

blicato il 29/03/2022

N. 00222/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00746/2021 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 746 del 2021, proposto da:
Marno S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Narese e Fiore Pandolfi, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ATS Sardegna, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Luisa Brundu, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Campione Informatica S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Cutaia,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Record Data S.r.l., in proprio e quale Mandataria del RTI costituito con Namirial
S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa adozione delle opportune misure cautelari,

- della deliberazione del Commissario Straordinario dell'ATS Sardegna n. 572 del 19 luglio 2021, avente ad oggetto: “*Servizio di ricezione, lettura, riconoscimento, trattamento dati, obliterazione, custodia e distruzione delle ricette della farmaceutica convenzionata e del privato accreditato dell'ATS Sardegna – Scorrimento graduatoria e affidamento all'operatore economico secondo classificato Campione Informatica S.r.l.*”;

- di tutti gli atti alla stessa presupposti, connessi o conseguenti, ancorché ignoti alla ricorrente, tra cui in particolare ed in quanto occorra:

- della deliberazione del Commissario Straordinario dell'ATS Sardegna n. 307 del 28 aprile 2021, avente ad oggetto: “*Servizio di ricezione, lettura, riconoscimento, trattamento dati, obliterazione, custodia e distruzione delle ricette della farmaceutica convenzionata e del privato accreditato dell'ATS Sardegna – Presa d'atto comunicazione di svincolo dell'aggiudicatario ai sensi dell'art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 – Autorizzazione interpello progressivo degli operatori economici in graduatoria ai sensi dell'art. 110 del D.Lgs. n. 50/2016*”;

- della nota del RUP datata 5 luglio 2021 di “*verifica congruità offerta Campione Informatica S.r.l.*”;

- della nota in data 22 giugno 2021 con cui – nell'ambito del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta – sono stati richiesti alla Campione Informatica S.r.l. ulteriori chiarimenti in merito alla individuazione del costo della manodopera;

- della determinazione dirigenziale dell'ATS Sardegna n. 4555 del 7 giugno 2019 e di tutti gli atti ad essa presupposti, ivi compresi i verbali tutti delle operazioni di gara, nella parte in cui hanno determinato l'effetto di collocare l'offerta della Campione Informatica S.r.l. al secondo posto della graduatoria;

e per la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more con la Campione Informatica S.r.l.

nonché ai sensi dell'art. 116 C.P.A.

per l'annullamento della nota prot. n. PG/2021/285811 del 7 settembre 2021, con cui l'ATS Sardegna ha accolto solo parzialmente l'istanza di accesso agli atti inoltrata

dalla Marno S.r.l. a mezzo PEC in data 26 luglio 2021, nella parte in cui ha negato l'accesso integrale a tutti gli atti e documenti richiesti;
per l'accertamento del diritto della Marno S.r.l. all'accesso integrale a tutti gli atti e documenti richiesti con l'istanza del 26 luglio 2021
e per la condanna dell'ATS Sardegna all'esibizione ed al rilascio di copia di tutti atti e documenti richiesti con la predetta istanza di accesso 26 luglio 2021.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATS Sardegna e della Campione Informatica S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2022 il dott. Tito Aru e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 680 del 2 agosto 2017, l'ATS Sardegna indisse una “*Procedura aperta, in modalità telematica, per l'affidamento in gestione – per la durata di 4 anni – del servizio di ricezione, lettura, riconoscimento, trattamento dati, obliterazione, custodia e distruzione delle ricette della farmaceutica convenzionata e del privato accreditato dell'ATS Sardegna*”.
2. Entro il termine previsto dalla *lex specialis* del 6 novembre 2017 formulavano la loro offerta tre operatori economici: il RTI tra Record Data S.r.l. e Namirial S.p.A., la Campione Informatica S.r.l. e l'odierna ricorrente Marno S.r.l.
3. Con determinazione dirigenziale n. 4555 del 7 giugno 2019 la gara veniva aggiudicata al RTI Record Data - Namirial, per un importo complessivo, iva esclusa, di € 3.058.848,00, di cui € 2.683.200,00 per servizio di ritiro, lettura, riconoscimento, trattamento dati, obliterazione, custodia e distruzione delle ricette, ed € 375.648,00

per il servizio aggiuntivo opzionale ricezione del materiale cartaceo da attivarsi a richiesta secondo prescrizioni di capitolato.

4. Fin d'ora va precisato che nella graduatoria compilata dalla commissione giudicatrice nella seduta dell'11 marzo 2019 la Campione Informatica S.r.l. si classificava al secondo posto mentre l'odierna ricorrente, Marno S.r.l., si classificava in terza posizione.

5. Lo svolgimento del servizio, che era stato avviato in via d'urgenza dall'aggiudicataria nel mese di novembre 2019, evidenziava, fin dalla fase iniziale, diverse criticità determinate dal difficile passaggio delle consegne tra l'operatore economico cessante e il nuovo affidatario, dal trasloco degli archivi, dall'organizzazione di una nuova logistica del cartaceo e dall'implementazione di un nuovo sistema informativo per l'elaborazione dei dati digitalizzati.

Le difficoltà operative e i ritardi accumulatisi nella fase di start-up, che avevano determinato anche la formalizzazione di contestazioni formali all'appaltatore, si erano poi aggravati a seguito dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del Covid. Con comunicazione prot. n. SEG010066358 in data 21 aprile 2021, la società Record Data comunicava all'ATS, ai sensi e per gli effetti dell'art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, l'intenzione di sciogliersi da ogni vincolo e/o di recedere da ogni eventuale accordo, pur garantendo lo svolgimento dei servizi fino al 30 aprile 2021.

6. Con deliberazione del Commissario Straordinario n. 307 del 28 aprile 2021, quindi, l'ATS:

1) prendeva atto della volontà del R.T.I. Record Data – Namirial di sciogliersi da ogni vincolo relativamente all'aggiudicazione del servizio in questione;

2) autorizzava la competente SC Acquisti Servizi non Sanitari a procedere, ai sensi dell'art. 110 del D. Lgs. n. 50/2016, interpellando progressivamente i soggetti partecipanti all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria.

7. Con nota del 3 maggio 2021, veniva quindi interpellata la Campione Informatica S.r.l. (2° classificata) che, in data 11 maggio 2021, confermava la propria volontà di subentrare nella gestione del servizio, allegando contestualmente la documentazione richiesta dalla stazione appaltante.

8. L'ATS procedeva quindi alla verifica di anomalia dell'offerta della Campione Informatica e intraprendeva l'esame dei giustificativi che la Campione stessa aveva fornito il 29 marzo 2019 in relazione ai quali, con nota n. 0171899 del 17 maggio 2021, chiedeva i chiarimenti nella stessa menzionati.

9. Detta richiesta di chiarimenti veniva tempestivamente riscontrata dalla Campione Informatica.

10. All'esito di ulteriori interlocuzioni con l'amministrazione, con relazione del RUP del 5 luglio 2021 l'ATS riteneva congrua l'offerta della Campione Informatica. A ciò seguiva la deliberazione del Commissario Straordinario dell'ATS n. 572 del 19 luglio 2021 di scorrimento della graduatoria e di aggiudicazione del servizio all'operatore economico secondo classificato (appunto la Campione Informatica S.r.l.).

11. Venuta a conoscenza di questa deliberazione, la ricorrente – per tutelare i propri interessi in giudizio (e cioè, sia per contestare la scelta di procedere allo scorrimento della graduatoria, anziché procedere all'indizione di una nuova gara d'appalto, sia nell'ottica di contestare l'affidamento del servizio alla Campione) – in data 26 luglio 2021 presentava istanza di accesso agli atti.

12. Detta istanza veniva solo parzialmente riscontrata dall'ATS in data 7 settembre 2021.

13. La società Marno, pertanto, unitamente alla domanda caducatoria, proponeva, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., ricorso per accesso agli atti contestando la predetta nota dell'ATS nella parte in cui negava parzialmente l'accesso agli atti e ai documenti richiesti con l'istanza del 26 luglio 2021.

14. Con ordinanza collegiale n. 820 del 10 dicembre 2021 questo Tribunale accoglieva la domanda di accesso agli atti e condannava l'ATS al rilascio in favore della ricorrente della documentazione richiesta, previa corresponsione dei diritti di copia.

15. Il ricorso impugnatorio avverso gli atti indicati in epigrafe è affidato alle seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 110 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, per difetto dei presupposti e per sviamento - Eccesso di potere per contraddittorietà - Eccesso di potere per erroneità e contraddittorietà della motivazione: in quanto nella fattispecie in esame non sussisterebbero i presupposti per procedere ai sensi dell'art. 110 del D.Lgs. n. 50/2016 che sarebbe una norma di natura eccezionale e di stretta interpretazione e – in quanto tale – troverebbe applicazione solo nelle specifiche ipotesi tassativamente da essa contemplate, tra le quali non sarebbe riconducibile la vicenda per cui è causa in quanto la rinuncia, da parte dell'originario aggiudicatario, sarebbe intervenuta prima della stipula del contratto di appalto;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 110 del D.Lgs. 18.4.2016 n. 50 - Eccesso di potere per difetto dei presupposti e per difetto di istruttoria - Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione: in quanto ove l'amministrazione avesse ritenuto di esercitare il suo potere facoltativo di scorrimento della graduatoria l'avrebbe comunque fatto senza un'adeguata istruttoria volta a verificare la persistente attualità di adeguatezza (a distanza di 4 anni dall'indizione della gara) dell'offerta della Campione Informatica, motivando compiutamente la scelta effettuata;

3) Eccesso di potere per difetto assoluto di presupposti e di istruttoria - Eccesso di potere per manifesta e macroscopica irragionevolezza - Eccesso di potere per sviamento - Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione: in quanto il corretto esercizio del potere discrezionale avrebbe dovuto indirizzare l'ATS verso

L'indizione di una nuova gara d'appalto giacché la procedura venne indetta avendo come "orizzonte temporale" il quadriennio tra il 2017 ed il 2021, ed era stata concepita prendendo in considerazione la stima dei fabbisogni delle Aziende sanitarie regionali nel quadriennio 2017/2021. Le offerte degli operatori partecipanti alla gara erano dunque calibrate in relazione a tale contesto temporale, mentre invece, nell'attualità, detti fabbisogni sono completamente diversi anche in ragione dell'intervenuta emergenza sanitaria COVID 19, che ha portato ad un profondo mutamento del servizio oggetto di gara dovuto che, tra l'altro, ha visto una forte diminuzione del numero di ricette cartacee (dematerializzazione della documentazione sanitaria) e un notevole incremento dei costi di generali di gestione (non ipotizzabili nel 2017).

Detta situazione, inoltre, sarebbe ulteriormente complicata dalla necessità di recuperare i ritardi accumulati, nel quadriennio concluso, dal vecchio aggiudicatario Record Data.

Di qui appunto, secondo la ricorrente, l'illegittimità della decisione dell'ATS di riesumare offerte vecchie 4 anni e ormai anacronistiche.

Accanto alle anzidette censure, tendenti alla riedizione integrale della gara, la società Marno ha proposto le seguenti ulteriori doglianze che attengono alla illegittimità del giudizio di non anomalia dell'offerta della Campione Informatica.

4) Violazione dell'art. 95 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per violazione della lex specialis di gara (in particolare, dell'art. 6 del Disciplinare di Gara) - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto assoluto di motivazione: in quanto, diversamente da quanto richiesto a pena di esclusione dalla legge di gara, il costo della manodopera (peraltro, oggetto di i modifiche in corso d'opera da parte della Campione Informatica) sarebbe stato indicato da quest'ultima non già in sede di offerta, bensì solo all'atto dei giustificativi resi nel corso del procedimento di verifica di anomalia.

5) Violazione dell'art. 50 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per violazione delle previsioni dettate dalla *lex specialis* di gara (in particolare, nelle premesse del Disciplinare di Gara) in tema di c.d. "clausola sociale" - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di presupposti e difetto assoluto di motivazione - Eccesso di potere per violazione della *par condicio competitorum*: in quanto malgrado la *lex specialis* imponesse agli operatori il rispetto della clausola sociale, l'offerta della Campione Informatica non contemplerebbe espressamente questo dovere di riassorbimento del personale precedentemente impiegato nell'appalto;

6) Violazione degli articoli 95 e 97 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per violazione della *par condicio competitorum* - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, per difetto dei presupposti e per difetto di istruttoria - Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà e sviamento - Difetto assoluto di motivazione: in quanto nel corso del procedimento di verifica di anomalia la Campione Informatica avrebbe operato una inammissibile modifica del costo della manodopera originariamente indicato;

7) Violazione degli articoli 95 e 97 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per violazione della *par condicio competitorum* - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, per difetto dei presupposti e per difetto di istruttoria - Difetto assoluto di motivazione: in quanto, a ben vedere, la Campione Informatica, chiamata a fornire chiarimenti in merito alle incongruenze rilevate nelle sue precedenti giustificazioni, non si sarebbe limitata a presentare le richieste precisazioni ma avrebbe presentato una nuova e diversa relazione giustificativa, in sostituzione di quella originariamente presentata nel marzo 2019, con una complessiva e radicale rimodulazione delle componenti di costo e delle voci dell'offerta;

8) Violazione degli articoli 95 e 97 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per violazione della *lex specialis* di gara (in particolare, dell'art. 7 del Capitolato

tecnico) - Eccesso di potere per difetto dei presupposti, per travisamento dei fatti e per difetto di istruttoria - Difetto assoluto di motivazione: in quanto le successive (e comunque inammissibili) rimodulazioni delle voci di costo effettuate in corso d'opera costituirebbero la prova del fatto che, nel 2017, la Campione Informatica aveva formulato un'offerta oggettivamente insostenibile. In particolare la controinteressata non avrebbe considerato il costo – aggiuntivo – dell'affitto dei locali in Sardegna e nemmeno il costo derivante dall'esigenza di allestire una vera e propria “centrale operativa” da dotarla di tutte le attrezzature necessarie per renderla idonea alla lavorazione e alla conservazione del materiale.

In ogni caso il fatto che la Campione Informatica abbia ommesso di indicare i costi dovuti a spese generali inficerebbe comunque, in radice, il giudizio di non anomalia dell'offerta.

Inoltre nel formulare la sua offerta la Campione Informatica non avrebbe considerato:

a) che il servizio richiesto dall'ATS non riguarda solo l'elaborazione delle ricette farmaceutiche ma richiede – oltre al trattamento di tali ricette – anche l'elaborazione ed il trattamento delle impegnative per assistenza specialistica del privato accreditato e relativi allegati, dei moduli per l'assistenza integrativa e dei piani terapeutici;

b) che il costo economico indicato, ritenuto congruo da ATS, non potrebbe essere identico, perché sarebbe insostenibile, rispetto a quello che ha portato all'aggiudicazione di analoga gara in favore di un'amministrazione della stessa città in cui è situata la sede legale della società, dovendo sopportare i costi derivanti dall'esigenza di dover gestire un servizio “fuori casa”.

9) Violazione degli articoli 23, 95 e 97 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Eccesso di potere per difetto dei presupposti, per travisamento dei fatti e per difetto di istruttoria - Difetto assoluto di motivazione: in quanto i costi della manodopera sarebbero inferiori ai minimi indicati dalle tabelle ministeriali di settore.

16. Concludeva quindi la ricorrente chiedendo, previa sospensione, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con vittoria delle spese.

17. Per resistere al ricorso si sono costituiti l'ATS Sardegna e la società Campione Informatica S.r.l. che, con difese scritte, ne hanno chiesto il rigetto, con favore delle spese.

18. Alla camera di consiglio del 20 ottobre 2021 l'esame dell'istanza cautelare è stato abbinato al merito.

19. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

20. Alla pubblica udienza del 16 marzo 2022 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

L'infondatezza nel merito del ricorso consente al Collegio di prescindere dall'esame delle eccezioni procedurali sollevate dalle parti resistenti.

1. I primi 3 motivi di impugnazione sono proposti dalla società Marno avverso la deliberazione del Commissario Straordinario dell'ATS Sardegna n. 307 del 28 aprile 2021; con essi la ricorrente ha chiesto, sotto diversi profili, la declaratoria dell'illegittimità della decisione dell'ATS di procedere, ai fini della prosecuzione del servizio, allo scorrimento della graduatoria approvata nel 2019, all'esito della procedura indetta nel 2017, anziché procedere alla indizione di una nuova procedura concorsuale.

2. Nessuno dei motivi di censura è fondato.

3. Con il primo la Marno sostiene l'insussistenza dei presupposti perché l'ATS potesse procedere allo scorrimento della graduatoria ai sensi dell'art. 110 D.Lgs. n. 50/2016. Tale disposizione, infatti, secondo l'esposizione della ricorrente, troverebbe applicazione solo nelle specifiche ipotesi da essa tassativamente contemplate, tra le quali non sarebbe riconducibile quella in esame, non trattandosi di scorrimento della graduatoria ai fini della prosecuzione del servizio dopo la

risoluzione del contratto di appalto, ma di scorrimento della graduatoria a seguito della rinuncia, da parte dell'originario aggiudicatario, verificatasi prima della stipula del contratto.

4. Il rilievo, come detto, non è decisivo.

E' vero che la citata deliberazione del commissario straordinario n. 307 del 28 aprile 2021 contiene un espresso richiamo all'art. 110 del D.lgs. n. 50/2016, ma è altrettanto vero che la successiva delibera commissariale n. 572 del 19 luglio 2021 ha rettificato il predetto richiamo normativo precisando come il disposto "*scorrimento della graduatoria di aggiudicazione a seguito della mancata stipulazione del contratto non sia assimilabile alle fattispecie disciplinate dall'art. 110 del D.lgs. n. 50/2016*" ma sia riconducibile al più ampio ambito dello scorrimento della graduatoria quale espressione della discrezionalità amministrativa di rispondere all'interesse pubblico in maniera alternativa all'espletamento di una nuova procedura di gara.

5. Questo Tribunale ha del resto già precisato che, in applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, la rinuncia all'aggiudicazione definitiva per sopraggiunto disinteresse da parte dell'aggiudicatario, intervenuta in una fase antecedente alla stipula contrattuale, non determina necessariamente l'azzeramento della procedura concorsuale espletata ma restituisce all'amministrazione il potere di scegliere, per il conseguimento del bene perseguito, tra l'avvalersi della procedura espletata attraverso lo scorrimento della graduatoria o il procedere all'indizione di una nuova gara, adottando un provvedimento motivato in ordine alle ragioni della scelta effettuata (TAR Sardegna, Sezione II, n. 239 del 27 aprile 2020).

Si è peraltro anche precisato che, conclusa la fase di ammissione, ogni successiva vicenda non incide sulla graduatoria, che rimane così cristallizzata, dovendosi procedere allo scorrimento della graduatoria senza alcun ricalcolo e modifica dei punteggi attribuiti (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 7533 del 2021).

Di qui il rigetto della censura.

6. Con il secondo motivo la ricorrente contesta la legittimità dell'esercizio di tale potere di scelta da parte dell'ATS perché esso postulerebbe che la valutazione (tra lo scorrimento della graduatoria e la rinnovazione della procedura di gara) venga effettuata dalla stazione appaltante previa approfondita istruttoria volta ad accertare – tra le due opzioni – quale sia la migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico, dando poi conto delle valutazioni operate attraverso una compiuta motivazione della scelta effettuata.

6.1 Nella specie, invece, ad avviso della ricorrente Marno, l'ATS non avrebbe puntualmente valutato se fosse più rispondente all'interesse pubblico procedere allo scorrimento della graduatoria o indire una nuova procedura di gara.

7. Neanche tale argomento merita accoglimento.

8. Come si ricava dalle delibere commissariali impugnate l'amministrazione sanitaria, preso atto della volontà, da parte dell'aggiudicataria Record Data, di sciogliersi da ogni vincolo e/o di recedere da ogni eventuale accordo, ha compiutamente valutato:
- la necessità ed urgenza di assicurare la ripresa del delicato servizio in questione, anche avuto riguardo ai solleciti provenienti dall'Assessorato regionale dell'Igiene e Sanità e dell'Assistenza Sociale sui forti ritardi accumulatisi nella trasmissione dei flussi informativi inerenti la farmaceutica;

- sulla necessità, pertanto, di pervenire nel più breve tempo possibile alla stipula di un nuovo contratto d'appalto per l'affidamento del servizio per cui è causa.

9. Tali rilievi, evidenziati nella parte motiva delle determinazioni contestate, consentono dunque di ricavare le ragioni di pubblico interesse che hanno condotto l'ATS a ritenere preferibile lo scorrimento della graduatoria anziché indire una nuova gara, riguardando, appunto, la necessità e l'urgenza dell'individuazione di un operatore economico che erogasse prontamente l'essenziale servizio in oggetto.

L'indizione e la tempistica di svolgimento di una nuova gara avrebbe infatti, evidentemente, determinato ulteriori consistenti ritardi nello svolgimento del

servizio in argomento, già in sofferenza per le difficoltà incontrate dall'originario aggiudicatario.

10. Con il terzo motivo la Marno sostiene che, in ogni caso, la scelta dell'ATS di scorrere la graduatoria anziché rinnovare la procedura di gara sarebbe palesemente irrazionale in quanto il corretto esercizio del potere discrezionale avrebbe dovuto indirizzarla verso l'indizione di una nuova gara d'appalto.

10.1 Sostiene infatti che la procedura sfociata nella graduatoria in questione era stata concepita prendendo in considerazione la stima dei fabbisogni delle Aziende sanitarie regionali nel quadriennio 2017/2021. Le offerte degli operatori partecipanti alla gara erano dunque calibrate in relazione a tale contesto temporale, mentre, invece, nell'attualità, detti fabbisogni sarebbero completamente diversi anche in ragione dell'intervenuta emergenza sanitaria COVID 19, che avrebbe portato ad un profondo mutamento del servizio oggetto di gara che, tra l'altro, ha visto una forte diminuzione del numero di ricette cartacee (dematerializzazione della documentazione sanitaria) e un notevole incremento dei costi di generali di gestione (non ipotizzabili nel 2017).

10.2 Detta situazione, inoltre, sarebbe ulteriormente complicata dalla necessità di recuperare i ritardi accumulati, nel quadriennio concluso, dal vecchio aggiudicatario Record Data.

10.3 Di qui appunto, secondo la ricorrente, l'illegittimità della decisione dell'ATS di riesumare offerte vecchie di 4 anni e ormai anacronistiche.

11. Neanche tale motivo merita accoglimento.

L'assunto della ricorrente muove dal presupposto che la gara indetta nel 2017 sarebbe divenuta anacronistica rispetto alle più recenti esigenze della stazione appaltante in quanto sarebbe drasticamente mutato lo scenario tecnico/economico nel quale era maturata l'originaria procedura ad evidenza pubblica e in relazione al quale sarebbero state calibrate le offerte degli operatori partecipanti alla gara.

I mutamenti intervenuti medio tempore, infatti, avrebbero comportato, a suo avviso, nell'economia del contratto, minori entrate e maggiori costi di gestione per l'effetto della pandemia COVID 19, dei quali gli operatori non avrebbero potuto tener conto al momento della predisposizione delle offerte. E di ciò sarebbe conferma la rinuncia dell'originario aggiudicatario.

12. L'assunto non è condivisibile.

Si è già detto delle ragioni di pubblico interesse che hanno indotto ATS a ritenere comunque preferibile lo scorrimento della graduatoria della gara indetta nel 2017 e conclusa nel 2019.

A ciò si deve aggiungere che dalla citata lettera di Record Data di comunicazione della volontà di sciogliersi dal vincolo derivante dall'aggiudicazione non emergono le preoccupazioni evidenziate dalla ricorrente sull'incremento di costi ma più complesse difficoltà organizzative della società incompatibili con la prosecuzione del servizio.

L'argomento è comunque privo di pregio anche nel rilievo, ben evidenziato dalle difese dell'amministrazione, che l'oggetto dell'appalto concerneva (art. 2 del Capitolato tecnico) prestazioni di risultato da contabilizzarsi a misura, e che l'ATS, dopo aver fornito uno schema riepilogativo dei volumi annuali di ricette/promemoria quale stima prudenziale, aveva precisato *“che i suddetti quantitativi sono puramente indicativi causa delle variazioni registrate nel corso degli ultimi anni, pertanto, possibili variazioni in eccesso o in difetto non potranno configurare, in capo alla Ditta aggiudicataria del servizio, alcun diritto ad indennizzi o variazioni sul prezzo unitario di aggiudicazione”*.

13. Pertanto le preoccupazioni della ricorrente che le variazioni quantitative di ricette da trattare renderebbero nell'attualità superate le previsioni del bando si rivelano infondate proprio avuto riguardo all'oggetto (ab origine) flessibile dell'appalto nel quale, come evidenziato ancora dall'ATS, una fluttuazione dei quantitativi - anche in diminuzione - rientra pienamente nell'alea contrattuale.

14. Tra l'altro, di fatto, l'equilibrio contrattuale risulta nella specie vieppiù confermato dal rilievo che le prestazioni aggiuntive finalizzate allo smaltimento dell'arretrato accumulato a causa dei ritardi dell'originario aggiudicatario compensano le minori entrate relative alla descritta flessione del numero complessivo di ricette.

15. Del tutto indimostrato, oltre che fondato su argomentazioni generiche e prive di riscontro, è anche l'assunto della ricorrente secondo il quale i costi delle misure di prevenzione correlate all'emergenza pandemica, imprevedibili al momento della progettazione e dell'espletamento della gara, renderebbero le offerte presentate in gara assolutamente inadeguate, trattandosi invero di valutazioni soggettive della società Marno correlate alla sostenibilità economica dell'offerta della controinteressata su cui, invece, come si vedrà in seguito, la stazione appaltante si è ampiamente soffermata in sede di valutazione di congruità.

16. L'infondatezza dei motivi di impugnazione proposti dalla ricorrente avverso la scelta dell'amministrazione di procedere allo scorrimento della graduatoria piuttosto che all'indizione di una nuova procedura di gara comporta il passaggio all'esame dei motivi da 4 a 9 che attengono, come detto, alla ritenuta illegittimità del giudizio di non anomalia dell'offerta della società Campione Informatica.

17. Con il quarto motivo di ricorso, la società Marno sostiene che la Campione Informatica avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la mancata indicazione del costo della manodopera, la cui indicazione era prescritta a pena di esclusione dall'art. 6 del Disciplinare.

Afferma, sul punto, che dall'esame degli atti del sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta della Campione Informatica si ricaverebbe che il costo della manodopera è stato indicato non già in sedi di offerta bensì (solo) all'atto dei giustificativi resi nel corso del procedimento di verifica di anomalia, con la

conseguenza, appunto, che la Campione Informatica avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

18. Il motivo è infondato.

Preliminarmente deve rilevarsi che il modello per la presentazione dell'offerta predisposto dalla stazione appaltante e utilizzato dai partecipanti alla gara non prevedeva espressamente che venissero indicati anche i costi della manodopera, bensì soltanto gli oneri per la sicurezza.

18.1 E' vero che la ricorrente Marno ha provveduto a inserire tale voce di costo e che anche l'originario aggiudicatario vi aveva provveduto con indicazione in termini di incidenza percentuale, ma è evidente che di tale indicata circostanza – suscettibile di rendere comunque equivoca la necessità dell'indicazione, fin dal momento della presentazione dell'offerta, di tale stima di costo - la stazione appaltante non poteva non tener conto in ossequio al principio del *favor participationis*.

18.2 Tant'è che la specifica indicazione del costo della manodopera è stata formalmente richiesta con la nota prot. n. 171889 del 17 maggio 2021, con la quale l'ATS “*dovendo procedere alla verifica della congruità dell'offerta presentata, invitava la Campione a fornire le necessarie informazioni e i necessari chiarimenti, integrando eventualmente la relazione giustificativa con qualunque altra informazione utile a dimostrare la congruità dell'offerta presentata*”.

E in relazione a tale richiesta la Campione Informatica ha fornito tutti i dati e i giustificativi della sua offerta i quali, integrati con ulteriori chiarimenti, hanno poi condotto all'affidamento a quest'ultima del servizio per cui è causa.

19. Ciò premesso, il Collegio ben conosce l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui normalmente “*la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'impresa, senza possibilità di soccorso istruttorio*”, ma ritiene che proprio la cennata circostanza, della mancata richiesta di tale specifica indicazione nella modulistica predisposta dall'amministrazione, induca a condividere

l'orientamento recentemente espresso anche dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 6533 del 28 settembre 2021 per il quale *“La ratio dell'obbligo dell'indicazione separata dei costi della manodopera è esplicitata nell'ultimo periodo dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, come sostituito dall'art. 60 del d.lgs. n. 56 del 2017, secondo il quale “le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)”*, vale a dire il rispetto dei minimi salariali retributivi del personale indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16... Dato tale presupposto normativo, è corretto affermare che l'indicazione separata dei propri costi della manodopera è componente essenziale dell'offerta economica e perciò la relativa carenza è di regola sottratta, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici alla sanatoria con soccorso istruttorio.

Tuttavia, già la Corte di Giustizia ha fatto salvo il caso in cui *«le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche»* (così la sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18), per il quale, secondo il citato principio di trasparenza e quello di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante. Tale eccezione si giustifica ogniqualvolta l'operatore economico *“ragionevolmente informato e normalmente diligente”* possa nutrire un valido e concreto affidamento sulla correttezza, non solo della modulistica predisposta dalla stazione appaltante, ma anche delle richieste da questa avanzate con i documenti di gara, in conformità ai principi di tutela del legittimo affidamento, nonché di trasparenza e di certezza del diritto”.

Considerato che poi comunque la Campione Informatica ha fornito all'Amministrazione le necessarie informazioni riguardanti (anche) il costo della manodopera, peraltro ricavabile dall'indicazione del numero dei lavoratori impiegati nell'appalto e del relativo costo orario, le anzidette argomentazioni del giudice d'appello, condivise dal Collegio in ragione della prevalente esigenza di assicurare la tutela dell'affidamento del concorrente sulle modalità di presentazione dell'offerta

suscitate dalla modulistica predisposta dall'amministrazione, conducono, dunque, all'infondatezza anche tale motivo di censura,.

20. Con il 5° motivo la ricorrente lamenta il fatto che la società Campione Informatica non avrebbe espressamente accettato, come invece espressamente richiesto dal disciplinare di gara, la c.d. clausola sociale, implicante il dovere di riassorbimento del personale precedentemente impiegato nell'appalto, sicché anche per tale motivo la stazione appaltante avrebbe dovuto escluderla dalla procedura concorsuale.

21. Il motivo non merita accoglimento.

Il Disciplinare di gara – in merito al rispetto della clausola sociale – prescriveva all'art. 6 lett. b) una dichiarazione aggiuntiva contenente, tra gli altri, *“l'impegno ad applicare la clausola sociale di cui all'art. 50 del Codice dei contratti, secondo quanto previsto, ed entro i limiti stabiliti dall'ordinamento U.E. e Nazionale, e dal presente Disciplinare”*.

22. La Campione Informatica, in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, nell'allegato 3, ha reso una dichiarazione di accettazione incondizionata e integrale di tutte le clausole contenute nel Disciplinare senza espressamente riferirsi, come hanno effettivamente fatto gli altri partecipanti alla gara, anche alla clausola sociale.

22.1 In particolare dichiarava:

“la piena integrale conoscenza delle condizioni previste dal Capitolato speciale d'appalto, dal Capitolato Generale d'appalto, dal presente disciplinare e relativi allegati, dal disciplinare telematico, dalle comunicazioni della S.A. pubblicate nello spazio “chiarimenti” in pendenza del termine per firma e deposito delle offerte;

l'accettazione incondizionata delle regole previste dal Capitolato speciale d'appalto, dal Capitolato Generale d'appalto per le forniture e i servizi e dalle comunicazioni della S.A. pubblicate nello spazio “chiarimenti” in pendenza del termine per il deposito delle offerte inerenti alle condizioni contrattuali”.

23. Ritiene il Collegio che tale inequivoca configurazione dell'accettazione integrale e incondizionata delle clausole della *lex specialis*, tra cui appunto la clausola sociale, consenta di ritenere soddisfatta la prescrizione del disciplinare e conduca al superamento delle contestazioni della ricorrente che lamenta la specifica accettazione di tale clausola, anche avuto riguardo alle linee guida ANAC per le quali, in relazione al rispetto della clausola sociale, l'eventuale violazione commessa dall'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, che pertanto resta insensibile a tali vicende ma attiene all'esecuzione del rapporto contrattuale.

24. Con il 6° motivo la ricorrente lamenta che, anche a voler superare la questione oggetto di precedente censura concernente la mancata indicazione del costo della manodopera, nel corso del procedimento di verifica di anomalia la Campione avrebbe proceduto ad una inammissibile modifica del costo della manodopera originariamente indicato.

24.1 In particolare, in sede di primi giustificativi presentati il 29 marzo 2019, la Campione aveva dettagliato il costo della manodopera indicandolo in misura pari ad euro 39.141,82 mensili.

In data 20 maggio 2021 avrebbe fornito una nuova relazione giustificativa, sostitutiva della precedente, indicandoli in misura pari ad euro 29.677,92 mensili, con uno scostamento significativo (circa 10.000 euro al mese in meno) rispetto a quanto originariamente indicato.

Ciò in contrasto, ad avviso della ricorrente, con la giurisprudenza che ritiene inammissibile la rettifica del costo della manodopera in quanto implicante la modifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettibile di essere modificato nell'importo dichiarato in gara.

25. Neanche tale motivo è fondato.

La vicenda della giustificazione dei costi della manodopera trova puntuale riscontro nella relazione del RUP sulla verifica di congruità dell'offerta della Campione Informatica.

In particolare, come si ricava da tale documento, nei primi giustificativi, datati 2019, era stato indicato quale costo della manodopera l'importo di €. 39.141,82, che includeva anche i costi relativi ai servizi opzionali aggiuntivi (rappresentati da attività relative alla ricezione delle ricette e successiva distruzione delle stesse).

Con i giustificativi inviati il 14 maggio 2021 sono stati indicati in €. 29.677,92 i costi della manodopera relativi ai servizi "attivi" che fanno parte dell'aggiudicazione dell'appalto e che possono essere certi di esecuzione, senza includere i costi relativi ai predetti servizi opzionali.

Con riguardo a questi ultimi la società Campione ha indicato, a giustificazione del servizio opzionale di ricezione, costi della manodopera pari ad €. 5.099,00.

In sede di giustificazioni, tale scorporo, e la conseguente differenza tra i due importi, è stata evidenziata dalla ricorrente in una tabella riepilogativa ritenuta esaustiva dal RUP.

Trattandosi, dunque di una rimodulazione dei costi dell'offerta economica rimasta sostanzialmente inalterata, non trova riscontro in punto di fatto la censura di integrale alterazione di tale componente dell'offerta lamentata dalla ricorrente.

26. Con il 7° motivo la ricorrente sostiene che la Campione Informatica, chiamata a fornire chiarimenti in merito alle incongruenze rilevate nelle sue precedenti giustificazioni, non si sarebbe limitata a presentare le richieste precisazioni ma avrebbe presentato una nuova e diversa relazione giustificativa, in sostituzione di quella originariamente presentata nel marzo 2019, con una complessiva e radicale rimodulazione delle componenti di costo e delle voci dell'offerta.

Neanche tale motivo merita accoglimento.

La giurisprudenza amministrativa, con orientamento consolidato e costante, ha sempre affermato che è pacifico che, mentre non è consentita, in sede di giustificazione dell'anomalia, la rielaborazione postuma dell'offerta presentata in sede di gara alterandone l'equilibrio economico o allocando diversamente rilevanti voci di costo, sono ammissibili, nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, modifiche alle giustificazioni o giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, nonché aggiustamenti fondati su sopravvenienze di fatto o normative purché non si tratti di modifiche sostanziali o immutazioni della logica complessiva dell'offerta.

Ed infatti, come sotteso dalle argomentazioni di cui alla citata relazione del RUP, nella fattispecie in esame, le nuove giustificazioni prodotte dalla Campione Informatica non hanno riguardato prescrizioni inderogabili della normativa di gara, né inciso sulla *par condicio* tra i concorrenti, essendosi la stessa limitata a fornire, sulla base del contenuto dell'offerta (rimasta sostanzialmente immutata) nuove documentate argomentazioni al fine di fugare i dubbi insorti sulla sostenibilità dell'offerta.

27. Con l'ottavo motivo la ricorrente sostiene che la Campione avrebbe formulato un'offerta insostenibile perché essa, a fronte della prescrizione (art. 7 del Capitolato tecnico) della richiesta disponibilità *“per tutta la durata del contratto, di locali idonei destinati alla lavorazione e conservazione del materiale cartaceo. Detti locali dovranno essere ubicati nell'ambito del territorio della Regione Sardegna”*, non avrebbe contemplato nella propria offerta tale voce di costo, avendo previsto una spesa di 3.000,00 euro mensili senza neppure considerare i costi necessari per gli allestimenti iniziali e per garantire poi l'operatività in sicurezza della centrale operativa.

Inoltre la Campione avrebbe completamente omissso di indicare l'importo delle spese generali, circostanza che inficerebbe senz'altro il giudizio di non anomalia dell'offerta.

L'insostenibilità economica dell'offerta dalla Campione Informatica, aggiunge la ricorrente, sarebbe confermata dal rilievo che tale società, per la gara bandita dalla ASP di Agrigento (ove ha la propria sede), in cui si richiedeva un servizio minore e meno oneroso di quello per cui è causa, ha offerto un prezzo maggiore rispetto a quello offerto nel 2017 all'ATS Sardegna.

28. Il motivo è infondato.

L'art. 6 del Capitolato tecnico, rubricato "Requisiti di esecuzione del contratto" riferito al requisito della disponibilità dei locali così stabiliva:

"L'aggiudicatario dovrà garantire, al momento della sottoscrizione del contratto, per tutta la durata del contratto medesimo, il possesso o la disponibilità dei locali destinati alla conservazione e lavorazione delle ricette e, qualora richiesto, dei locali di ricezione del materiale cartaceo, fornendo a comprova di ciò la relativa documentazione (titolo di proprietà, contratto di locazione, comodato, usufrutto, ecc) avente durata almeno pari a quella dell'appalto. A tal fine, già in fase di presentazione dell'offerta, le imprese concorrenti dovranno corredare l'offerta dell'impegno a garantire, in caso aggiudicazione della gara, il possesso o la disponibilità a vario titolo dei suddetti locali; al concorrente aggiudicatario sarà successivamente richiesta l'esatta ubicazione dei locali e la documentazione probatoria a comprova di quanto dichiarato in sede di offerta".

29. Nella relazione tecnica allegata all'offerta tecnica la Campione dichiarava che *"Relativamente al servizio di archiviazione cartacea, sarà effettuato presso la sede che metteremo a disposizione in territorio della Regione Sardegna, tale sede sarà dotata di archivio attrezzato e protetto da sistema antincendio a norma, progettato e realizzato specificatamente per l'archiviazione, la custodia e la protezione di archivi cartacei. L'archivio sarà dotato di Certificato Prevenzione Incendi specifico per la tenuta di archivi cartacei.*

Il livello di protezione dell'intera struttura sarà realizzato in conformità alla vigente normativa.

Tutti

i locali verranno protetti da sistema antintrusione / antifurto e da impianto Tv a Circuito Chiuso con ispezionabilità da remoto h24. Trasporto, custodia e relativo facchinaggio sono a ns. carico".

30. Non risulta dunque fondato il rilievo che la Campione abbia ommesso di prevedere di dotarsi dei locali necessari all'espletamento del servizio.

31. In realtà, a ben vedere, detta censura, si risolve in un sindacato sul giudizio di anomalia dell'offerta che, invero, come noto, costituisce espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva competenza dell'Amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale soltanto in caso di gravi e macroscopici errori di valutazione, nella specie insussistenti, trattandosi, a ben vedere, di profili marginali rispetto alla congruità complessiva dell'offerta.

Va infatti ricordato che la verifica di anomalia costituisce un sub-procedimento finalizzato non alla ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, bensì all'attendibilità e all'affidabilità dell'offerta nel suo complesso in relazione alla corretta esecuzione dell'affidamento, onde la valutazione sulla congruità dev'esser globale e sintetica, senza concentrarsi, cioè, in modo esclusivo o parcellizzato sulle singole voci di prezzo, sicché eventuali inesattezze su queste ultime devono ritenersi irrilevanti, se alla fine si accerta l'attendibilità dell'offerta stessa.

31.1. Per quanto sopra, dunque, il giudizio di congruità effettuato dall'Amministrazione appaltante sui giustificativi prodotti dalla Campione, a seguito di una duplice richiesta di integrazioni e chiarimenti, si appalesa esente da vizi, non emergendo palesi profili di illogicità ed irragionevolezza, né gravi ed evidenti valutazioni abnormi, né errori di fatto.

31.2. Non è in proposito superfluo ricordare che, per giurisprudenza pacifica e consolidata, mentre è richiesta un'articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, al contrario la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, ritenendosi sostanzialmente sufficiente il richiamo alle medesime giustificazioni (in termini: Consiglio di Stato, Sezione III, 18 gennaio 2021, n. 544).

32. Con l'ultimo motivo la ricorrente sostiene che i costi della manodopera indicati nell'offerta dalla società Campione sarebbero inferiori ai minimi indicati dalle tabelle ministeriali di settore.

33. Il motivo non è fondato.

Osserva sul punto il Collegio che l'aggiudicataria, nei giustificativi del 17 maggio 2021, che superano sul punto superato i precedenti giustificativi dell'anno 2019 sui quali la ricorrente incentra le sue contestazioni, indica i costi medi orari di un operatore Italia in €. 20,89 e i costi medi orari di un sistemista/programmatore/responsabile tecnico scientifico in €. 23,32, entrambi estratti dalle Tabelle Ministeriali Ufficiali del CCNL Metalmeccanico.

34. Detti riferimenti tabellari, prodotti a corredo delle giustificazioni, sono stati ritenuti corretti dall'ATS e tanto basta per il rigetto della censura.

35. In relazione, infine, all'affermazione della ricorrente secondo la quale la Campione Informatica non avrebbe né stimato, né tenuto conto, nel formulare la sua offerta, dei costi dovuti a spese generali deve rilevarsi, come puntualmente evidenziato dalla difesa della controinteressata, come la Campione Informatica abbia in realtà indicato le spese inerenti all'appalto in oggetto, non indicandole con la denominazione "spese generali", ma indicandole con altre voci che, tuttavia, all'evidenza, costituiscono voci di costo riconducibili alla categoria delle spese generali.

Ciò riguarda, in particolare, le spese inerenti alla gestione uffici, canone affitto, utenze, trasporti e sicurezza sede, Hardware ammortizzato a 48 mesi, sicurezza, banche dati, polizza, imprevisti, materiali consumo.

36. In conclusione, quindi, per tutte le anzidette argomentazioni, il ricorso si rivela infondato e va respinto.

37. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio liquidandole in complessivi euro 2.500,00 (duemilacinquecento//00) in favore dell'ATS Sardegna, e in euro 2.500,00 (duemilacinquecento//00) oltre accessori di legge, in favore della società Campione Informatica S.r.l.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Consigliere

L'ESTENSORE

Tito Aru

IL PRESIDENTE

Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO