

**APPALTI - REQUISITI DI PARTECIPAZIONE - AFFITTO RAMO D'AZIENDA - DURATA INFERIORE A QUELLA PREVISTA PER LA GARA - ESCLUSIONE - LEGITTIMA**

È legittima l'esclusione del concorrente che, al fine di acquisire alcuni requisiti altrimenti non posseduti, si avvalga del contratto di affitto di ramo d'azienda avente durata superiore ai tre anni minimi ex art. 76 d.P.R. 207/2010 ma inferiore alla durata complessiva dell'appalto da aggiudicare in quanto la stazione appaltante non è posta in grado di fare affidamento sulla continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della gara.

**TAR Toscana, Firenze, Sez. III, sentenza n. 1706/2019**

Publicato il 16/12/2019

**N. 01706/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00977/2019 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 977 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Studiofarma s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Colzi e Roberto Invernizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Colzi in Firenze, via San Gallo, n. 76;

***contro***

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Stolzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Masaccio, n. 183;

*nei confronti*

Promofarma Sviluppo s.r.l. e Regione Toscana, non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

della determinazione del Direttore del Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi di Estar n. 859 del 14/6/2019, di aggiudicazione a Promofarma s.r.l. della procedura aperta avente a oggetto una convenzione per la fornitura in locazione di un software unico regionale per la gestione dell'assistenza integrativa e distribuzione per conto, oltre che, in quanto li si interpreti in senso tale da sorreggere le illegittime aggiudicazione e ammissione di Promofarma alla procedura, per l'annullamento del bando, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, del capitolato normativo, nonché per l'annullamento dei verbali di gara, della determinazione dirigenziale ESTAR "N° 1807 del 19/12/2018" recante l'elenco degli operatori ammessi in gara, della determinazione dirigenziale ESTAR "N° 1149 del 2/8/2018" di indizione della gara; nonché di ogni ulteriore atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, nonché per la caducazione o declaratoria di inefficacia con ogni miglior formula, della convenzione o contratto eventualmente frattanto stipulati in conseguenza dell'aggiudicazione impugnata, rispetto alla quale è proposta sin d'ora domanda di subentro nell'esecuzione contrattuale.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2019 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Estar, con determinazione n. 1149 del 2.8.2018, ha indetto la gara per la stipula di convenzione avente durata di 72 mesi, riguardante la fornitura in locazione di un software unico regionale per la gestione di assistenza integrativa e della distribuzione per conto da destinare alle aziende sanitarie della Regione Toscana.

Il disciplinare di gara prescriveva, a titolo di requisito di capacità tecnica e professionale, la “dichiarazione di aver 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 (da riportare nel DGUE Parte IV – Criteri di selezione - Sezione C)”.

In base alla lex specialis di gara erano riservati 80/100 punti all’offerta tecnica e 20/100 punti all’offerta economica. In particolare, per il criterio D (“Documentazione”) era prevista l’assegnazione fino a un massimo di 8 punti, volti a premiare “la documentazione per l’utente e la documentazione tecnica del software, con particolare riguardo all’architettura, ai linguaggi di sviluppo, alle librerie o agli standard utilizzati, al disegno del database, alla modalità di archiviazione documentale, alla firma digitale, alla semplicità di accesso alle varie funzionalità”; per il criterio F (“Integrazione e recupero dati”) era prevista l’assegnazione fino a 14 punti in merito a “integrazioni, infrastruttura di riferimento, gestione delle utenze e tracciamento attività, recupero dati; con particolare attenzione alle soluzioni tecnologiche proposte”, con l’avvertenza che “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 nuovi servizi per i primi 6 mesi dall’aggiudicazione”.

Promofarma Sviluppo s.r.l. si è classificata prima, ottenendo 94,18 punti (di cui 78,25 per l'offerta tecnica e 15,93 per quella economica); la ricorrente (Studiofarma s.r.l.) si è classificata seconda, ottenendo 92,94 punti (di cui 72,94 per l'offerta tecnica e 20 per l'offerta economica); la società Technosoft si è classificata terza, con 85,35 punti (67,28 + 18,07). In particolare, per il criterio D la ricorrente ha riportato 5,33 punti mentre la prima classificata ha ottenuto 8 punti; per il criterio F la ricorrente si è vista attribuire 12,25 punti mentre Promofarma ne ha ottenuti 14.

Pertanto Estar, con determinazione n. 859 del 14.6.2019, ha aggiudicato la gara a Promofarma Sviluppo s.r.l..

Avverso la suddetta determina di aggiudicazione, il provvedimento di ammissione alla gara (n. 1807 del 19.12.2018) e, in via eventuale, avverso il bando e gli atti ad esso connessi, la ricorrente è insorta deducendo:

1) Violazione dell'art. 67 e del considerando 92 della direttiva 2014/24/UE e degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/20016; violazione dell'art. 18 del disciplinare, dell'art. 12 del capitolato tecnico, degli artt. 1, 3, 6 e 12 della legge n. 241/1990; disparità di trattamento, manifesta illogicità e irragionevolezza, carenza di istruttoria e di motivazione; sviamento.

In ordine al criterio F la ricorrente si è vista assegnare il coefficiente medio 0,70 ("discreto") anche in ragione dell'omessa dichiarazione di disponibilità ad effettuare ulteriori integrazioni per i primi 6 mesi senza oneri aggiuntivi (documento n. 11, allegato A, p. 4), mentre l'aggiudicataria ha ottenuto il coefficiente 0,80 ("buono") senza specificazione alcuna (documento n. 11, allegato B).

Il punteggio attribuito alla deducente è errato in quanto la legge di gara non prescrive la disponibilità ad effettuare ulteriori integrazioni per i primi 6 mesi senza oneri aggiuntivi ma premia le integrazioni specificamente richieste dalla lex

specialis di gara e dalle linee guida (documento n. 21). E' altresì errato il riferimento agli oneri aggiuntivi, non potendosi far dipendere il punteggio tecnico da valutazioni economiche; inoltre la declaratoria del parametro F fa riferimento, quanto alla gratuità, non a integrazioni ulteriori, bensì alla fornitura della documentazione dei servizi di interoperabilità. A ulteriore dimostrazione della sottovalutazione dell'offerta, rileva il fatto che la stessa ha evidenziato sia la qualità, posseduta da Studiofarma, di system integratore di riferimento per la Regione Toscana, con conseguente predisposizione di infrastruttura di servizio generalizzata e asservita a tutte le interazioni comprese nella fornitura, sia le integrazioni proposte in aggiunta a quella base, nei confronti di terze parti (punti erogatori quali farmacie e negozi autorizzati, centri di tariffazione, ecc.).

Quanto alla valutazione dell'offerta della controinteressata in ordine al criterio F, non vi è evidenza che la sua offerta (documento n. 20) contenga "ulteriori integrazioni per i primi 6 mesi senza oneri aggiuntivi".

Per quanto concerne la parte del criterio F incentrata sulla "infrastruttura di riferimento" (costituita dal pacchetto base necessario al funzionamento del software oggetto della fornitura, ovvero dalla base operativa degli specifici software offerti) e le linee guida attribuenti rilevanza alla "possibilità di attivare infrastrutture HA indipendenti", al "backup e ripristino funzionale" e al "monitoraggio", rileva la conformità dell'offerta della deducente (il paragrafo E dell'offerta –documento n. 15, p. 204 ss.- prevede, oltre che la gestione dei volumi previsti in base ai dati forniti dal capitolato, un sistema ridondato idoneo ad aumentare il livello di disponibilità del servizio). Sotto tali profili è invece carente l'offerta dell'aggiudicataria, che prevede due server Linux per il disallineamento di applicazione e dati (Application server, in cui risiede l'applicazione, e Db server, dove risiedono i database), il che significa che l'architettura dell'aggiudicataria non è ridondante.

A ulteriore riprova dell'irragionevolezza del punteggio, la terza classificata ha ottenuto, per il criterio F, lo stesso punteggio della ricorrente, e però la terza classificata, a differenza della ricorrente, ha presentato un'offerta carente anche rispetto ad alcune integrazioni richieste dal capitolato.

Estar ha replicato al riguardo che il riferimento alle ulteriori integrazioni rappresenta il “mettere a disposizione ulteriori servizi di interoperabilità” (il parametro F fa riferimento, quale ulteriore elemento valutativo, alla “documentazione dei servizi di interoperabilità forniti senza oneri aggiuntivi e già disponibili nella fornitura, e al piano dei rilasci di nuovi servizi per i primi 6 mesi dall'aggiudicazione”). Il riferimento alla gratuità significherebbe che le integrazioni aggiuntive farebbero parte dell'offerta tecnica prezzata unitariamente nell'offerta economica. Secondo Estar l'aggiudicataria avrebbe offerto integrazioni nei primi 6 mesi (pagine da 14 a 16 del documento n. 5; paragrafo dell'offerta “Piano dei rilasci”; ad esempio, evoluzione costante delle “piattaforme di DPC”, “APP di nuova generazione, native dell'ambiente mobile”, moduli relativi ai software Gopencare e Gopendc, al cui interno sono previsti nuovi rilasci pianificati per il primo semestre 2019). Estar ha aggiunto che alcune delle integrazioni accessorie proposte dai concorrenti sono state ritenute di interesse e quindi tali da giustificare un maggior punteggio (ad esempio l'integrazione dei gestionali delle aziende sanitarie proposta da Promofarma), altre sono state giudicate prive di interesse e quindi tali da non meritare un punteggio ulteriore (ad esempio, l'integrazione home care provider proposta dalla ricorrente). Estar ha sostenuto poi che la deducente non ha prodotto certificazione comprovante la natura di system integrator per la Regione Toscana e che comunque tutti i fornitori di software della Regione collaborano a definire gli standard dalla stessa adottati. Quanto al sistema ridonato (attinente al parametro del criterio F “possibilità di attivare infrastrutture HA indipendenti per ognuno dei tre livelli al fine di mantenere elevata

disponibilità”), Estar ha affermato che esso allude alle caratteristiche di affidabilità del sistema (l’infrastruttura di riferimento) e indica l’esistenza di più mezzi idonei a svolgere una certa funzione, disposti in modo tale che l’avaria di uno non potrebbe comportare l’avaria dell’intero sistema; ciò premesso, anche l’offerta dell’aggiudicataria prevederebbe due server ridondati con sistema operativo Linux: contrariamente alla deducente, Estar sostiene che la presenza di un solo database server non esclude la ridondanza, tanto più che l’aggiudicataria ha proposto un sistema sviluppato in tecnologia di tipo Java 2 EE, adattabile alla piattaforma Estar (compatibile con tutti i sistemi operativi adottati da Estar), la quale perciò determinerà il numero di ridondanze su suoi server.

2) Violazione dell’art. 67 e del considerando 92 della direttiva 2014/24/UE e degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/20016; violazione dell’art. 18 del disciplinare, del capitolo 5 del capitolato tecnico, degli artt. 1 e 2 della legge n. 241/1990; manifesta illogicità e irragionevolezza, carenza di istruttoria e di motivazione.

L’offerta della ricorrente indica gli accorgimenti tecnici finalizzati alla semplicità di accesso alle varie funzionalità (documento n. 15, p. 193 e 194), e tuttavia, in relazione al criterio D, il più basso punteggio attribuitole ha come motivazione la genericità e la non particolare innovatività dell’offerta quanto alla semplicità di accesso alle varie funzionalità. D’altro canto l’offerta della controinteressata (documento n. 7 depositato in giudizio da Estar, p. 18) tace sul punto (cioè sulle soluzioni semplificative dell’accesso). L’aggiudicataria ha ottenuto coefficiente 0,90 (a fronte dello 0,60 della ricorrente) per avere adottato il modello Java 2 EE, preferito a quello basato su architetture di tipo .net (quelle di Microsoft). Infatti in sede di valutazione Estar ha ritenuto che il modello Java fosse fortemente qualificante per la portabilità della soluzione adottata (documento n. 21, p. 19, centro pagina). Tuttavia le soluzioni della ricorrente non prevedono solo architetture di tipo .Net ma soluzioni Net Core, equivalenti al modello Java.

Estar ha obiettato che le specifiche tecniche allegate alla documentazione di gara (documento n. 21 depositato in giudizio dalla società istante) qualificano come preferibili le soluzioni basate sul modello Java 2 EE e sottolineano l'estrema diffusione del supporto Java, a fronte del fatto che le architetture di tipo.Net hanno un supporto di comunità più ridotta.

3) Quanto all'ammissione alla gara della controinteressata (in relazione alla clausola della *lex specialis* che prescrive “*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*”): violazione degli artt. 30, 83, 85 e 86 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/1989, dell'art. 76, comma 9, del d.p.r. n. 207/2010, dell'art. 7.3 del disciplinare, del paragrafo III.1.1 del bando, degli artt. 1, 3, 6 e 18 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; violazione della *par condicio*; ingiustizia manifesta; sviamento.

I contratti indicati dalla controinteressata nel DGUE (documento n. 25, allegato n. 1) non sono di fornitura e sviluppo software ma solo di fornitura e manutenzione, come rilevato dalla commissione di gara (documento n. 6, pagina 2), la quale ha perciò chiesto di comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale mediante presentazione, ai sensi dell'art. 7.3 del disciplinare di gara, di certificati dell'amministrazione contraente indicanti l'oggetto, l'importo e il periodo di esecuzione (documento n. 7, pagina 2). La controinteressata ha dichiarato che i contratti riportati nel DGUE riguardano piattaforme sviluppate dalla Goodmen s.r.l. e oggetto di contratto di affitto di ramo di azienda del 6.8.2018 (documento n. 27), e però il contratto non è stato mai esibito, talché l'aggiudicataria non ne ha comprovato l'esistenza. La durata di sei anni dell'appalto aggiudicato pone dubbi sul fatto che il requisito in questione, posseduto grazie a

contratto di affitto, abbia durata uguale o superiore a quella dell'appalto, come è necessario che sia.

Estar ha replicato che l'art. 76, comma 9, del d.p.r. n. 207/2010 consente all'affittuario di beneficiare dei requisiti del cedente se il contratto di affitto di ramo d'azienda duri almeno 3 anni, condizione questa rispettata nel caso in esame, trattandosi di contratto quinquennale (stipulato prima dell'indizione della gara) trasmesso via pec alla stazione appaltante l'8.8.2018 (documento n. 3), la cui esistenza e registrazione emergono dalla verifica svolta tramite visura camerale (documento n. 4, pagina 10). Secondo Estar la durata di 5 anni non inficia la validità dell'ammissione alla gara, nonostante sia inferiore alla durata dell'appalto (6 anni). La difesa di Estar sottolinea altresì che l'art. 11.1 del contratto di affitto demanda all'affittuario (cioè a Promofarma) il diritto di acquistare dall'affittante il ramo d'azienda oggetto del contratto stesso.

4) Violazione degli artt. 30, 83, 85, 86 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 7.3 del disciplinare, del punto III.1.1 del bando, degli artt. 1, 3, 6 e 18 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, violazione del principio di parità di trattamento, ingiustizia manifesta.

Nessuno dei contratti dichiarati dall'aggiudicataria (facenti capo alla società Goodmen) riguarda la fornitura e sviluppo cui fa riferimento la lex specialis di gara: la prima risposta della controinteressata al soccorso istruttorio indica tre diversi servizi affidati dall'USL Umbria 2 (manutenzione e assistenza, manutenzione evolutiva, manutenzione e help desk), nessuno dei quali di fornitura e sviluppo (documento n. 28), tanto che Estar ha dovuto effettuare un secondo soccorso istruttorio chiedendo la produzione di certificati rilasciati dall'Ente contraente oppure idonea dichiarazione da parte dell'USL Umbria 2 (documento n. 29). In risposta al secondo soccorso istruttorio, la controinteressata ha fornito un'attestazione dell'USL Umbria 2 e dell'Unione Ligure Associazione titolari di

farmacia, però nessuno dei contratti indicati nell'attestazione dell'USL Umbria – documento n. 30- coincide con quelli elencati nel DGUE –documento n. 25, allegato 1, p.1-, mentre il servizio svolto a favore dell'Unione ha avuto effetto dal 1.3.2018 (documento n. 30, p. 3), talché non copre gli ultimi 3 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, avvenuta il 6.9.2018.

Estar ha replicato che la certificazione dell'USL Umbria è specificazione dell'attestato trasmesso con nota del 2.12.2018 (documento n. 27 depositato in giudizio dalla deducente).

La ricorrente, acquisita la copia integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, ha ravvisato ulteriori ragioni di illegittimità sia in ordine alla mancata estromissione di quest'ultima dalla gara, sia in ordine all'attribuzione del punteggio.

Alla luce di ciò l'esponente ha dedotto, con motivi aggiunti depositati in giudizio l'11.10.2019, le seguenti censure:

5) In relazione alla scheda check di compliance sicurezza e privacy applicativi software, facente parte dell'offerta dell'aggiudicataria (sezione del documento dedicato alla dichiarazione di rispetto, da parte del software offerto, della riservatezza sui dati personali ordinari e su particolari categorie di dati personali): violazione degli artt. 23, 30, 32, 83, 94 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 18 e 56 della direttiva 2014/24/UE, degli artt. 1, 3, 6 della legge n. 241/1990, dell'art. 72, comma 1, del R.D. n. 827/1924, del paragrafo 16 del capitolato normativo, del paragrafo 3 del capitolato tecnico, dell'art. 18 del disciplinare; difetto di istruttoria e di motivazione, manifesta irragionevolezza, disparità di trattamento, sviamento.

Promofarma prima ha dichiarato che il proprio software “gestisce categorie particolari di dati personali” (documento n. 35, p. 1, secondo alinea), poi si è contraddetta (p. 2, punto 5) dichiarando che il proprio software non è in grado di gestire “misure specifiche per categorie particolari di dati personali o dati personali relativi a condanne penali e reati”; tale contraddizione dovrebbe comportare,

secondo la ricorrente, l'esclusione dalla gara o una decurtazione dei punteggi, essendo violata la norma –art. 32, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016- secondo cui ogni concorrente non può presentare più di una offerta, nonché l'art. 83, comma 9, ultimo periodo, del citato d.lgs. laddove qualifica come non sanabili le carenze di documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto dell'offerta, e l'art. 72 del R.D. n. 827/1924, il quale vieta offerte espresse in modo indeterminato. Inoltre, la suddetta contraddizione rappresenta una difformità rispetto a condizioni e criteri dettati dalla *lex specialis* di gara (in particolare, rispetto alle pagine 22 e 23 del capitolato normativo: documento n. 5). A fronte della prescrizione del capitolato tecnico (documento n. 4, paragrafi 11.1 e 11.2) secondo cui il software deve essere conforme alle norme sulla protezione dei dati personali e garantire il livello di sicurezza idoneo a mantenere riservatezza e integrità dei dati, rileva come illegittima la mancata indicazione, nell'offerta dell'aggiudicataria, delle modalità di protezione dei dati. Pertanto tale offerta doveva essere esclusa o comunque essere destinataria di un più basso punteggio, in quanto essa non permette di valutare quali siano le soluzioni adottate a tutela della privacy degli utenti finali, in particolare con riferimento al criterio B, premiante la “tecnologia e funzionalità del software” ex capitolo 3 del capitolato tecnico, rispetto al quale la controinteressata ha ottenuto un coefficiente medio di 0,70 e 12,25 punti (la ricorrente ha invece ottenuto il coefficiente 0,8 “buono”, corrispondente a 14 punti: documento n. 11 depositato in giudizio dalla deducente).

Estar ha replicato che l'art. 16 del capitolato normativo chiarisce le modalità di trattamento dei dati personali e specifica che potrebbero essere conferiti a Estar dati qualificabili come “categorie particolari di dati personali”, ovvero quei dati rivelanti l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche; coerentemente la scheda check di compliance, che i partecipanti sono stati chiamati a compilare, distingue tra tipologie del dato gestito, rispetto delle

misure di sicurezza e “misure specifiche per categorie particolari di dati personali o dati personali relativi a condanne penali o reati (se non gestiti segnare una X sul No)”, con la conseguenza che la gestione di quest’ultima tipologia di dati non è condizione di ammissibilità della domanda o requisito tecnico di ammissione del sistema.

6) Violazione dell’art. 67 e del considerando 92 della direttiva 2014/24/UE e degli artt. 23, 30, 32, comma 4, 83, comma 9, 94 e 95 del d.lgs. n. 50/20016; violazione dell’art. 18 del disciplinare, dell’art. 5 del capitolato tecnico, degli artt. 1, 3, 6 e 12 della legge n. 241/1990; disparità di trattamento, manifesta illogicità e irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione; sviamento (censura che si ricollega al primo motivo del ricorso principale).

L’esame dell’offerta di Promofarma dimostra che essa non prevede una soluzione server ridondata (la quale allude ad una infrastruttura informatica duplicata in tutte le sue componenti): l’offerta della controinteressata infatti contempla sì l’utilizzo di due “application e web server”, ma un solo “database server”, a fronte della lex specialis di gara che impone un sistema server ridonato. Il fatto che il database server non sia ridonato fa sì che un suo guasto comporterebbe il blocco dell’intero sistema server. Sotto altro profilo l’offerta di Promofarma è ambigua in quanto da un lato prevede tre server (due preordinati alla gestione della parte operativa del software, il terzo finalizzato al governo dei dati: documento n. 36, p. 12), dall’altro indica l’utilizzo di due server Linux per il disallineamento di applicazione e dati e in specie solo un “application server dove risiede l’applicazione” e un database server dove risiedono i dati (si veda l’offerta tecnica in relazione al criterio D: documento n. 37, p. 10). Ancora, Promofarma ha dichiarato che “l’architettura del software, del db e dei servizi utilizzati consente un dispiegamento su 2 o più nodi in Ha in modalità attivo-attivo (documento n. 35,

tab. 3, “Disponibilità”), lasciando presumere che la ridondanza riguardi non solo la parte operativa del software ma anche la parte di gestione dei dati.

Ciò rende impossibile vagliare la reale qualità dell’offerta.

Estar ha replicato che la presenza di un solo database server non significa che il sistema non sia ridondato, in quanto il sistema dell’aggiudicataria è in tecnologia di tipo Java 2 EE, adattabile alla piattaforma della stazione appaltante, talché sarà quest’ultima a determinare il numero di ridondanze sui suoi server (il sistema de quo è ontologicamente ridondato nella sua interezza in quanto il sistema su cui Estar richiede il set up di installazione potrebbe essere organizzato in modo da replicare il database server su un numero N di server).

Si è costituito in giudizio Estar.

All’udienza del 27 novembre 2019 la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

Estar ha eccepito l’inammissibilità della contestazione dell’ammissione della controinteressata alla gara, sull’assunto che il provvedimento di ammissione (determina n. 1807 del 19.12.2018) è stato pubblicato il 19.12.2018 sul sito web di Estar, allorquando vigeva l’art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010, il quale imponeva l’impugnazione degli atti di ammissione alla gara entro 30 giorni dalla loro pubblicazione, con la conseguenza che la ricorrente non avrebbe tempestivamente gravato la determina di ammissione. Secondo Estar l’abrogazione della suddetta norma, sopravvenuta al consolidamento degli effetti dell’atto di ammissione, non potrebbe risolversi in una sanatoria della decadenza già maturata prima dell’abrogazione stessa.

L’eccezione non ha pregio.

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 (cioè iniziati dopo il 18.6.2019).

Ne deriva che il ricorso in esame, notificato nel luglio 2019, non soggiace all'applicazione dell'abrogato comma 2 bis dell'art. 120 del d.lgs. n. 104/2010.

Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del gravame valgono le seguenti considerazioni.

2. Per motivi di priorità logica il Collegio ritiene di pronunciarsi innanzitutto sul terzo motivo di gravame, incentrato sull'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata per inosservanza della 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”* e per violazione dell'art. 76, comma 9, del d.p.r. n. 207/2010, in quanto il suddetto requisito di capacità tecnica è maturato in capo all'aggiudicataria in forza di contratto di affitto di ramo di azienda, del quale non è stata dimostrata una durata pari o superiore a quella dell'appalto aggiudicato (6 anni); connessa al suddetto motivo è la quarta censura, secondo cui nessuno dei contratti dichiarati dall'aggiudicataria riguarda la fornitura e sviluppo cui fa riferimento il citato art. 7.3 del disciplinare di gara.

Le due doglianze sono condivisibili.

3. La controinteressata non poteva legittimamente avvalersi, ai fini del possesso del suddetto requisito, del contratto di affitto di ramo di azienda stipulato con Goodmen s.r.l., in quanto, come riconosciuto dalla difesa di Estar, 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.

Orbene, secondo un indirizzo giurisprudenziale (non consolidato) che il Collegio ritiene di condividere *“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).

Invero, la durata del contratto di affitto pari o superiore all'intera fase di esecuzione dell'appalto costituisce garanzia del fatto che il possesso dei requisiti, vantato in virtù di detto contratto, è effettivamente adeguato all'appalto aggiudicato, ovvero fa sì che i requisiti prefissati dalla stazione appaltante in sede di gara non vengano vanificati con la cessazione del titolo su cui poggiava la continuità nel tempo dei requisiti medesimi. La circostanza che, già in sede di presentazione dell'offerta, il concorrente faccia leva su un contratto di affitto non idoneo a garantire la persistenza del requisito di capacità tecnica per l'intera durata dell'appalto introduce una situazione diversa rispetto al concorrente che possiede in proprio (e quindi a tempo indeterminato) il requisito stesso, talché diverse sono le conseguenze nei due casi (nel primo è doverosa l'estromissione dalla gara, nel secondo l'ammissione). Non osta a tale conclusione l'art. 76, comma 9, del d.p.r. n. 207/2010, laddove sancisce la regola della durata minima di 3 anni del contratto di affitto (durata minima rispettata nella fattispecie in esame), trattandosi di regola valevole e logicamente concepibile solo per i requisiti riferiti ad appalti la cui durata non ecceda i 3 anni.

Non depone in senso contrario l'art. 11.1 del contratto di affitto, il quale demanda all'affittuario (cioè a Promofarma) la possibilità di esercitare il diritto di acquistare dal proprietario il ramo di azienda oggetto del contratto medesimo, in quanto la suddetta clausola non rende in alcun modo né certo né prevedibile che la controinteressata faccia in futuro valere la facoltà contrattualmente attribuitale.

4. Sotto l'altro profilo dedotto nel ricorso, il Collegio osserva che la dichiarazione e la certificazione dell'USL Umbria 2 (documenti n. 28 e 30 depositati in giudizio) in risposta alla nota della stazione appaltante datata 4.12.2018 (documento n. 29) dimostrano che i contratti elencati da Promofarma relativi all'USL stessa riguardano la manutenzione e un sistema sviluppato tramite affidamento a Goodmen s.r.l.; in tal modo non è stata superata l'obiezione sollevata da Estar con la missiva del 4.12.2018, secondo cui le certificazioni prodotte sembravano relative alla manutenzione e assistenza e non alla fornitura e sviluppo. Infatti, a seguito della certificazione e le precisazioni prodotte dall'USL Umbria risulta documentata la manutenzione e lo sviluppo ma non la fornitura, restando così inottemperata la richiesta di Estar, espressa nella lettera del 27.11.2018 (documento n. 26), di comprovare mediante idonea certificazione i requisiti dichiarati.

La controinteressata ha dato esito al soccorso istruttorio di Estar anche con la presentazione della certificazione dell'Unione Ligure delle associazioni titolari di farmacia, la quale attesta l'avvenuta esecuzione, da parte della società Goodmen (il cui ramo d'azienda è condotto in affitto dalla società Promofarma), di un contratto per fornitura e sviluppo di software. 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. Invero quest'ultima norma pone il requisito esperienziale di capacità tecnica nell'arco dei tre anni, talché un contratto che, come nel caso di specie, copre un periodo di 6 mesi prima della pubblicazione

del bando non soddisfa il requisito stesso. Una diversa lettura dell'art. 7.3 del disciplinare di gara lo svuoterebbe di significato, in quanto giustificerebbe come valido requisito esperienziale l'esistenza di un contratto che è stato efficace per un brevissimo periodo di tempo (al limite pochi giorni) ricadente all'interno del triennio.

Infine, nei chiarimenti forniti dalla controinteressata mediante la produzione di attestazione dell'USL Umbria 2 (documento n. 30), si specifica che i servizi di sviluppo effettuati a favore dell'USL Umbria 2 hanno titolo in un affidamento del 2016 identificato come CIG Z5B1AF6CEB, che però non figura nella dichiarazione di Promofarma originariamente presentata in sede di gara.

5. Per quanto riguarda gli altri motivi di ricorso, valgono le seguenti considerazioni. La prima censura è in parte fondata.

Il Collegio premette che è costante l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di discrezionalità, con conseguente insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione di gara ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta, non potendo il giudice amministrativo sostituire, in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri, proprie valutazioni a quelle effettuate dal soggetto preposto alla scelta.

Nel caso di specie 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. Tuttavia la *lex specialis* di gara prevede invece la valorizzazione, in termini di punteggio, dei servizi di interoperabilità senza oneri aggiuntivi e del piano di rilascio di nuovi servizi per i primi 6 mesi, e non fa riferimento, laddove prevede l'assenza degli oneri aggiuntivi e la durata di 6 mesi,

ad “ulteriori integrazioni”. Ampio spazio è invece dato dalla ricorrente alle integrazioni in genere (si vedano ad esempio le pagine 215 ss. della sua offerta tecnica: documento n. 15 allegato al gravame).

Per il resto la censura si articola in valutazioni di merito dei contenuti tecnici dell’offerta, risolvendosi in una inammissibile sovrapposizione valutativa al giudizio espresso dalla commissione di gara.

6. La seconda doglianza è infondata.

Le pagine 193 e 194 dell’offerta della ricorrente (documento n. 15 allegato al gravame), dedicate alla “semplicità di accesso alle varie funzionalità”, sono generiche; generico è anche, sul punto, l’offerta della controinteressata (documento n. 5 depositato in giudizio da Estar, pag. 18 ss.), che però ha beneficiato di un maggior punteggio in considerazione dell’adozione del modello Java 2 EF. La preferenza per il supporto Java era prestabilita dalla pagina 19 delle specifiche tecniche (documento n. 21). La motivazione del punteggio assegnato all’aggiudicataria per il criterio D (documento n. 11 depositato in giudizio dalla ricorrente) prescinde dalla semplicità di utilizzo proposta e si incentra sul pregio del modello Java 2 EE, coerentemente con le suddette specifiche tecniche, l’uniformità alle quali è stata valorizzata dalla commissione di gara in termini di punteggio.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti valgono le seguenti considerazioni.

7. La controinteressata ha barrato il “sì” o il “no” corrispondente a varie voci di una scheda prestampata (documento n. 35); da tale compilazione risulta per quali categorie particolari di dati personali l’aggiudicataria non ha previsto misure specifiche.

Il capitolato normativo, alla pagina 23, stabilisce che “potrebbero” essere conferiti a Estar dati qualificabili come “categorie particolari di dati personali”, e cioè quei dati che rivelano l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni

religiose e filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati biometrici,...dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, ed è in relazione a tale possibilità che è stata prevista la voce 5 della scheda.

D'altro canto la pagina 25 del capitolato normativo impone misure di sicurezza senza esentare dal loro rispetto le categorie di dati personali che, ai sensi della pagina 23, potrebbero essere conferiti ad Estar, talché l'omessa adozione di misure riferite a quest'ultime, dichiarata dall'aggiudicataria nell'apposita scheda (documento n. 35 depositato in giudizio da Studiofarma), contraddice una prescrizione della lex specialis di gara ovvero rivela che il software offerto è privo di uno dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante.

Pertanto, 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. Essa non può rilevare ai soli fini della valutazione del merito dell'offerta tecnica, giacché i criteri prestabiliti nella griglia di valutazione fanno riferimento a vari capitoli del capitolato tecnico, ma non anche al capitolo 11, dedicato a "sicurezza e privacy", il quale detta sul punto prescrizioni inderogabili per i concorrenti, al pari della parte del capitolato normativo dedicata al trattamento dei dati personali (pagine 23 ss.).

Pertanto la prima censura aggiunta è fondata.

8. La seconda censura aggiunta è in parte fondata per le seguenti ragioni.

Per quanto concerne la doglianza incentrata sulla asserita ambiguità dell'offerta tecnica, stante il contrasto tra l'offerta relativa al parametro valutativo F e quella relativa al parametro D nella parte riferita ai server, il Collegio osserva che tale contrasto effettivamente sussiste: la controinteressata, nell'offerta riguardante il criterio F ha previsto 3 server (pagina 12 del documento n. 36 depositato in

giudizio dall'esponente), mentre nell'offerta riguardante il criterio D ha previsto 2 server (pagina 10 del documento n. 37), talché sussiste il profilo di incertezza denunciato con i motivi aggiunti.

Per il resto la censura si articola in valutazioni di merito dei contenuti tecnici dell'offerta, risolvendosi in una inammissibile sovrapposizione valutativa al giudizio espresso dalla commissione di gara.

9. In conclusione, il ricorso deve essere accolto, stante la fondatezza di alcune delle censure dedotte.

Le spese di giudizio sono liquidate come indicato nel dispositivo, e vanno poste a carico di Estar soltanto, tenuto conto della mancata costituzione in giudizio della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie.

Condanna Estar a corrispondere alla ricorrente la somma di euro 4.000 (quattromila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di giudizio. Spese compensate nei confronti di Promofarma Sviluppo s.r.l.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Gianluca Bellucci**

**IL PRESIDENTE**  
**Saverio Romano**

## IL SEGRETARIO