie di PA*”

(doc. 8 del ricorrente incidentale del 26 luglio 2022)”;

e) che “*la disciplina di gara ha consentito ai concorrenti di modificare i nominativi dei CSP. Si è trattato di una scelta doverosa, atteso che una diversa opzione sarebbe risultata potenzialmente restrittiva della concorrenza. La possibilità di modificare i CSP implica quella di modificare i servizi offerti, atteso che ogni provider fornisce servizi non esattamente identici a quelli degli altri*”.

38.7.2. Anche queste conclusioni cui è giunto il primo Giudice sono da condividere. La sentenza, anche su questo punto, è diffusamente motivata e resiste saldamente alle critiche che le sono state rivolte. Va peraltro detto che, nonostante la mole di argomenti spesi dall'appellante non c'è una dimostrazione, anche minima, che i servizi offerti dal RTI Fastweb, non fossero equipollenti.

38.7.3. Come noto, *l'aliud pro alio* si configura sia quando la cosa consegnata appartenga ad un *genus* diverso rispetto a quello pattuito, sia quando essa manchi delle specifiche qualità necessarie per assolvere alla funzione economico sociale naturale ovvero a quella assunta dalle parti nel programma negoziale. Ma qui non si configura alcun *aliud pro alio*. Le pubbliche amministrazioni sono dotate di un'ampia discrezionalità nell'individuare i prodotti e i servizi che decidono di acquisire con il ricorso alle procedure di evidenza pubblica. Una volta individuate le caratteristiche della fornitura e dei servizi, in relazione alla loro funzionalità, solo l'offerta effettivamente carente deve essere esclusa. Le caratteristiche essenziali e indefettibili delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato ad un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito, minimo che vale a individuare l'essenza stessa della *res* richiesta. Ma l'ampia latitudine che la giurisprudenza riconosce al canone di equivalenza non ne consente l'estensione alle sole ipotesi di “*difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis*”, configurante ipotesi di “*aliud pro alio non rimediabile*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258). Non è questo il

caso che occupa il Collegio ove ciò che era richiesto era di assicurare l'equipollenza dei servizi offerti; chiaro, in questo senso, il riferimento alle *“caratteristiche tecniche dei servizi cloud offerti”* contenuto nel Vademecum del concorrente (punto 2 riga 4). Per queste ragioni il Collegio non condivide la tesi, argomentata con ampi svolgimenti, e conclusa da TIM con la seguente affermazione (pagina 31 punto 68 dell'atto di appello): (...) *“diversamente da quanto ritenuto (illogicamente) dal giudice di prime cure, l'offerta di un servizio (come il servizio “GDHC”) che, da un lato, comprende solo metà delle soluzioni richieste dalla legge di gara e, dall'altro lato, non “copre” la restante metà delle componenti tramite soluzioni equipollenti, non può in alcun caso considerarsi equivalente al servizio richiesto dalla lex specialis, ma costituisce – al contrario – un aliud pro alio, con conseguente inammissibilità dell'offerta”*.

39. Con il sesto motivo si afferma che la sentenza impugnata sarebbe errata poiché il giudice di prime cure avrebbe dovuto accogliere il ricorso incidentale del RTI TIM e, per l'effetto, dichiarare inammissibile il ricorso principale del RTI Fastweb, stante il carattere paralizzante del ricorso incidentale.

39.1. La censura è infondata per giurisprudenza pacifica posto che, a prescindere dal numero dei concorrenti partecipanti alla gara e dell'ordine di esame dei gravami incrociati escludenti, il ricorso principale e quello incidentale devono essere esaminati entrambi.

40. Vanno a questo punto esaminate le censure contenute nella Sezione seconda dell'atto di appello.

40.1. Con il settimo motivo si afferma l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022 presentato dal RTI Fastweb, nella parte concernente la distanza minima tra *Region* (punto 4 in diritto della sentenza impugnata). La sentenza impugnata sarebbe errata poiché il giudice di prime cure avrebbe dovuto rigettare il motivo di ricorso proposto dal RTI Fastweb, poiché i DC proposti dal RTI TIM rispetterebbero pienamente il requisito della distanza minima tra *Region* di 500 km

stabilito dal paragrafo 5.1. del Progetto di fattibilità.

40.2. Il motivo è improcedibile poiché, come si vedrà in sede di esame dell'appello incidentale di Fastweb, il giudice di primo grado ha erroneamente focalizzato l'attenzione su questioni sostanzialmente irrilevanti (la distanza tra le *Region* di DC proposte che sarebbe inferiore a quella imposta dalla legge di gara).

40.3. La questione che rileva e che risolve la complessa controversia qui all'esame è quella relativa alla legittimità dell'esercizio del diritto di prelazione da parte di TIM e non le questioni di distanza.

40.4. La censura, in sé, sarebbe anche fondata tenuto conto che in nessun parte della legge di gara si può evincere che la distanza debba essere assicurata in linea d'aria, e non come distanza di percorrenza stradale (che sarebbe l'unica soluzione logica). Ma il problema che si pone non è quello di valutare tali questioni, bensì di scrutinare, in tutta questa complessa vicenda, l'unica questione decisiva che risolve la controversia: l'esercizio del diritto di prelazione.

41. Con l'ottavo motivo si afferma che la sentenza impugnata sarebbe errata poiché il giudice di prime cure avrebbe dovuto rigettare il motivo di ricorso proposto dal RTI Fastweb, poiché i DC proposti dal RTI TIM rispetterebbero il requisito di conformità sismica prescritto dal paragrafo 5.1.1. del Progetto di fattibilità.

41.1. Il motivo è improcedibile per le medesime ragioni, che saranno esposte in sede di esame dell'appello incidentale di Fastweb, per cui è improcedibile il settimo motivo di appello.

42. Va ora esaminato l'appello incidentale di RTI Fastweb le cui critiche rivolte alla sentenza sono state ampiamente esposte; è comunque utile riassumere ulteriormente le questioni sollevate e l'ordine con il quale devono essere trattate:

a) questioni circa l'ammissibilità dell'offerta dell'RTI TIM (lettera "B" dell'appello incidentale);

b) questioni relative all'esercizio del diritto di prelazione (lettera "C" dell'appello incidentale);

c) questioni relative alla ammissibilità in primo grado del ricorso incidentale di TIM (lettera “D” dell’appello incidentale;

d) questioni relative al risarcimento del danno (lettera “A” dell’appello incidentale.

43. Quanto al primo punto (lettera B dell’appello incidentale) le doglianze di Fastweb sono infondate.

43.1. L’art. 7 *bis* del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia), convertito in L. 6 agosto 2021, n. 113, così recita: *“5. Nell’ambito delle esigenze anche derivanti dal presente articolo, la Sogei Spa assicura la piena efficacia delle attività anche per la realizzazione dei progetti di trasformazione digitale del PNRR affidati alla medesima società e provvede, in deroga a quanto previsto dall’articolo 1, comma 358, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, con l’utilizzo degli utili di bilancio conseguiti e, ove necessario, con l’eventuale emissione di specifiche obbligazioni. Per le medesime finalità la Sogei Spa è autorizzata, previa delibera dell’assemblea degli azionisti, alla costituzione di società o all’acquisto di partecipazioni”*.

43.2. Le statuizioni del primo Giudice sono, sotto questo profilo, del tutto condivisibili. Il TAR ha affermato che: (...) *“il senso proprio della disposizione normativa debba essere rintracciato sulla base della finalità perseguita dal legislatore, che è quella di accelerare l’attuazione dei progetti di trasformazione digitale del PNRR, nonché della ratio della previsione, consistente nel facilitare il ruolo di Sogei in tale attuazione. In questa prospettiva, deve ritenersi che la disposizione autorizzi ex ante e in via generale Sogei – tra l’altro – alla costituzione di società, tutte le volte in cui tale costituzione sia funzionale alla realizzazione di progetti di trasformazione digitale comunque “affidati” alla stessa Sogei. Tale autorizzazione legislativa, avente carattere di norma speciale, prevale quindi sulle previsioni generali del TUSP. In particolare, la valutazione già compiuta a monte dal legislatore in merito alla meritevolezza degli scopi perseguiti*

*esclude non solo l'applicazione dell'articolo 4 dello stesso TUSP" (...).*

43.3. Che la disposizione sopra citata abbia carattere speciale *“rispetto alle previsioni generali del TUSP”* è fuor di dubbio.

43.3.1. Come noto, il criterio di composizione delle antinomie cosiddetto “di specialità” (*“lex specialis derogat legi generali”*), a differenza dei criteri *“lex posterior”* e *“lex superior”*, non è prescritto in generale da alcuna norma positiva ma è per lo più frutto di costruzione giuridica. È appena il caso di precisare che nell'art. 15 c.p. il criterio di specialità è prescritto quale metodo di scelta non già tra norme in conflitto (cioè quale metodo di soluzione delle antinomie), bensì tra norme concorrenti.

43.3.2. Una norma speciale può, secondo i casi, costituire una specificazione della norma generale, o invece fare eccezione alla norma generale.

Una norma speciale che specifichi una norma generale non configura alcuna antinomia (semmai una ridondanza). L'antinomia si presenta allorché la norma speciale fa eccezione alla norma generale. Una norma speciale fa eccezione ad una norma generale allorché dispone, per una o più fattispecie incluse nel campo di applicazione della norma generale, una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale. A rigore, in questi casi, non di norme speciali si dovrebbe parlare, ma di norme eccezionali. Il criterio “di specialità” (in quanto criterio di soluzione delle antinomie) viene in discussione in presenza di norme generali e norme eccezionali, ossia di norme speciali che siano altresì incompatibili con le relative norme generali. Solo di una norma eccezionale si può dire che deroghi ad una norma generale.

43.3.3. Il criterio di specialità conosce due possibili varianti.

In una prima variante il criterio di specialità è una tecnica di composizione delle antinomie che si applica in presenza di un'antinomia tra due norme pari ordinate nella gerarchia delle fonti che intrattengano tra di loro un rapporto di regola ed eccezione: si tratta di un'antinomia del tipo parziale unilaterale.

In virtù del criterio di specialità si ritiene non che una delle due norme confliggenti sia abrogata, ma che una di esse (la norma più generale) sia derogata ad opera dell'altra. La norma più specifica fa eccezione a quella più generale; entrambe sono vigenti, ma la norma generale non trova applicazione (è derogata, appunto) là dove è applicabile quella particolare. In questo senso, la norma speciale (meglio dire eccezionale) prevale su quella generale.

In una seconda variante il criterio di specialità è una tecnica di composizione delle antinomie che può applicarsi in presenza di un'antinomia tra due norme contigue o comunque pari ordinate nella gerarchia delle fonti, i cui campi di applicazione non intrattengano propriamente una relazione da genere a specie, bensì si sovrappongono parzialmente: si tratta di un'antinomia, del tipo parziale bilaterale. In presenza di un'antinomia di questo tipo non c'è una norma (relativamente) più specifica e con un'altra (relativamente) più generale, ma piuttosto norme egualmente generali, i cui campi di applicazione (le classi di fattispecie disciplinate) si intersecano. In queste circostanze, il criterio di specialità non può essere impiegato se non dopo aver istituito, tra le due norme confliggenti, una relazione gerarchica, e precisamente una gerarchia assiologica.

43.3.4. Sulla base di tali osservazioni è agevole concludere che tra l'art. 7 bis del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 e l'art. 4 del TUSP che così recita: “*1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”, esiste un rapporto di specialità poiché vi è un'antinomia del tipo parziale unilaterale che rende applicabile il citato art. 7 bis in luogo del generale art. 4 comma 1 del d.lgs. 175/2016.

43.3.5. Solo questo argomento sarebbe sufficiente a ritenere infondato il motivo di appello.

43.3.6. Ma va anche tenuto in debito conto, e il TAR lo ha fatto, anche qui in modo condivisibile, del disposto di cui all'art. 5 comma 1 del d.lgs. 175/2016 che così

*recita: “1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”.*

43.3.7. L'eccezione prevista nell'antecedente dell'appena citata disposizione, presuppone che vi siano ragioni di interesse pubblico direttamente previste dalla legge (anche una legge provvedimento) che deroghi all'obbligo di analitica motivazione circa la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4 del medesimo TUSP.

43.3.8. L'art. 7 bis del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 costituisce, al contempo, norma speciale (di deroga) rispetto all'art. 4 del d.lgs. 175/2016 (nel senso sopra illustrato che è quello di risolvere un'antinomia del tipo parziale unilaterale) e norma eccezionale in attuazione di una specifica autorizzazione alla deroga prevista nel comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 175/2016 (il che equivale a dire che l'art. 5 comma 1 contiene già una norma permissiva alla sua deroga da attuare mediante una norma eccezionale). È proprio questo il caso qui esaminato. Posto che ogni norma che deroghi o faccia eccezione ad un'altra norma relativamente più generale, ossia ne circoscriva il campo di applicazione (sotto il profilo personale, spaziale, o temporale) è norma eccezionale, l'art. 7 bis più volte citato ne è un esempio paradigmatico. Ciò rende infondate tutte le argomentazioni di Fastweb in ordine

all'asserita nullità del contratto associativo tra Sogei e TIM, finalizzato alla costituzione di una società di progetto, in quanto stipulato senza seguire l'*iter* autorizzatorio descritto dal TUSP. 44. Discorso diverso va fatto per la questione individuata alla lettera "C" dell'appello incidentale e cioè l'esercizio del diritto di prelazione. La questione, in primo grado, era stata trattata nel quarto motivo del ricorso introduttivo, nell'ultima censura sollevata con la memoria notificata del 22 luglio 2022, nel ricorso per motivi aggiunti del 2 agosto 2022, nel primo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022 ed è stata erroneamente dichiarata improcedibile dal TAR sulla scorta dell'accoglimento dei motivi volti a sostenere l'inammissibilità dell'offerta dell'RTI TIM. La questione, decisiva ai fini della soluzione della presente complessa vicenda controversa, deve invece essere esaminata.

44.1. Qui premono alcune considerazioni preliminari sulla peculiarità della procedura di *project financing* che, secondo la costante giurisprudenza, enuclea due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità. La seconda serie è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione. La fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore. La fase in cui viene esercitato il diritto di prelazione è disciplinata dall'art. 183 comma 15 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 vigente *ratione temporis*, che così recita: "15. *Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità,*

*incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, è inserito in tali strumenti di programmazione ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il*

*progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati; nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9”.*

44.2. L'introduzione del diritto di prelazione nella finanza di progetto è avvenuto ad opera dell'art. 7, comma 1, lett. bb), della L. 1° agosto 2002, n. 166 (“Legge Merloni *quater*”), che ha inserito nell'art. 37-*ter* della L. 11 febbraio 1994, n. 109 la possibilità per il promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e divenire così aggiudicatario della concessione. La previsione, trovava la sua *ratio* nell'esigenza di compensare il promotore dei maggiori oneri, di natura economica e imprenditoriale, sopportati nella presentazione della proposta, oltre che in quella di incentivare e attrarre capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche. Va detto che fin dalla sua prima previsione l'istituto è stato oggetto di un intenso dibattito, a livello nazionale

ed eurounitario, con particolare riguardo alla sua compatibilità con i principi della concorrenza e di parità di trattamento tra i partecipanti a una procedura ad evidenza pubblica. E, difatti, prima ancora della introduzione del diritto di prelazione, la Corte di giustizia aveva affermato che, in base al principio di parità di condizioni tra tutti i concorrenti, all'amministrazione aggiudicatrice non era consentito prendere in considerazione modificazioni apportate all'offerta iniziale da un solo concorrente, che altrimenti sarebbe risultato avvantaggiato rispetto agli altri (Corte di giustizia, 25 aprile 1996, C-87/1994).

44.3. L'istituto è sempre stato così problematico che il 15 ottobre 2003 la Commissione europea aveva trasmesso al Governo italiano un parere motivato, come preavviso dell'avvio di una fase contenziosa, ai sensi dell'art. 226, comma 2, del Trattato CE, auspicando l'introduzione di una nuova disciplina che tenesse conto di due aspetti necessari:

- a) che fosse data preventiva conoscenza a tutti i potenziali interessati, fin dall'avvio della procedura e tramite adeguate forme di pubblicità, dei vantaggi legati alla qualifica di promotore;
- b) che fossero predeterminati i criteri, di natura obiettiva e non discriminatoria, in base ai quali l'amministrazione avrebbe potuto scegliere la proposta da mettere successivamente a gara.

44.4. Un primo intervento "correttivo" del legislatore, vista la procedura di infrazione nel frattempo avviata dalla Commissione europea nell'aprile del 2004, era contenuto nella L. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004), con cui è stato introdotto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di indicare nell'avviso pubblico, diretto a sollecitare le proposte da parte di potenziali promotori, i criteri in base ai quali le stesse avrebbero proceduto alla valutazione comparativa delle proposte, oltre che l'esplicito avviso che al promotore, ossia il soggetto che avesse presentato la proposta originaria dichiarata di pubblico interesse, sarebbe stato attribuito il diritto di prelazione, a parità di condizioni con

l'offerta ritenuta migliore nell'ambito della successiva procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione.

44.5. Con il Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è stata prevista un'anticipazione dell'obbligo di pubblicità al momento della pubblicazione della programmazione triennale, stabilendo all'art. 153, comma 3, l'osservanza dei principi di tutela della concorrenza e parità di trattamento anche nella fase della pubblicazione dello strumento programmatico, in modo tale da consentire a tutti i potenziali interessati di essere posti in grado di conoscere, a partire da tale fase, la volontà dell'amministrazione di procedere alla realizzazione di alcune opere pubbliche o di pubblica utilità, tramite lo strumento della finanza di progetto, e della previsione di una valutazione comparativa delle proposte presentate dai soggetti privati. Con l'art. 1, comma 1, lett. r), d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (c.d. "secondo correttivo" al Codice dei contratti pubblici), il legislatore ha disposto l'abolizione dell'istituto della prelazione in favore del promotore nella finanza di progetto.

44.6. A dimostrazione della criticità dell'istituto, il diritto di prelazione è stato poi reintrodotta con il c.d. "terzo correttivo" al Codice dei contratti pubblici che era stato adottato, principalmente, per la necessità di adeguarsi ai rilievi formulati dalla Commissione europea nella nota di messa in mora C (2008)0108 del 30 gennaio 2008.

44.7. Il funzionamento del meccanismo della prelazione nell'art. 153 del d.lgs. 163/2006 (dopo il terzo correttivo) costituiva un'opzione procedimentale cui l'amministrazione poteva sempre fare ricorso anche nell'ambito delle procedure ad iniziativa mista pubblico-privata e in quella ad iniziativa solo privata. Vi era l'obbligo a carico dell'amministrazione aggiudicatrice di indicare nel bando relativo alla prima fase di gara, da pubblicare con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori, che la procedura non comportava l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma soltanto l'attribuzione a quest'ultimo del diritto di essere preferito al migliore offerente, individuato con successiva gara,

sempre che intendesse adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa. Una volta valutate le offerte, redatta la graduatoria e nominato il promotore, l'amministrazione procedeva all'approvazione del progetto preliminare convocando una Conferenza di servizi istruttoria, come previsto anche nel caso di procedura a gara unica. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, il promotore era obbligato a recepire le modifiche richieste dalla stazione appaltante, dal momento che, qualora all'esito della seconda gara non fossero presentate offerte o nessuna offerta risultasse più vantaggiosa, questi sarebbe stato vincolato alla stipulazione del contratto di concessione.

44.8. Il diritto di prelazione poteva essere esercitato qualora una delle offerte pervenute alla stazione appaltante risultasse più vantaggiosa di quella del promotore. Quest'ultimo, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, poteva decidere di adeguare la propria proposta a tale migliore offerta, aggiudicandosi così la concessione.

44.9. Il meccanismo della prelazione, da sempre, ha costituito il tentativo del legislatore di trovare un equilibrio fra due valori in contrasto: da un lato, quello di incentivare la massima partecipazione dei privati sin dalla prima fase di individuazione della proposta da porre a base della successiva gara per l'aggiudicazione della concessione, riconoscendo un vantaggio competitivo al promotore, e dall'altro, quello di garantire il rispetto dei principi della massima concorrenza e della parità di trattamento. La soluzione individuata con la previsione del riconoscimento di un diritto di prelazione non era, né può essere oggi, la previsione di un'indebita posizione di vantaggio anticoncorrenziale, ma quella di prevedere un beneficio premiale conseguente all'esito di una procedura competitiva.

44.10. La disposizione vigente *ratione temporis*, vale a dire l'art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016 risponde alle esigenze sopra illustrate. Tanto è vero che il promotore può divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle “*medesime condizioni*” offerte dall'aggiudicatario.

“*Medesime*” non significa “*equivalenti*”. “*Medesime*” significa “*stesse condizioni*”. L’espressione normativa richiama un concetto di assoluta identità, e non il ben diverso concetto di “*equivalenza*” di derivazione eurounitaria, utilizzato in altre disposizioni del codice dei contratti pubblici. Inoltre la norma non fa distinzione tra condizioni “*economiche*” e condizioni “*tecniche*”, sicché non è accettabile l’assunto delle Amministrazioni e di RTI TIM che presupposto necessario e sufficiente per la prelazione sarebbe la identità della sola offerta economica, mentre quella tecnica potrebbe essere modificata. In base al chiaro tenore letterale della norma, tutte le condizioni dell’offerta aggiudicataria, tecniche, oltre che economiche, devono restare immutate, al fine del legittimo esercizio della prelazione. In sintesi, la *ratio legis* è di consentire una sostituzione meramente *soggettiva* dell’operatore aggiudicatario-esecutore, restando preclusa qualsivoglia sostituzione *oggettiva* afferente l’offerta aggiudicataria. Quest’ultima ha formato oggetto di selezione sulla base dei suoi requisiti tecnici ed economici, nell’ambito di una procedura evidenziale, da parte di apposita commissione di gara, e non può formare oggetto di rinegoziazione a valle della sostituzione soggettiva dell’aggiudicatario, conseguente all’esercizio della prelazione.

44.11. Se si permettesse di mutare le regole del gioco in corso d’opera, si arriverebbe al risultato di alterare la *par condicio* tra i concorrenti. Quello che è successo nel caso qui esaminato.

44.12. Il promotore non ha affatto esercitato il diritto di prelazione “*alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario*” ma a condizioni che l’appellante incidentale ha correttamente definito una “*ibridazione*” tra l’offerta del promotore e quella della stessa appellante incidentale. La circostanza è pacifica ed è oggetto di riconoscimento esplicito sia da parte dell’amministrazione sia da parte del promotore. Nella memoria depositata il 5 settembre 2023 da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A. si legge, tra l’altro, (punto 54 pagina 20): *‘Il RTI TIM, invero, qualora avesse accettato di replicare in tutto e per tutto l’offerta tecnica*

*dell'aggiudicatario, avrebbe dovuto fornire alla Stazione Appaltante delle prestazioni che, nel loro complesso, erano state considerate dalla medesima qualitativamente inferiori (talvolta equivalenti) a quelle proposte nella propria offerta"; e, ancora, (...)“la Stazione Appaltante, senza deviare da quanto previsto dal Codice, ha garantito al RTI TIM l'effettività del diritto di prelazione che le spettava consentendole di offrire condizioni equivalenti e non necessariamente identiche a quelle previste dal RTI Fastweb solo ed esclusivamente con riferimento agli elementi della relativa proposta che non erano oggettivamente replicabili ovvero a quelli che risultavano equivalenti o finanche peggiorativi rispetto a quelli originariamente offerti dal RTI TIM”; inoltre, al punto 68, pagina 24 della medesima memoria si legge “L'offerta risultata aggiudicataria non è stata affatto “rinegoziata” ma, lo si deve precisare, semplicemente integrata, ove ritenuto indispensabile, con elementi che il RTI TIM aveva già sottoposto in fase di gara al giudizio della Stazione Appaltante e che erano risultati migliori o equivalenti ai corrispondenti elementi dell'offerta del RTI Fastweb”. È peraltro da condividere quanto affermato dal RTI Fastweb a pagina 38 dell'atto di appello incidentale, laddove si legge “La circostanza è pacifica. È provata da documenti prodotti da TIM (21 e 22), da documenti prodotti dalla Stazione Appaltante (Nota del 4 agosto 2022) e dal contenuto stesso della Convenzione sottoscritta, il cui oggetto è tecnicamente un ibrido dell'offerta di TIM e dell'offerta di Fastweb”.*

44.13. Nella nota di Difesa Servizi S.p.A. 2538/2022 del 4 luglio 2022 si legge: (...) “Nel ribadire il contenuto dell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui: “se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario” si evidenzia che: - si conferma il contenuto del disciplinare di gara ed in particolare il contenuto dell'Allegato 1 - “vademecum per il concorrente” contenente gli “elementi tecnici

*della proposta posta a confronto concorrenziale che possono essere modificati a condizione che le caratteristiche tecniche restino invariate”; - eventuali soluzioni proprietarie, contenute nelle condizioni contrattuali offerte dall’aggiudicatario, potranno essere soddisfatte mediante soluzioni di carattere equivalente, nel rispetto dei principi di concorrenza e privata”.*

44.14. Il che equivale a dire che candidamente l’amministrazione ha ammesso di consentire la flagrante violazione dell’art. 183 comma 15 del codice dei contratti pubblici che non consente affatto soluzioni equivalenti nell’esercizio del diritto di prelazione, bensì le “*medesime*” condizioni offerte dall’aggiudicatario.

44.15. L’analisi della convenzione sottoscritta tra le parti, che consta di 771 pagine (compresi gli allegati), dimostra plasticamente che la censura di Fastweb è fondata. L’allegato B (offerta tecnica) su cui Fastweb concentra, con ragione, la propria attenzione nel ricorso per motivi aggiunti presentato in primo grado (pagina 10, in particolare) e richiamato a pagina 39 dell’appello incidentale è assai significativa. Nel predetto Allegato, alla pagina 2 (pagine 243 e 244 del complesso della convenzione sommati gli allegati) si legge: (...) “*A tal proposito - fermo restando che l’offerta economicamente più vantaggiosa è quella dell’originario aggiudicatario RTI Fastweb, intendendosi con essa il livello minimo indefettibile di prestazioni che devono essere erogate a favore del Concedente in termini di output tecnico ed economico - il Concedente, in considerazione delle peculiarità tecniche e specialistiche del settore che investono l’organizzazione aziendale e il know how maturato che si traducono in elementi tipici e non replicabili dell’attività di ciascun operatore economico in un settore con alto grado di specializzazione, ha ritenuto opportuno determinare: - in termini di maggiore garanzia dell’interesse pubblico, di fruire, a parità di prezzo e quindi di invarianza economica, di condizioni migliorative ulteriori rispetto al predetto minimo indefettibile contrattuale; - in termini di rispetto dei principi di concorrenza, della libertà di organizzazione aziendale e dei processi interni, che vengano erogate le predette prestazioni contrattuali secondo input tecnico-operativi ricompresi nelle capacità*

*tecniche maturate dall'aggiudicatario esecutore tipiche della propria organizzazione interna e del proprio know how tecnologico. In coerenza con quanto sopra il presente Allegato B - sulla base di quanto previsto dal Capitolato Tecnico con i relativi annessi e dalla Relazione tecnica del RTI Fastweb (Annesso 1), ivi inclusa la documentazione presentata a corredo della stessa - indica le soluzioni equivalenti e/o superiori che il Concessionario è autorizzato ad applicare in conformità ai principi di privativa, concorrenza, non discriminazione e tutela dell'interesse pubblico presenti nella Relazione Tecnica Illustrativa del RTI TIM (Annesso 2). Rimangono in ogni caso integralmente ferme le più favorevoli condizioni della Relazione Tecnica Illustrativa del RTI Fastweb (Annesso 1)".*

44.15.1. A pagina 4 dell'Allegato B (pagina 245 del complesso della convenzione sommati gli allegati) si legge: (...) *"In merito al criterio ID 6 criterio relativo ai miglioramenti per l'introduzione di tecnologie Open Source, per il quale il Disciplinare ha richiesto espressamente di descrivere la componente tecnica e le tempistiche di disponibilità, il Concedente - in considerazione del punteggio attribuito dalla Commissione di gara - ha ritenuto opportuno prevedere che il riferimento per l'esecuzione del citato ID sia quello della Relazione Illustrativa del RTI TIM considerato che: a) la soluzione descritta dal RTI Fastweb contiene elementi di privativa (Fast Cloud Container); b) le implementazioni proposte (Open Stack-Open Shift, soluzioni Open Source di Oracle e Google per il RTI Fastweb e Open Source OKD e Mattermost per il RTI TIM) ancorché diverse fra di loro sono state ritenute equivalenti tanto da aver conseguito lo stesso punteggio".*

44.15.2. Alle pagine 4 e 5 dell'Allegato B (pagine 245 e 246 del complesso della convenzione sommati gli allegati) si legge: (...) *"Per gli otto criteri di tipo valutativo, il RTI Fastweb ha proposto una soluzione migliore per gli ID 16 "Miglioramento sugli aspetti di ripartizione dei rischi" e ID 18 "Miglioramento sugli aspetti di aggiornamento prezzi", in questi casi il RTI TIM eseguirà gli aspetti migliorativi descritti nella Relazione Illustrativa del RTI Fastweb.*

*Relativamente ai criteri descritti negli ID, 17 “Miglioramenti sugli aspetti di governance”, ID 19 “Miglioramento degli aspetti di cybersicurezza dell’infrastruttura”, ID 20 “Miglioramento delle modalità per la migrazione in cloud - Risorse e tempistiche”, ID 21 “Miglioramento delle modalità per la migrazione in cloud - Monitoraggio e gestione della migrazione” e ID 22 “Mitigazione dei rischi connessi alla migrazione cloud”, il Concessionario eseguirà le soluzioni adottate nella propria offerta a maggiore soddisfazione dell’interesse pubblico, avendo in questi casi conseguito un punteggio superiore a quello del RTI Fastweb. In questi ID, pertanto, il riferimento è la Relazione Tecnica illustrativa del RTI TIM. Per l’ID 15 “Modalità di verifica del rispetto delle norme ambientali”, in considerazione del citato criterio di equivalenza funzionale delle offerte, determinato oltre che sulla base dei principi di privativa e concorrenza anche sulla base delle peculiari caratteristiche tecnico-operative proprie di ogni operatore economico in ambiti specialistici quale quello in argomento, il Concessionario eseguirà le soluzioni indicate nella propria offerta relativamente a tale criterio. Tale parametro aveva come descrizione del criterio “Efficacia delle modalità di verifica proposte dal Concessionario, messe a disposizione del concedente, per il rispetto delle seguenti norme e standard europei in materia ambientale (Do no significant harm): - ISO 50001, monitoraggio del PUE, EN 50600, ISO 14064, ISO 14001 e SWD(2020) 55 final); - Indipendenza energetica e fonti rinnovabili; - Direttiva sulla progettazione ecocompatibile (Direttiva 2009/125/CE); - Le apparecchiature elettriche acquistate non conterranno le sostanze soggette a restrizione elencate nell’allegato II della direttiva 2011/65/UE in alcun valore di concentrazione in peso in materiali omogenei superiore ai valori massimi elencati in tale direttiva; - Le procedure di approvvigionamento includeranno la gestione dei beni alla fine del loro ciclo di vita, per ridurre al minimo gli sprechi e favorire il riutilizzo e il riciclo dei materiali; - Al termine del ciclo di vita, l’apparecchiatura sarà predisposta per il riutilizzo, il recupero, il riciclaggio e il corretto trattamento in conformità*

*all'allegato VII della direttiva 2012/19/UE". Trattandosi, pertanto, di certificazioni ISO o similari e del rispetto di normative europee è evidente che le stesse attengono al processo produttivo delle singole imprese, sulla base anche dei Data Center coinvolti, confermando quindi il criterio di equivalenza. L'adozione di tale criterio di equivalenza è anche giustificata dalla privativa derivante dai Data Center, intesi come costruzione, localizzazione, e tutte le altre loro caratteristiche identitarie, che erano già state oggetto di una specifica previsione nel Disciplinare (rif. Vademecum per il concorrente). Tenendo conto dell'adozione delle soluzioni equivalenti e/o superiori di cui al presente documento, resta confermata la sostenibilità del piano economico-finanziario del Concessionario".*

44.16. Che, una volta esercitato il diritto di prelazione, l'amministrazione abbia proceduto a sommare e sottrarre elementi dell'offerta del RTI Fastweb ed elementi dell'offerta dell'RTI TIM non è revocabile in dubbio. Così come non è revocabile in dubbio che, tale operazione, lungi dal costituire l'esercizio di un legittimo diritto di prelazione si risolve in una negoziazione diretta con il promotore di condizioni ritenute favorevoli alla parte privata e alla parte pubblica. Non una prelazione ma un illegittimo affidamento diretto (neanche una procedura negoziata come è stata definita dall'appellante incidentale a pagina 40 dell'atto di appello, che, pure, sarebbe stata illegittima) sulla scorta della "vecchia" trattativa privata di cui all'art. 41 R.D. 827/1924.

44.17. La conclusione cui giunge l'appellante incidentale è dunque corretta: all'illegittimo esercizio della prelazione consegue che la concessione è stata, nella sostanza, affidata senza gara.

45. All'accoglimento del motivo precedente consegue l'assorbimento della doglianza contenuta nel quarto motivo dell'appello incidentale (sub lettera D). Si tratta di un assorbimento logico necessario (Consiglio di Stato Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5) in quanto fra le questioni sottoposte all'esame del Collegio esiste un nesso di continenza logica sotto i profili della pregiudizialità o della dipendenza.

L'accertamento dell'illegittimità dell'esercizio del diritto di prelazione rende superfluo l'esame della questione a monte dell'asserita inammissibilità del ricorso di TIM per acquiescenza, in ragione dell'esercizio della prelazione, questione peraltro già esaminata in sede di scrutinio del primo motivo dell'appello autonomo proposto da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A.

45.1. All'accoglimento del motivo relativo all'esercizio illegittimo della prelazione consegue anche l'assorbimento di ordine logico di tutte le altre censure del ricorso di primo grado di RTI Fastweb inerenti l'offerta di RTI TIM. Se invero, l'aggiudicazione a RTI TIM è in radice illegittima per difetto dei presupposti della prelazione, appare logicamente superfluo esaminare se l'offerta fosse viziata pure sotto altri profili. Da questo consegue che occorre annullare senza rinvio il capo della sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso introduttivo di RTI Fastweb per ravvisato vizio dell'offerta di RTI TIM sotto un profilo diverso da quello esaminato dal giudice di appello. Per l'effetto, si determina lo stesso risultato prodotto dalla sentenza del TAR, vale a dire l'accoglimento del ricorso di primo grado di RTI Fastweb, nella sua parte impugnatoria, ma con diversa motivazione. L'impianto motivazionale della presente decisione sorregge in modo equivalente il capo di sentenza del TAR che ha esaminato le questioni risarcitorie, e che va esaminato qui di seguito nei limiti in cui ha formato oggetto di impugnazione.

46. Va dunque esaminato il primo motivo di appello incidentale di RTI Fastweb (la questione del risarcimento del danno per equivalente, vista la correttezza della statuizione del TAR in ordine alla esclusione della possibilità di subentro di cui al paragrafo 14.6. della sentenza di primo grado). Scontata la spettanza del risarcimento, seppure per ragioni differenti rispetto a quelle individuate nella sentenza di primo grado, la contestazione di RTI Fastweb si concentra sui criteri dettati (al verificatore) per l'individuazione della somma spettante.

46.1. Qui premono alcune precisazioni. La sentenza appellata è una sentenza parziale e al contempo non definitiva che statuisce sull'*an* del risarcimento del

danno spettante a RTI Fastweb ma non sul *quantum*. Essa però, come anticipato, detta criteri ai quali il verificatore deve attenersi per il calcolo della somma dovuta. Sono tali criteri che vengono contestati dall'appellante e sui quali questo Collegio deve pronunciarsi precisando che:

- a) il principio di consumazione dei mezzi di impugnazione, comporta che, in sostanza, l'impugnazione di una parte, una volta proposta, le preclude di denunciare altri motivi di censura o di riproporre le stesse censure, pure se il relativo termine non è ancora scaduto, attraverso un nuovo atto di impugnazione;
- b) il processo, quanto alla domanda risarcitoria, in ordine al *quantum*, deve proseguire dinanzi al TAR.

46.2. Ciò premesso, le doglianze di RTI Fastweb in ordine ai criteri che il TAR ha dettato al verificatore sono infondate.

46.3. Le questioni sono due:

- a) il danno diretto (mancati utili ritraibili da Fastweb e da Aruba dalla specifica iniziativa economica quali fornitori della NewCo PSN);
- b) il danno *curriculare* e il danno all'immagine.

46.4. Sotto il primo profilo il TAR ha ritenuto che:

- a) *“le ricorrenti non hanno fornito alcuna prova volta a escludere il c.d. aliunde perceptum”*;
- b) *“per queste ragioni, debba reputarsi equo riconoscere il danno derivante dalla mancata percezione degli utili nella misura del trentacinque per cento dell'ammontare totale degli stessi”*.

46.5. Tali statuizioni sono da confermare con le precisazioni che seguono.

46.5.1. Uno dei criteri destinati ad incidere sulla quantificazione del danno risarcibile è dato dall'*aliunde perceptum vel percipiendum*. Esso mira ad escludere dal *quantum* risarcibile, al fine di evitare un indebito arricchimento del soggetto danneggiato, la parte di profitto, derivante da attività lucrativa, che lo stesso abbia, comunque, conseguito (o che avrebbe potuto conseguire) nel periodo di efficacia

del provvedimento amministrativo annullato ma che, in virtù del meccanismo legato all'impossibilità di subentro nell'esecuzione dell'appalto, produce comunque i suoi effetti dannosi. L'*aliunde perceptum* viene ricavato anche in via presuntiva. Il danno da mancata aggiudicazione comporta l'integrale ristoro del lucro cessante solo nell'ipotesi in cui il danneggiato possa provare di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, si presume che l'impresa possa riutilizzare mezzi e manodopera per altre commesse, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*, con derivante decurtazione di percentuale dell'utile. La prova può essere fornita anche mediante il ricorso alla presunzione semplice, fondata sull'*id quod plerumque accidit*, per la quale, essendo l'imprenditore un soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata, finalizzata alla produzione di utili, di norma egli non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative da cui trarre utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, deve ritenersi che l'operatore economico impieghi proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*. In merito alla decurtazione, derivante dall'applicazione dell'*aliunde perceptum*, questa può essere, in assenza di parametri certi, calcolata, come il più delle volte accade, in via equitativa e forfettaria, come è avvenuto in questo caso.

46.5.2. In ordine alla valutazione equitativa va detto che la statuizione del TAR resiste alle critiche che le sono state rivolte in quanto, come noto, il legislatore subordina il ricorso alla valutazione equitativa del giudice al duplice presupposto che risulti provata, o comunque incontestata, l'esistenza di un danno risarcibile (come in questo caso) e che sia impossibile o molto difficile dimostrarne il preciso ammontare (esattamente la fattispecie qui esaminata). La valutazione equitativa del danno costituisce un criterio di chiusura del sistema applicabile allorché la base del danno risarcibile non sia regolata in via preventiva dalla legge, oppure il danno non

possa essere provato giudizialmente nel suo preciso ammontare. Proprio in quanto il potere equitativo del giudice *ex art. 1226* non è riconducibile nell'ambito della decisione della causa secondo equità contemplata dall'*art. 114 c.p.c.*, esso non è condizionato alla richiesta delle parti, essendo invece compreso nei poteri generali attribuiti al giudice *ex art. 115 c.p.c.* L'equità ha il significato di prudente contemperamento e mediazione tra i vari fattori, positivi e negativi, di probabile incidenza sul danno.

46.5.3. In ordine al secondo profilo (il danno curriculare) il TAR ha ritenuto, in sintesi:

a) *“quanto al generale effetto positivo sull'immagine aziendale delle due società derivante dall'esecuzione della commessa, deve osservarsi che, come sopra detto, le ricorrenti sono primari operatori del settore, indipendentemente dall'esito della gara per il PSN; peraltro, le società hanno comunque ottenuto un ritorno positivo di immagine, in quanto sono risultate originariamente aggiudicatarie della procedura, mentre la circostanza che non eseguiranno effettivamente la prestazione è dovuta soltanto all'esercizio della prelazione da parte del promotore; sul punto, le ricorrenti si limitano a replicare facendo riferimento a presunti dati notori (“la mancata aggiudicazione di una procedura di un tal valore economico e ritenuta fondamentale dal governo per il perseguimento degli obiettivi di cui alla strategia cloud italiana è notoriamente un fattore che incide anche sull'immagine di società affermate e rendono del tutto ininfluyente la circostanza di aver ottenuto il miglior punteggio complessivo” – replica del 24 settembre 2022, p. 33), ma in verità indimostrati, per cui anche sotto questo profilo le allegazioni appaiono prive di adeguato supporto probatorio”;*

b) *“quanto alla vendita dei servizi cloud oggetto del PSN anche alle amministrazioni non aderenti e ai privati, non è dimostrato che la mancata aggiudicazione del PSN sia destinata a influire negativamente sulla capacità delle ricorrenti di attrarre la domanda proveniente dai privati e dalle amministrazioni*

*pubbliche non aderenti al PSN, dovendo, semmai, osservarsi che Fastweb e Aruba, proprio in quanto non impegnate nella commessa del PSN, potrebbero persino risultare maggiormente competitive nei predetti segmenti di domanda”.*

46.5.4. Anche in questo caso le statuizioni del TAR resistono alle critiche rivolte dall'appellante incidentale in quanto:

a) sulla quantificazione del danno da mancata aggiudicazione dell'appalto, con riguardo al c.d. danno curriculare, il creditore deve offrire una prova puntuale del danno che asserisce di aver subito quantificandolo in una misura percentuale specifica (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 2 dicembre 2022, n. 1247);

b) più precisamente, il danno curriculare, ancorato alla perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al *curriculum* professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare, deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'*an*, è possibile procedere alla relativa liquidazione nel *quantum* (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante) e sempre che non debba ritenersi che, trattandosi di impresa leader nel settore di riferimento, l'aver conseguito già un *curriculum* di altissimo livello, renda la mancata aggiudicazione di un appalto non idonea, per definizione, ad incidere negativamente sulla futura possibilità di conseguire le commesse economicamente più appetibili e, più in generale, sul posizionamento dell'impresa nello specifico settore di mercato in cui è chiamata ad operare (Consiglio di Stato sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785).

46.6. Il motivo va pertanto respinto poiché, come correttamente statuito dal TAR, il danno “indiretto” richiesto dalle ricorrenti non può essere riconosciuto, per difetto di prova sull'esistenza stessa di tale danno.

47. Nella memoria depositata il 9 settembre 2023 (pagina 7) RTI Fastweb afferma: *“che laddove codesto ecc.mo Collegio ritenesse condivisibile le tesi dell’Avvocatura erariale prospettate nel quarto motivo di appello principale e, in specie, una interpretazione della normativa vigente per la quale: - il danno c.c. diretto sia negato o ridotto a valori non idonei a compensare la lesione subita per effetto di una presunzione di aliunde perceptum sostanzialmente insuperabile (dovendo il danneggiato fornire una prova negativa pressoché impossibile); - il c.d. danno indiretto sia negato per ragioni soggettive (l’essere una impresa leader del mercato); andrebbe allora previamente verificata, con rinvio pregiudiziale alla competente Corte di giustizia, la compatibilità della disciplina nazionale (artt. 1226 e 2043 c.c.) così interpretata con il principio dell’effettività e se tale disciplina, così interpretata, non sia tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile ottenere una tutela risarcitoria di posizioni giuridiche espressamente previste e protette dall’ordinamento dell’Unione europea. Questione che appare ineludibile una volta escluso il risarcimento in forma specifica per l’effetto combinato degli artt. 48 d.l. n. 77/2021 e 125 c.p.a.”.*

48. Come noto, la Corte di Giustizia si è più volte pronunciata sull’obbligo di rinvio pregiudiziale. Tra le altre, la decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 6 ottobre 2021, in causa C-561/2019, Consorzio Italian Management, ha affermato importanti principi in materia di obbligo di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 267 del Trattato giungendo, tra l’altro, alle seguenti conclusioni: *“L’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all’interpretazione del diritto dell’Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell’Unione di cui trattasi è già stata oggetto d’interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto*

*dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi".* Può dirsi che la sentenza abbia un valore sostanzialmente confermativo dell'indirizzo riconducibile ai cosiddetti "*criteri Cilfit*", riguardanti la definizione dei casi in cui il giudice è dispensato dall'obbligo di rinvio, anche se nella pronuncia possono leggersi alcuni significativi elementi di novità.

48.1. In particolare, la Corte ha precisato che, per escludere l'obbligo del rinvio, può considerarsi non solo il precedente riguardante un caso identico, ma anche una o più pronunce relative a situazioni analoghe a quella oggetto del giudizio nazionale.

48.2. Ulteriore elemento significativo può rinvenirsi nella specificazione del criterio dell'"atto chiaro", idoneo ad escludere la sussistenza dell'obbligo di rinvio.

48.3. La sentenza precisa al punto 39, che il giudice di ultimo grado "*può altresì astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità qualora l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit, 283/81, punti 16 e 21, nonché del 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito, C-160/14, punto 38)*".

48.4. La questione da precisare, di cui questo Collegio è pienamente consapevole, è che l'univocità dell'interpretazione non può basarsi sulla sola considerazione della giurisprudenza dello Stato cui appartiene il giudice di ultima istanza. Difatti, il principio espresso dalla CGUE, 9 settembre 2015, C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva, è il seguente: "*l'articolo 267, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto a sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale [...] in circostanze quali quelle del procedimento principale, contraddistinte al contempo da decisioni divergenti di giudici di grado inferiore quanto all'interpretazione [...] e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione della medesima nei vari Stati membri*".

48.5. L'onere posto a carico del giudice nazionale è ampiamente mitigato dalla

Corte, secondo cui il confronto con le esperienze degli altri ordinamenti non impone di effettuare lunghe indagini, ma deve basarsi sui dati effettivamente disponibili, con particolare riferimento a quelli offerti dalle parti in giudizio.

48.6. Difatti, la Corte precisa al punto 44 della sentenza 6 ottobre 2021, in causa C-561/2019 che *“Se un giudice nazionale di ultima istanza non può certamente essere tenuto a effettuare, a tal riguardo, un esame di ciascuna delle versioni linguistiche della disposizione dell’Unione di cui trattasi, ciò non toglie che esso deve tener conto delle divergenze tra le versioni linguistiche di tale disposizione di cui è a conoscenza, segnatamente quando tali divergenze sono esposte dalle parti e sono comprovate.”*

48.7. Nel caso qui esaminato si può concludere il ragionamento precisando quanto segue.

48.7.1. La richiesta di rinvio pregiudiziale avanzata dall’appellante, più che riferirsi all’interpretazione della normativa eurounitaria finisce per dirigersi sull’interpretazione di norme nazionali rendendo la questione irrilevante (anche perché l’oggetto immediato dell’interpretazione richiesta dall’appellante è costituito, in verità, dagli artt. 1226 e 2043 c.c.).

48.7.2. Occorre fare ulteriore chiarezza sulla questione della prova dell'*aliunde perceptum* o del cd. *aliunde percipiendum*.

48.7.3. È noto che per costante giurisprudenza della Suprema Corte, l'onere della prova di diverse opportunità di guadagno e comunque di introiti ricade sul soggetto inadempiente; (così è stato affermato in materia di licenziamento illegittimo e di conseguente obbligo retributivo del datore di lavoro, sul quale viene fatto ricadere l'onere della prova *dell'aliunde perceptum* o del cd. *aliunde percipiendum* (ossia di altre possibilità di guadagno per il lavoratore licenziato con riferimento al periodo di estromissione dal posto di lavoro: Cassazione civile sez. III, 21 novembre 2019, n. 30330 che richiama Cass. n. 2499 del 31 gennaio 2017, n. 9616).

48.7.4. La giurisprudenza nomofilattica ha, inoltre, affermato che l'allegazione di

fatti comprovanti diverse opportunità di guadagno integra un'eccezione in senso lato e non in senso proprio, potendo, quindi, essere utilizzata d'ufficio ai fini della riduzione della quantificazione del danno (Cass. Civ. Sezioni Unite 3 febbraio 1998 n. 1099).

48.7.5. L'orientamento della Corte è oramai esteso anche al di là dell'ambito giuslavoristico (Cass. Civ. Sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1182, in tema di medici specializzandi, ove si legge: *"...la circostanza che i medici avessero, nel periodo di ritardato adempimento, frequentato le scuole di specializzazione come in precedenza organizzate costituisce indizio presuntivo che essi le avrebbero ragionevolmente frequentate anche nel diverso regime conforme alle prescrizioni comunitarie; né, d'altra parte, i medici possono essere gravati della prova di non aver percepito, durante il periodo di formazione, altre remunerazioni o borse di studio, trattandosi di circostanze - eventualmente rilevanti a titolo di "aliunde perceptum" - l'onere della cui prova va posto a carico del soggetto inadempiente"*; e la già citata Cassazione civile sez. III, 21 novembre 2019, n. 30330 che, anche nella materia degli appalti pubblici, ha affermato che grava in capo al convenuto l'onere della prova (positiva) di diverse opportunità di guadagno e non in capo al danneggiato la prova (negativa) della mancanza di esse.

48.8. È però da tenere in considerazione, che nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, le circostanze di fatto che seguono all'annullamento di un'aggiudicazione si atteggiavano in maniera del tutto particolare e, sostanzialmente, unica. Mentre in altri ambiti la c.d. "prova negativa" impone alla parte danneggiata un onere insuperabile, non è così nell'ambito delle commesse pubbliche ove la posizione delle parti, nella sostanza, si inverte.

48.9. Come noto, il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c. (che impone all'attore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto e al convenuto la prova dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto vantato dalla controparte) ma opera allorché le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrono indicazioni univoche per distinguere le suddette due

categorie di fatti, fungendo da criterio ermeneutico alla cui stregua i primi vanno identificati in quelli più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre gli altri in quelli meno prossimi e quindi più facilmente suffragabili dal convenuto, di modo che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova (Cassazione civile sez. III, 22 aprile 2022, n. 12910).

48.10. Il richiamo agli artt. 1226 e 2043 c.c. è qui irrilevante tenuto conto che, prima dell'art. 1226, la disposizione da applicare è quella contenuta nell'art. 2697 c.c. di cui si può invocare la violazione quando il Giudice attribuisce l'onere della prova ad una parte diversa da quella cui l'onere spetta in base alla stessa norma. La disposizione opera distribuendo tra le parti le conseguenze negative che derivano dalla mancata prova dei fatti. Tali conseguenze sono la soccombenza della parte che non ha fornito la dimostrazione del fatto che aveva l'onere di provare. È la norma sostanziale, di volta in volta applicabile al caso concreto a stabilire quali fatti sono giuridicamente rilevanti; l'art. 2697 fa capo alla posizione processuale delle parti al fine di ripartire tali conseguenze tra attore e convenuto. Essa si fonda sull'assunto che sia l'attore ad allegare i fatti che costituiscono il fondamento della domanda, ossia del diritto che con essa l'attore fa valere, e sia invece il convenuto ad allegare i fatti che fondano le sue eccezioni, ossia le ragioni di inefficacia, modificazione o estinzione di quel diritto. In questo modo, si opera una semplificazione generalizzante della situazione giuridica dedotta in giudizio dalle parti, imponendo ad ognuna di esse l'onere di provare ciò che ha affermato a sostegno delle proprie posizioni, e rendendo possibile al giudice la decisione nei singoli casi concreti.

48.11. Nel caso delle commesse pubbliche, la prova *dell'aliunde perceptum vel percipiendum* non è affatto una prova negativa, come talvolta viene denominata. È la prova stessa del danno da mancata aggiudicazione che si compone di due elementi tra loro avvinti inestricabilmente:

a) l'impedimento ad eseguire l'appalto, determinato dal fraporsi tra l'operatore economico e il bene della vita agognato, di un provvedimento amministrativo illegittimo;

b) in un contratto di durata, la prova del fatto che le maestranze, i mezzi tecnici, l'organizzazione di impresa non siano stati utilizzati in altre commesse; prova che può fornire solo lo stesso operatore economico e che è totalmente preclusa alla stazione appaltante.

Relativamente agevole, nella maggior parte dei casi, è l'individuazione dei fatti costitutivi che l'attore deve allegare a fondamento del diritto che fa valere, e che dovrà provare se vuole che la sua domanda venga accolta: si tratta dei fatti che la disciplina sostanziale applicabile indica come premesse o condizioni degli effetti giuridici previsti dalla stessa disciplina, che l'attore invoca con la domanda. E, non va dimenticato che, sempre con riferimento alla prova dei fatti costitutivi, spetta all'attore l'onere di provare il nesso di causalità tra il comportamento del convenuto e il danno di cui si chiede il risarcimento.

48.12. L'equivoco in cui talvolta si cade è dovuto essenzialmente alla difficoltà di distinguere la mancanza di un fatto impeditivo dalla presenza degli elementi veramente costitutivi del diritto. E qui la prova del fatto che le maestranze, i mezzi tecnici, l'organizzazione di impresa non siano stati utilizzati in altre commesse non è un fatto impeditivo ma un elemento costitutivo del diritto se si guarda alla normale dinamica delle vicende relative all'esecuzione degli appalti. "Normale dinamica" che da tempo la dottrina più accorta ritiene sufficiente per ammettere che una parte dimostri, anche solo con indizi, l'apparenza di una situazione tipica secondo l'*id quod plerumque accidit*, ossia la mera verosimiglianza o "normalità" del fatto che dovrebbe provare, e attribuisce all'altra parte l'onere di provare il contrario, ossia di dimostrare con prove che i fatti reali sono diversi da come appaiono.

48.13. L'applicazione dell'art. 1226 c.c. (il criterio della valutazione equitativa del danno da parte del giudice) attiene, come già in precedenza precisato, non già alla

delimitazione dei danni risarcibili (il "se" della risarcibilità), bensì alla liquidazione, ossia alla determinazione della misura del danno (il "quanto" della risarcibilità) e costituisce un criterio di chiusura del sistema.

48.14. In base alle considerazioni finora esposte è agevole concludere che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è irrilevante poiché esso, in verità, è richiesto per ottenere una interpretazione del diritto interno. Si tratta di una richiesta che non tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra l'effettività del diritto e l'effettività della tutela giurisdizionale dei singoli, due principi che, sebbene concettualmente distinti ed autonomi, sono comunque interdipendenti, tanto sul piano strutturale, quanto su quello funzionale. In questo senso si può leggere la sentenza resa nel caso *Orizzonte Salute* (Corte giust. 6 ottobre 2015, causa C-61/14), ove si è evidenziato che l'applicazione della direttiva 89/665, avente lo scopo di garantire l'accesso alla giustizia alle imprese nelle ipotesi di violazione delle norme dell'Unione in materia di appalti, valorizza la convergenza tra le esigenze sottese all'effettività e quelle proprie di una tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si è assistito ad una codificazione del principio generale di effettività, in specie nella sua accezione processualistica e dunque nei termini di principio di effettività della tutela giurisdizionale. Le due disposizioni di riferimento sono l'art. 19 del Trattato sull'Unione europea e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Quanto al profilo dell'accesso al Giudice nella sua dimensione cosiddetta "interna", la Corte di giustizia si è sempre fatta carico di verificare il carattere "effettivo" del ricorso in tutte le sue molteplici accezioni. Così è stato, ad esempio, in merito ai termini di ricorso (Corte giust. 26 settembre 2013, *Polyelectrolyte Producers Group e SNF c. ECHA*, causa C-625/11); alle condizioni e ai limiti cui è soggetto il diritto al ricorso (Corte giust. 1 luglio 2010, *Knauf Gips c. Comm.*, causa C-407/08); all'intensità dello stesso controllo giurisdizionale in un settore nevralgico quale quello della concorrenza (Corte giust. 8 dicembre 2011, *Chalcor*, causa C-

386/10). Nella celebre sentenza emessa nel caso Johnston (Corte giust. 15 maggio 1986, Johnston, causa C-222/84 51), la Corte ha precisato esplicitamente che quello della tutela giurisdizionale effettiva era un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, dal contenuto riconducibile a quello degli articoli 6 e 13 della Cedu. Il richiamo operato dalla Corte alle norme convenzionali ha testimoniato una concezione del principio nei termini di un diritto al processo, ossia di azionabilità in senso stretto delle posizioni giuridiche individuali fondate sul diritto dell'Unione. Nella sua successiva giurisprudenza, la Corte ha sempre inteso la posizione dell'individuo come dotata di una sua autonomia nella logica complessiva di un sistema di tutela delle posizioni individuali (tra le altre, Corte giust. 28 novembre 2013, Consiglio c. Fulmen e Mahmoudian, causa C-280/12).

48.15. In definitiva, quello che RTI Fastweb ha domandato non è un'interpretazione di norme dell'Unione ma di norme interne, sollevando un dubbio di contrasto tra gli artt. 1226 e 2043 c.c. e il principio di effettività della tutela giurisdizionale che, nella copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia, è sempre stato evocato con riferimento:

a) alla responsabilità risarcitoria degli Stati (la pronuncia che, in quest'ambito rappresenta ancora oggi il *leading case* è Corte giust. 19 novembre 1991, Francovich, cause C-6/90 e C-9/90);

b) ai rapporti tra l'effettività della tutela giurisdizionale e il giudicato.

Tutte questioni che esulano totalmente dalla vicenda sottoposta al Collegio che riguarda esclusivamente un caso di contestazione del *quantum* di un risarcimento del danno, neppure dell'*an*.

49. Per tutte le ragioni esposte, il Collegio ritiene di avere pienamente rispettato i principi in materia di obbligo di rinvio pregiudiziale affermati dalla Corte di Giustizia, tra le altre dalla sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019, laddove al punto 51 si legge che la motivazione “*deve far emergere o che la questione di diritto dell'Unione sollevata non è rilevante ai fini della soluzione della controversia, o che l'interpretazione della disposizione considerata del diritto dell'Unione è*

*fondata sulla giurisprudenza della Corte, o, in mancanza di tale giurisprudenza, che l'interpretazione del diritto dell'Unione si è imposta al giudice nazionale di ultima istanza con un'evidenza tale da non lasciar adito a ragionevoli dubbi.*" Lo stesso è a dirsi per i principi affermati dalla Corte di giustizia UE con sentenza della Sez. VI, 27 aprile 2023, n. 482.

50. Il giudizio sul risarcimento del danno deve proseguire dinanzi al TAR che, al fine della

quantificazione del danno, ha provveduto alla nomina di un verificatore.

51. Nella medesima memoria (9 settembre 2023, punto C, pagine 39 e 40), RTI Fastweb chiede di rinviare alla Corte di Giustizia le seguenti ulteriori questioni:

*"1. se è compatibile con l'ordinamento europeo e segnatamente con i principi di tutela della concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità, alla base degli articoli 101, 109, 49, 56 del TFUE, e con la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (C-324/1998) una disposizione che consenta ad una società in house, partecipata al 100% dal MEF e soggetta al controllo analogo del medesimo Ministero, possa costituire un RTI e/o una società con un soggetto di diritto privato non selezionato tramite una procedura, anche semplificata, di tipo comparativo, tenuto anche conto della circostanza che il contratto associativo è finalizzato a realizzare una infrastruttura finanziata indirettamente con i fondi del PNRR.*

*2. se è compatibile con l'ordinamento europeo e segnatamente con la direttiva 2014/23/CE (considerando nn. 8, 68 e 73 e artt. 2 par. 1, 3 e 30), con la direttiva 2014/24/CE (considerando n. 90 e artt.18, par. I, 24, 41, 57, par. 4, e 67) e con i principi fondamentali del Trattato FUE, segnatamente la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza e pubblicità, nonché con i principi della concorrenza, dell'evidenza pubblica, della parità di trattamento e del principio di proporzionalità e con la stessa*

*giurisprudenza della Corte europea (C-87-1994, sentenza del 25/4/96), una disposizione che consenta di aggiudicare per il tramite dell'esercizio della prelazione al Promotore non aggiudicatario un contratto a condizioni difformi da quelle proposte sia dall'aggiudicatario sia dallo stesso Promotore in fase di gara.*

*3. in caso di risposta positiva al quesito n. 2, se sia compatibile con l'ordinamento europeo e segnatamente con tutte le disposizioni e i principi richiamati sopra, una disposizione consenta di aggiudicare per il tramite dell'esercizio della prelazione al Promotore non aggiudicatario un contratto a condizioni difformi da quelle proposte sia dall'aggiudicatario sia dallo stesso Promotore in fase di gara (e quindi che consenta alla stazione appaltante di rinegoziare l'offerta con il Promotore) laddove tale possibilità non sia stata espressamente prevista nella disciplina in gara e ivi dunque disciplinata (non definendone ex ante i termini, i limiti e i criteri). Si richiamano inoltre le questioni (4-5) prospettate nella memoria conclusiva del 5/9 in ordine al rapporto tra incidentale e principale (pagine 46-47) e in ordine alla interpretazione del requisito della distanza minima tra i DC (pagina 9-12) laddove dovesse ritenersi ammissibile, da un lato, una interpretazione diversa dal dato letterale della disciplina di gara (che fa esplicito riferimento alla distanza tra le Region) e, dall'altro lato, una soglia di tolleranza rispetto alla distanza minima prevista dalla disciplina di gara e non contestata sul punto (in entrambi i casi ne risulterebbe violato il principio di parità di trattamento, di trasparenza e di pubblicità discendenti dalle disposizioni dell'ordinamento europeo sopra richiamate). Nonché si richiama la questione (6) prospettata nella presente memoria (p. 7) in ordine alla ineffettività della tutela della posizione dell'aggiudicatario illegittimamente privato dell'affidamento del contratto, laddove dovesse ritenersi ammissibile la interpretazione limitativa del diritto al risarcimento del danno prospettata dall'Avvocatura erariale”.*

52. Le questioni evidenziate (le prime cinque) sono tutte irrilevanti poiché le ricorrenti hanno ottenuto il bene della vita richiesto. La sesta questione è invece irrilevante per le ragioni ampiamente esposte al punto 48 della presente decisione.

53. Resta da esaminare l'appello principale proposto dall'Amministrazione.

53.1. Le censure, come già anticipato, si appuntano:

- a) sulla natura di "requisiti di esecuzione" delle prescrizioni del progetto di fattibilità relative alla distanza tra le due *Region* di collocazione dei *Data center* (DC) e alla classificazione sismica della zona in cui siano collocati i medesimi DC;
- b) sulla distanza tra le due *Region* di *Data center*;
- c) sul rispetto della prescrizione concernente il livello di rischio sismico dell'area di collocamento di ciascun DC.

53.2. Tali censure sono improcedibili alla luce del disposto accoglimento dell'appello incidentale di RTI Fastweb e del conseguente assorbimento di ogni altra censura del ricorso di primo grado di RTI Fastweb afferenti l'offerta di RTI TIM, che ha determinato l'annullamento da parte di questo Collegio del capo di sentenza oggetto dell'appello principale dell'Amministrazione. Nessuna maggiore utilità potrebbe derivare all'Amministrazione dall'esame in appello di vizi dell'offerta di RTI TIM che sono irrilevanti a fronte della più radicale ragione dell'illegittimo esercizio della prelazione.

54. Discorso differente va fatto per il quarto motivo dell'appello principale, proposto in via subordinata, volto a contestare "*oltre all'an, anche i criteri di determinazione del quantum del riconosciuto diritto al risarcimento "per equivalente" del danno in tesi subito, i quali richiederanno di essere concretamente applicati dalla sentenza definitiva volta a chiudere il giudizio di primo grado*".

54.1. L'Amministrazione sostiene che:

- a) grava sulla parte che assuma di essere danneggiata dalla mancata aggiudicazione di una determinata procedura di gara fornire la prova specifica idonea a superare la presunzione dell'impiego delle risorse e dei mezzi dell'impresa in altre attività remunerative. Un simile onere non risulterebbe essere stato in alcun modo adempiuto; la percentuale di utili riconosciuta in favore delle odierne appellanti

incidentali non dovrebbe superare la misura massima del 10%, attestandosi verosimilmente ben al di sotto di questa soglia;

b) la sentenza di primo grado sarebbe illegittima anche per quanto attiene alle indicazioni fornite all'organo verificatore, *ex art. 66 c.p.a.*, ai fini dell'esatta determinazione dei margini di utile ritraibili dalla commessa cui il risarcimento è stato circoscritto; la sentenza di primo grado andrebbe riformata nella parte in cui avrebbe dato per fissi e immutabili gli assunti posti a fondamento del PEF della controparte appellata, così sottraendoli al vaglio dei verificatori.

55. La prima censura è infondata e la seconda inammissibile.

55.1. La prima è infondata poiché il primo Giudice ha fatto applicazione di principi pacifici nella materia del danno da mancata aggiudicazione per cui dal margine di utile effettivo, quale ricavabile dall'offerta dall'impresa danneggiata va decurtato, in ragione della mancata prova da parte del ricorrente di non aver potuto utilizzare i mezzi o le maestranze in altri lavori, dell'*"aliunde perceptum vel percipiendum"*, equitativamente determinato. Sulla nozione di valutazione equitativa si rinvia all'esame del primo motivo dell'appello incidentale proposto da Fastweb in cui sono stati affermati principi qui direttamente applicabili.

55.2. La seconda censura è inammissibile perché finisce per chiedere a questo Giudice di pronunciarsi su questioni che sono riservate alla prosecuzione del giudizio di primo grado. Ne è prova il fatto che buona parte delle argomentazioni spese dall'amministrazione poggiano sull'ordinanza del TAR 18 maggio 2023, n. 8482, successiva alla sentenza qui impugnata e consistente in una risposta a una richiesta di chiarimenti avanzata dall'organo verificatore.

56. In definitiva:

a) l'appello principale proposto da Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Difesa Servizi S.p.A., va in parte dichiarato improcedibile e in parte respinto;

b) l'appello incidentale, a valere quale appello autonomo proposto da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo

S.p.A. e Sogei S.p.A. va in parte respinto (motivi da 1 a 6) e in parte dichiarato improcedibile (motivi 7 e 8);

c) l'appello incidentale proposto da Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. va in parte accolto e in parte respinto, come da motivazione;

d) per l'effetto, la sentenza appellata è annullata nel capo relativo all'accoglimento dei vizi di legittimità dell'offerta di RTI e sostituita, *in parte qua*, dalla presente sentenza, mentre è confermata quanto al capo relativo al risarcimento del danno, e il giudizio prosegue innanzi al Tar al fine della relativa quantificazione.

Le spese, vista la complessità e particolarità delle questioni sottoposte al Collegio, devono essere compensate tra le parti in causa.

57. La condotta dell'Amministrazione, che ha consentito l'illegittimo esercizio della prelazione, con quel che ne consegue sotto il profilo risarcitorio, richiede il vaglio di competenza della Procura regionale della Corte dei conti per il Lazio, a cui, a cura della Segreteria, devono essere trasmessi, in formato digitale, in una con la presente sentenza, tutti gli atti del fascicolo di primo grado e di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

a) respinge in parte (motivi da 1 a 6) e dichiara improcedibile nel resto (motivi 7 e 8) l'appello incidentale, a valere quale appello autonomo proposto da Polo Strategico Nazionale S.p.A., Telecom Italia S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A.;

b) accoglie in parte (quanto alla censura di illegittimo esercizio della prelazione da parte di RTI TIM) e respinge nel resto l'appello incidentale proposto da Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A., e per l'effetto, assorbiti i motivi del ricorso al Tar non espressamente esaminati, annulla il capo di sentenza del Tar relativo a censure impugnatorie, da intendersi sostituito dalla presente decisione nella parte in cui accoglie il ricorso introduttivo di Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A.;

c) dichiara l'appello principale proposto da Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Difesa Servizi S.p.A. parzialmente improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, e nel resto lo respinge.

d) per l'effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*bis*, n. 4338/2023, davanti a cui prosegue il giudizio risarcitorio.

Spese compensate.

Dispone, a cura della Segreteria della Sezione, la trasmissione degli atti alla Procura regionale della Corte dei conti per il Lazio, per le valutazioni di competenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Gianluca Rovelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosanna De Nictolis**

**IL SEGRETARIO**