

Parere n.159 del 9/10/2013

PREC 135/13/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla CSIPA s.r.l. – “*Fornitura di software applicativi per la gestione dei Servizi di Ragioneria – Personale*” – importo a base di gara euro 80.491,80 – S.A.: Comune di Modugno.

Art. 125 del Codice – Affidamento di servizi e forniture mediante cottimo fiduciario – presupposti.

Art. 68 del Codice – specifiche tecniche di prodotti informatici.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 maggio 2013 è pervenuta l’istanza della ditta CSIPA s.r.l., relativa alla procedura negoziata indetta dal Comune di Modugno, con lettera d’invito del 29 marzo 2013, per la fornitura dei software applicativi destinati ai Servizi di Ragioneria e Personale, di importo a base d’asta pari ad euro 80.491,80 da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La società istante contesta la legittimità della procedura, alla quale è stata invitata ed ha regolarmente partecipato, per motivi così riassumibili:

- 1) il Comune non avrebbe indicato, nella determina a contrarre, i presupposti giustificativi del ricorso alla procedura di cottimo fiduciario senza la preventiva pubblicazione di un bando, in violazione dell’art. 125 del Codice dei contratti pubblici e degli artt. 20 e 21 del regolamento dei lavori, servizi e forniture in economia approvato con delibera del Consiglio comunale n. 58 del 2011;
- 2) il Comune avrebbe illegittimamente ampliato l’oggetto ed innalzato l’importo dell’affidamento, che era originariamente circoscritto alla sola fornitura del software applicativo per un importo di euro 25.000,00, aggiungendovi il servizio quadriennale di assistenza e manutenzione per un importo complessivo di euro 80.491,80, senza individuare la copertura finanziaria nel’ambito del piano esecutivo di gestione;
- 3) l’art. 2 del capitolato speciale allegato alla lettera d’invito descriverebbe le caratteristiche tecniche del software in modo tale da individuare, di fatto, un determinato prodotto (il programma HyperSIC commercializzato dalla ditta A.P. Systems s.r.l., che è poi effettivamente risultata migliore offerente ed aggiudicataria dell’appalto), in violazione dell’art. 68 del Codice dei contratti pubblici.

In riscontro alla comunicazione di avvio dell’istruttoria del 7 giugno 2013, la stazione appaltante e la controinteressata A.P. Systems s.r.l. hanno trasmesso all’Autorità documenti e memorie difensive, ribadendo la legittimità della procedura.

Ritenuto in diritto

I quesiti all’esame dell’Autorità riguardano la procedura negoziata indetta dal Comune di Modugno per l’affidamento della fornitura dei software applicativi destinati ai Servizi di Ragioneria e Personale e del servizio quadriennale di assistenza e manutenzione. La ditta CSIPA s.r.l., che ha partecipato alla gara, lamenta l’insussistenza dei presupposti per il ricorso al cottimo fiduciario e la sostanziale coincidenza delle specifiche tecniche inserite nel capitolato speciale d’appalto con il programma HyperSIC, prodotto e commercializzato dalla A.P. Systems s.r.l. che è

poi risultata aggiudicataria.

1) In ordine al primo motivo, deve preliminarmente rilevarsi che la CSIPA s.r.l. è stata invitata ed ammessa alla procedura negoziata e non ha un apprezzabile e concreto interesse a contestare l'assenza dei presupposti di legge per l'affidamento mediante cottimo fiduciario.

Gli operatori economici ammessi alla trattativa privata non subiscono, in ragione della scelta del metodo negoziato, un danno concreto ed attuale, considerato che la restrizione della concorrenza discendente dalla mancata pubblicazione di un bando di gara si risolve anzi, per coloro che sono invitati alla procedura non formalizzata, in un vantaggio consistente nella maggiore possibilità di conseguire l'appalto. Secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, pertanto, sono inammissibili per difetto d'interesse le censure proposte da un'impresa partecipante alla trattativa privata nel caso in cui la stessa, da un lato, abbia posto a base di tali censure la contestazione dell'utilizzo dello strumento di scelta del contraente per difetto delle condizioni legittimanti la scelta del tipo di gara e, dall'altro, abbia presentato domanda di partecipazione e sia stata ammessa alla gara medesima (così, tra molte: Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2009 n. 795; TAR Puglia, Bari, sez. I, 20 gennaio 2012 n. 232).

Ai fini dell'espressione del parere di precontenzioso, tuttavia, l'Autorità non può esimersi dal rilevare che nella fattispecie, sebbene ricorranò i presupposti indicati dall'art. 125, undicesimo comma, del Codice dei contratti pubblici (trattandosi di forniture e servizi di importo complessivo pari ad euro 80.491,80), il Comune di Modugno ha ommesso di motivare la scelta del sistema di cottimo fiduciario non preceduto dalla pubblicazione di un avviso pubblico ed ha altresì ommesso di specificare preventivamente i criteri per la selezione dei cinque operatori economici da invitare. Come è noto, anche in relazione ai contratti sottosoglia l'Autorità ha affermato la necessità che la stazione appaltante, pur quando sussistano i presupposti di legge per il ricorso alla procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando, dia adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotta ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate e, in ogni caso, dia conto dei criteri seguiti per la scelta delle imprese alle quali è rivolto l'invito a presentare offerta, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e non discriminazione (cfr., sul tema: A.V.C.P., determinazione 6 aprile 2011 n. 2; Id., determinazione 14 dicembre 2011 n. 8).

Per entrambi gli anzidetti profili, le determinazioni a contrarre n. 1161 del 31 dicembre 2012 e n. 257 del 28 marzo 2013 risultano carenti di motivazione.

2) E' viceversa infondato il secondo motivo, con cui la CSIPA s.r.l. afferma che il Comune di Modugno avrebbe esteso l'oggetto dell'affidamento ed innalzato l'impegno di spesa, aggiungendo alla fornitura del software applicativo il servizio quadriennale di assistenza e manutenzione fino all'importo complessivo di euro 98.200,00 (i.v.a. compresa) senza individuare la relativa copertura finanziaria.

In contrario, è sufficiente rilevare che nella determinazione dirigenziale n. 257 del 28 marzo 2013 si dà correttamente atto che la somma di euro 25.000,00 (per la fornitura) "risulta già impegnata sulle seguenti coordinate del bilancio 2013 gestione residui c.m. 2010305 cap. 5620 ob. 1854 serv. fin. impegno 1876/I/2012" e che l'ulteriore somma di euro 73.200,00 (per il servizio di assistenza e manutenzione), ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. n. 267 del 2000 "troverà imputazione sui bilanci di previsione degli anni di riferimento in misura annuale sul capitolo 110 servizio fin."

3) Infine, anche la terza censura è infondata.

Le specifiche tecniche (art. 2 del capitolato speciale d'appalto) occupano ben otto pagine e, diversamente da quanto asserito dalla società istante, non appaiono mirate ad identificare o favorire uno specifico prodotto, né contengono riferimenti a marchi o a sistemi applicativi reperibili in commercio.

La descrizione delle caratteristiche tecniche del software è articolata in due distinti ed estesi paragrafi, il primo dedicato al Servizio Finanziario, il secondo al Servizio Personale. I requisiti tecnici sono formulati in termini funzionali e prestazionali, con l'indicazione degli obiettivi da conseguire e degli standard di compatibilità con i browser e con i più diffusi sistemi operativi in

uso presso gli uffici dell'amministrazione.

Del resto, a comprova della natura non discriminatoria delle specifiche tecniche, il Comune ha fatto presente in sede di controdeduzioni che alla gara sono state ammesse cinque imprese, tra cui la stessa CSIPA s.r.l., e che in tal modo è stato ben possibile svolgere il confronto concorrenziale tra cinque diverse offerte tecniche, tutte conformi ai requisiti minimi prescritti dal capitolato d'appalto.

Non sussiste, pertanto, la violazione dell'art. 68 del Codice dei contratti pubblici.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Comune di Modugno abbia legittimamente individuato, per la gara in epigrafe, la copertura finanziaria e le specifiche tecniche relative alla fornitura del software ed al servizio di assistenza e manutenzione;
- che, pur ricorrendo i presupposti oggettivi per il ricorso al cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 del Codice, nella determina a contrarre il Comune avrebbe dovuto motivare la scelta di procedere all'affidamento senza la preventiva pubblicazione di un bando ed avrebbe dovuto, inoltre, dare conto dei criteri seguiti per la selezione delle cinque imprese da invitare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e non discriminazione.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

II Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 25 ottobre 2013

II Segretario: Maria Esposito