

Consiglio di stato, sezione terza, sentenza n. 3585 del 5 giugno 2020

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 545 del 2020, proposto da, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio, in Roma, via

nei confronti

.....S.r.l., Regione Toscana, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 420 del 2020, proposto daS.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

..... S.r.l. in proprio e quale Mandataria Costituendo RTI con S.p.A.,, non costituiti in giudizio;

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

nei confronti

....., non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto ad entrambi i giudizi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (sezione Terza) n. 1706/2019, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica – tenutasi il 21 maggio 2020 con le modalità di cui all'art. 84 comma 5 d.l. 18/2020 - il Cons. Giulio Veltri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. della, indicava, *ex art. 60 dlgs 50/2016*, gara per la stipula di *“una Convenzione per la fornitura in locazione operativa di un software unico regionale per la gestione dell’assistenza integrativa e della distribuzione per conto destinato alle Aziende Sanitarie della”*, per la durata di 72 mesi, con base d’asta € 2.400.000,00.

Presentavano offerta, i RTI, e il costituendo RTI guidato da 2. La gara di concludeva con l’aggiudicazione a con 94,18 punti (78,25 tecnici + 15,93 economici); in seconda posizione si classificava

..... con 92,94 punti (72,94 +20,00), e ultimo il RTI con 85,35 punti (67,28 + 18,07).

3. impugnava gli esiti della gara dinanzi al TAR Toscana, proponendo quattro motivi di ricorso e due motivi aggiunti: 1. con il primo, complesso motivo di ricorso, sosteneva, in primo luogo, la sopravvalutazione dell'offerta dell'aggiudicatario, in relazione alle "*ulteriori integrazioni al sistema*", in quanto asseritamente non previste dalla *lex specialis* e, comunque, non fornite dalla aggiudicataria; o, comunque, fornite in misura non maggiore e migliore di quelle proposte dalla ricorrente; col medesimo motivo contestava la valutazione della Commissione perché avrebbe ritenuto del tutto assimilabili i sistemi offerti; 2. con il secondo motivo lamentava la presunta illegittimità delle valutazioni rese dalla Commissione in relazione al criterio "D" di valutazione dell'offerta tecnica, sostenendo l'irragionevolezza dei punteggi assegnati sotto diversi profili; 3. con il terzo motivo sosteneva l'illegittima ammissione della aggiudicataria, in quanto il requisito di qualificazione sarebbe stato ottenuto mediante affitto di azienda della Società it. S.r.l non sufficiente a coprire l'intera durata dell'appalto; 4. con il quarto motivo deduceva che l'ammissione di sarebbe ulteriormente illegittima, in quanto l'aggiudicataria non avrebbe fornito documentazione idonea a comprovare l'avvenuto svolgimento ("per il tramite" della Società S.r.l.) di almeno un contratto di fornitura e sviluppo di software, nel triennio precedente alla gara, risultando inadeguata la certificazione prodotta dalla ASL 2 Umbria e non valutabile quella dell'Unione Ligure Associazione Titolari di Farmacia. S.r.l. presentava poi ulteriori due motivi aggiunti di ricorso, mediante i quali: 5. deduceva la contraddittorietà dell'offerta nella parte in cui avrebbe dichiarato la capacità del sistema di gestione della privacy per categorie particolari di dati personali, salvo poi negarne l'idoneità in sede di scheda c.d. "*check di compliance*"; 6. sosteneva che

il sistema offerto da non sarebbe ridonato, in quanto prevederebbe due “*application e web server*”, ma solo un “*data base*” server.

4. Il TAR accoglieva il ricorso. Segnatamente, pur respingendo l’eccezione di inammissibilità in *parte qua* del ricorso, per violazione dell’art. 120 comma 2 bis del codice dei contratti pubblici, *ratione temporis* asseritamente applicabile, accoglieva il terzo e il quarto motivo basati rispettivamente sull’inidoneità del contratto di affitto di ramo d’azienda per sostanziare i requisiti di partecipazione (non avendo il contratto, la stessa durata dell’appalto), e sulla non sussumibilità dei contratti pregressi in contratti di “*fornitura e sviluppo di un software*” o comunque loro inidoneità sotto il profilo temporale; riteneva in parte fondata anche la prima censura nella parte in cui avrebbe ammesso a valutazione “*ulteriori integrazioni*”, sancendone, per il resto, l’inammissibilità perchè attinente a valutazioni di merito; dichiarava inammissibile per le stesse ragioni il secondo motivo di ricorso; riteneva fondata la censura di cui al primo motivo aggiunto ritenendo il software privo di un requisito richiesto dalla *lex specialis* in tema di trattamento dei dati personali; infine, dichiarava fondata anche il secondo dei motivi aggiunti per incertezza dell’offerta tecnica.

5. Avverso la sentenza hanno proposto appello sia che

6. In entrambi i giudizi si è costituito S.r.l. e ha chiesto la reiezione del gravame.

7. Entrambe le cause sono state trattenute in decisione all’udienza del 21 maggio 2020, tenutasi con le modalità previste dall’art. 84 comma 5 del d.l. 18/2020.

DIRITTO

1. Gli appelli concernono la medesima sentenza e necessitano pertanto di una trattazione congiunta.

2. Deve in prima battuta esaminarsi la questione dell'ammissibilità delle censure aventi ad oggetto l'ammissione di alla gara; eccezione riproposta da quest'ultima in sede d'appello.

2.1. Com'è noto, l'art. 1, comma 22, lett. a), del d.l. n. 32/2019 (convertito nella legge n. 55/2019) ha abrogato l'art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010; la disposizione abrogatrice, come precisato al successivo comma 23, si applica ai processi iniziati dopo l'entrata in vigore della legge di conversione (*id est* iniziati dopo il 18.6.2019). Il ricorso in esame è stato notificato nel luglio 2019, quindi dopo l'entrata in vigore della legge abrogatrice, e ha avuto ad oggetto un provvedimento di ammissione del 19 dicembre 2018.

2.2. La tesi di è che, essendo decorso il termine decadenziale di 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione, la fattispecie si sarebbe consolidata sotto il vigore della norma abrogata, con conseguente irretroattività della nuova norma processuale che ha eliminato l'onere di impugnativa delle ammissioni altrui.

2.3. L'argomentazione, pur suggestiva, non può essere condivisa. Innanzitutto essa non spiega quale sia il margine di applicazione residuo della norma transitoria espressa; soprattutto confonde i piani della fattispecie sostanziale e processuale, obliterando che l'art. 120 bis ha anticipato l'onere dell'impugnazione dell'ammissione, in deroga al principio di necessaria lesività, imponendo, pena l'inammissibilità delle censure postume, l'immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano (e possono dopo l'abrogazione della disposizione) essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. E' a questa valutazione processuale di inammissibilità che la norma transitoria si riferisce: nei processi iniziati dopo il 18.6.2019 essa non è più consentita, dovendo il giudice valutare le censure anche se (*recte*: solo se) proposte avverso l'aggiudicazione. 2.4. Nel caso di specie

l'impugnazione dell'aggiudicazione è certamente tempestiva, talchè nel valutarne la legittimità, il giudice, affrancato da preclusioni processuali, ben può vagliare le questioni relative all'ammissione.

3. Tanto chiarito, può passarsi all'esame dei (coincidenti) motivi dei due appelli, secondo l'ordine scelto dal giudice di prime cure e fatto proprio da entrambi gli appellanti.

4. La prima questione da trattare è dunque quella oggetto del terzo motivo dell'originario ricorso: essa riguarda la clausola di cui all'art. 7.3 del disciplinare di gara, richiedente la *“dichiarazione di avere realizzato un contratto per fornitura e sviluppo di un software di gestione integrativa e/o della distribuzione per conto effettuato negli ultimi 3 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, compresi contratti iniziati precedentemente ed ancora in corso”*. Il giudice di prime cure ha affermato che non poteva legittimamente avvalersi, ai fini del possesso del suddetto requisito, del contratto di affitto di ramo di azienda stipulato con s.r.l., in quanto, come anche riconosciuto dalla difesa di, esso ha una durata che, pur essendo superiore ai tre anni minimi previsti dall'art. 76, comma 9, del d.p.r. n. 207/2010, è inferiore ai 6 anni di durata dell'appalto aggiudicato. A tal fine ha valorizzato un indirizzo giurisprudenziale (lealmente riconosciuto come non consolidato) secondo il quale *“Nel caso in cui il contratto che disciplina l'affitto della azienda o di un ramo di essa, posto in essere al fine di acquisire alcuni requisiti altrimenti non posseduti dal concorrente, rechi una clausola sulla durata del contratto inferiore alla durata del contratto di appalto da eseguire, la stazione appaltante dispone legittimamente l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, poiché la stazione appaltante non può fare affidamento sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara, e precisamente dalla scadenza del termine della domanda di partecipazione alla*

procedura e fino all'aggiudicazione, nonché, in seguito, per l'intera fase di esecuzione del contratto di appalto, potendo intervenire una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti con conseguente impossibilità di procedere all'aggiudicazione ovvero all'esecuzione del contratto di appalto” (Cons. Stato, V, 4.2.2019, n. 827).

4.1. Gli appellanti contestano il citato orientamento e sostengono che, al momento della domanda e per l'intera durata della procedura di gara, era in possesso del requisito di capacità tecnico professionale richiesto dall'art. 7.3 del disciplinare di gara, in virtù del contratto di affitto d'azienda sottoscritto conit s.r.l. in data 6 agosto 2018 avente una durata di cinque anni (fino al 6 agosto 2023). Del resto – aggiungono gli appellanti - il requisito di capacità tecnica (esecuzione di un contratto avente oggetto analogo nel triennio antecedente la pubblicazione del bando) rileverebbe esclusivamente ai fini dell'ammissione dei concorrenti e quindi della partecipazione degli operatori alla procedura. Affermando che l'affitto di ramo d'azienda è inidoneo a dimostrare il possesso del predetto requisito, in quanto di durata inferiore rispetto alla durata dell'appalto aggiudicato, il TAR avrebbe modificato la previsione della *lex specialis* attribuendo al requisito di partecipazione un rilievo anche in fase di esecuzione che al medesimo non appartiene.

4.2. Ritiene il Collegio che il motivo d'appello sia fondato. La Sezione ha già avuto modo di chiarire che “...il requisito del fatturato specifico ottenuto nel triennio precedente alla pubblicazione del bando rileva ai fini dell'ammissione dei concorrenti alla procedura; sicché, dopo l'aggiudicazione, esso può anche venir meno (perché, per esempio, nell'anno successivo il fatturato è calato), senza che l'impresa patisca alcuna conseguenza rispetto all'esecuzione del contratto. Dunque, qualsiasi ulteriore valutazione in merito al contratto di affitto di ramo di azienda - attinente alla sua eventuale e futura fase esecutiva - non assume valenza ai fini

della legittima partecipazione alla procedura di gara..”(Cons. St., III, 6.11.2019, n. 7581).

4.2.1. Invero l'unica disposizione dedicata a disciplinare gli effetti del contratto d'affitto d'azienda sulla qualificazione dell'impresa affittuaria stabilisce, chiaramente ed espressamente, che quest'ultima "*può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni*" (art. 76, comma 9, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207): “la formulazione testuale di tale disposizione impone una sua esegesi coerente con il dato testuale” (Consiglio di Stato, III, 30 giugno 2016, n. 2952). Essa fissa il punto di equilibrio individuato dal legislatore, nell'intento di coniugare il *favor participationis*, cui le direttive sono ispirate, e la tendenziale stabilità del requisito, così consentendo all'offerente di avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice solo se il contratto di affitto ha durata non inferiore a tre anni. Una volta soddisfatto tale requisito, non è consentito indagare oltre circa l'esatta corrispondenza tra durata dei due rapporti contratti (contratto di affitto e contratto di appalto).

4.2.2. Del resto, diversamente ragionando, se si desse un rilievo ultratriennale al requisito sol perché trattasi di un requisito mutuato dall'affittuario, allora dovrebbe darsi rilievo anche all'astratta possibilità della risoluzione del contratto d'affitto o altre eventuali e imprevedibili cause di estinzione, ossia a circostanze che, in realtà, il legislatore ha assorbito nella valutazione di sintesi cristallizzata nell'art. 76 cit.

5. La seconda questione ha ad oggetto l'originario quarto motivo di ricorso. Il bando richiedeva quale requisito quello “*di aver realizzato un contratto per fornitura e sviluppo di un software di gestione integrativa e/o della distribuzione per conto*”. Il primo giudice ha sul punto affermato che “a seguito della certificazione e le precisazioni prodotte dall'USL Umbria risulta documentata la

manutenzione e lo sviluppo ma non la fornitura”. Ha dato altresì atto che
“ha dato esito al soccorso istruttorio di anche con la presentazione della certificazione dell’Unione Ligure delle associazioni titolari di farmacia, la quale attesta l’avvenuta esecuzione, da parte della società, di un contratto per fornitura e sviluppo di software” ma sul punto ha evidenziato che “tuttavia, secondo tale attestazione, si tratta di contratto del 1.3.2018, e quindi di contratto che non copre nemmeno uno dei tre anni precedenti la pubblicazione del bando (avvenuta in data 6.9.2018) ai quali fa riferimento l’art. 7.3 del disciplinare di gara.

5.1. Secondo gli appellanti le statuizioni sarebbero errate perché: a) dall’attestazione USL si ricava che gli ulteriori affidamenti sottoscritti hanno bensì riguardato i servizi di manutenzione e sviluppo della piattaforma fornita dallait s.r.l. ma su un software di proprietà diit s.r.l, il *G_Open_Care*, in precedenza fornito all’azienda nel 2011; b) inoltre, quanto all’altro contratto eseguito in favore della Unione Ligure delle Associazioni Titolari di Farmacia, e sottoscritto in data 1° marzo 2018, il bando non richiedeva che il contratto dovesse avere una durata minima, ovvero che dovesse ricoprire l’intero triennio.

5.2. Il Collegio condivide siffatte osservazioni. La seconda attestazione USL chiarisce che il software era stato fornito nel 2011 dait, ossia dall’azienda che ha concesso in affitto a il ramo d’azienda. Inoltre sono nel giusto le appellanti quando osservano che il bando non prevedeva la durata triennale del contratto. In mancanza di espresse e nette previsioni limitative (e nel caso di specie non erano ravvisabili) è dirimente il principio del *favor participationis*.

6. La terza questione ha ad oggetto il primo motivo dell’originario ricorso. Secondo il primo giudice “emerge, quale profilo di rilevante illogicità, il fatto

che la commissione ha attribuito alla ricorrente, per il criterio F, un punteggio inferiore a quello della controinteressata sull'assunto dell'omessa dichiarazione, nell'offerta tecnica della prima, della disponibilità ad effettuare ulteriori integrazioni per i primi 6 mesi senza oneri aggiuntivi.

6.1. Le appellanti ritengono che la censura avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile in quanto afferente al merito delle valutazioni, e comunque infondata poiché il disciplinare di gara si riferiva a servizi ulteriori rispetto a quelli minimi obbligatori, e solo ha proposto un piano di rilascio di nuovi servizi per i primi sei mesi dall'aggiudicazione.

6.2. Ad avviso del Collegio anche questo motivo è fondato. Il disciplinare di gara in relazione al criterio "F" denominato "*Integrazioni e recupero dati*" prevedeva: "*sarà valutata la proposta tecnicofunzionale per la realizzazione di quanto richiesto in merito a: Integrazioni infrastruttura di riferimento gestione delle utenze e tracciamento attività recupero dati con particolare attenzione alle soluzioni tecnologiche proposte all'attinenza di quanto offerto all'Allegato B Linee_Guida_IPF_v04.pdf ed agli altri allegati tecnici. Importante rilievo sarà dato all'orientamento all'architettura SOA e alla documentazione dei servizi di interoperabilità forniti senza oneri aggiuntivi e già disponibili nella fornitura, e al piano dei rilasci di servizi per i primi 6 mesi dall'aggiudicazione. Sarà valutata positivamente una proposta che preveda l'utilizzo di prodotti/licenze open source, tanto per i data base che per i sistemi operativi proposti*".

6.2.1. E' evidente, dal mero tenore letterale, che i servizi di interoperabilità "*senza oneri aggiuntivi*" e il "*piano di rilascio*" degli stessi per i primi 6 mesi, non possono che riferirsi ad elementi dell'offerta ulteriori rispetto a quelli previsti dalle disposizioni di gara come obbligatoriamente e necessariamente presenti. Sul punto convincono le spiegazioni delle appellanti circa i diversi concetti di "*infrastruttura di riferimento*" e "*integrazione*" della stessa: la "*infrastruttura*

di riferimento” indica il “sistema” (inteso essenzialmente come insieme di server, reti e software di base) necessario al funzionamento del software applicativo oggetto della fornitura; le “*integrazioni dell’infrastruttura di riferimento*” indicano le caratteristiche del predetto sistema, che consentono al software fornito di “dialogare” con software di altri sistemi e con le banche dati dell’utente. I “*servizi di interoperabilità*” costituiscono il “mezzo” che rende possibile l’integrazione.

6.2.2. Come visto, la *lex specialis* ha espressamente incluso tra gli elementi da considerare ai fini del giudizio sulle offerte, i servizi di interoperabilità messi a disposizione, cioè “le integrazioni da effettuare” – a titolo gratuito, sia all’inizio della fornitura, sia nei 6 mesi successivi all’aggiudicazione, con ciò riferendosi a servizi necessariamente “ulteriori”, rispetto a quelli obbligatori. Il riferimento alla circostanza che i servizi di interoperabilità senza oneri aggiuntivi debbano essere “*già disponibili nella fornitura*” - circostanza sulla quale molto insiste in difesa della sentenza di prime cure – non toglie che si tratti di integrazioni gratuite, dunque aggiuntive.

6.2.3. In ogni caso giova sottolineare che la Commissione nell’assegnare il punteggio per il criterio “F” non ha considerato esclusivamente la mancata dichiarazione da parte di della disponibilità ad effettuare ulteriori integrazioni per i primi sei mesi senza oneri aggiuntivi (come testimonia la congiunzione “anche” contenuta nella motivazione della valutazione), sicchè è veramente arduo sostenere, senza esorbitare dai limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo, che la valutazione complessiva, tradottasi in un differenziale di 0,10 punti, sia manifestamente illogica.

7. Quanto al primo motivo aggiunto (riguardante il rispetto della normativa privacy nel trattamento di una particolare categoria di dati), risulta dagli atti di gara, e segnatamente dall’offerta di, che il software proposto gestisce

tutti i dati personali, ivi comprese categorie particolari di dati personali, ma non gestisce dati relativi a condanne penali e reati, e quelli a maggior tutela (categorie per le quali non v'è, negli atti di gara, espressa richiesta a pena di esclusione, salva la possibilità di adeguamento ove necessario).

7.1. Il TAR ha sul punto sostenuto che “pur non essendo espressamente prevista nel disciplinare di gara la sanzione dell'esclusione per mancata adozione di misure specifiche per tali eventuali categorie di dati, detta mancanza inficia la legittimità del provvedimento di aggiudicazione”.

7.2. Il Collegio è di diverso avviso. Se non v'è sanzione di esclusione, non vi può essere “illegittimità”, semmai un valutazione più bassa in termini di punteggio. Tuttavia, anche a voler considerare una possibile refluenza sul punteggio della mancata (attuale) capacità del software di gestire i dati particolari di cui si è fatto cenno, è dirimente quanto osservato dagli appellanti, ossia che la medesima conseguenza avrebbe dovuto subire anche l'offerta di, atteso che anch'essa ha affermato nella scheda “check di compliance” che il suo sistema non è in grado di gestire né i dati relativi alle sentenze penali, né quelli relativi ai “dati a maggior tutela”.

8. In ordine ai secondi motivi aggiunti, il TAR ha affermato che “nell'offerta riguardante il criterio “F” ha previsto 3 server, mentre nell'offerta riguardante il criterio “D” ha previsto 2 server, talché sussiste il profilo di incertezza denunciato con i motivi aggiunti”.

8.1 Anche tale statuizione merita riforma. In disparte ogni considerazione circa la corrispondenza del concetto di “incertezza” evidenziato, rispetto a quello di mancata ridondanza dedotto dall'originaria ricorrente, è ragionevole la spiegazione fornita dalle appellanti circa il diverso perimetro del parametro valutativo di cui alla lettera F rispetto a quello di cui alla lettera D; diversità che rende solo apparente la contraddittorietà denunciata.

9. Da ultimo, deve darsi atti che ha riproposto con propria memoria “per cautela *ex art. 101 c. 2 cpa*” le censure di prime cure “assorbite” dalla sentenza appellata. In realtà ciò fa riproponendo per intero il quadro delle censure originarie, sulla dichiarata premessa che alcune di esse sarebbero state accolte solo in parte (prima e sesta, ossia seconda dei motivi aggiunti) ovvero respinte (seconda). Trattasi di una scelta processuale equivoca, non essendo chiaro quali delle domande (fra quelle svolte e pedissequamente riproposte) o eccezioni sarebbero state “assorbite”, e comunque evidentemente inammissibile ove a mezzo di essa si pretenda di contestare i capi sfavorevoli della sentenza (contestazione che avrebbe richiesto specifico gravame incidentale).

10 In conclusione gli appelli sono entrambi accolti e, per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, il ricorso introduttivo è respinto.

11. Avuto riguardo alla complessità e novità di alcune delle questioni trattate, il Collegio ritiene sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie entrambi. Per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso introduttivo del primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2020

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO