



MO'

T'AGGIUSTO IO

POTER TORNARE INDIETRO QUANDO LE UOVA SONO GIÀ ROTTE! AL SANTIPAOLOCARLO SI PUÒ!

La gestione degli appalti per l'acquisto di hardware e la manutenzione dei software del sistema informatico *SantiPaoloCarlo* è costellata da singolari episodi. Il campo della scienza informatica è notoriamente quel crogiuolo dove ingenti somme di denaro da investire e l'estrema specializzazione si confrontano con l'ignoranza diffusa se non assoluta. Acronimi e termini anglosassoni abbondano in quel particolare lessico (non casualmente dissimile da quello bancario) che sembra fatto apposta per intimorire, ma una cosa per fortuna è certa, o dovrebbe esserlo quando a essere cavati di tasca sono i danari pubblici: la procedura degli appalti. Secondariamente gli atti (pubblici) che ne conseguono.

Un atto davvero strano, riguarda l'affidamento della fornitura di servizi di configurazione dell'infrastruttura hardware affidati dalla sopracitata amministrazione con delibera n. 1705 del 6/11/2018.

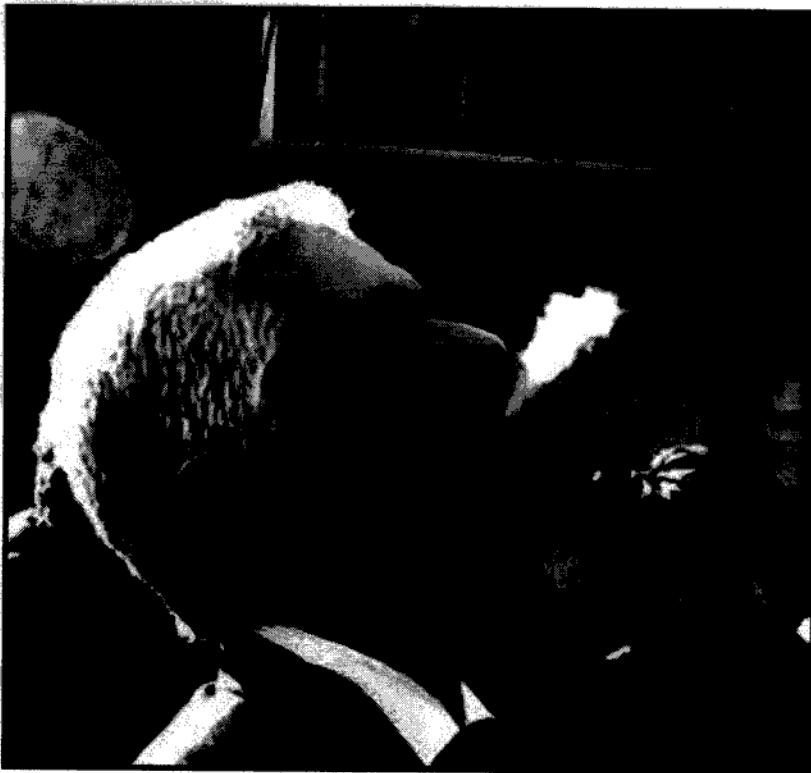
l'allora Direttore Generale Salmoiraghi, in fase di *partenza* verso i lidi regionali, con tale delibera affidava in modo diretto la fornitura della configurazione hardware (in pratica la predisposizione all'utilizzo pratico delle apparecchiature informatiche) alla Soc. Servizi Informatici Srl usufruendo di una deroga della legge sugli appalti rappresentata dall'*infungibilità*, ovvero la qualità posseduta da un unico fornitore - e non da altri - ad erogare un servizio, naturalmente in cambio di denaro.

Tale deroga della gara d'appalto tuttavia prevede nelle linee guida che, prima di tale affidamento diretto, venga svolta una particolare procedura che a quanto risulta il DG Salmoiraghi non ha eseguito assegnando appunto per via direttissima ad una ditta la fornitura del servizio.

Appare logico pensare, a garanzia della trasparenza prevista dal codice degli appalti pubblici, che debbano esistere norme di garanzia per evitare che un amministratore qualsiasi dichiari chi gli pare aggiudicatario di fornitura per il semplice fatto che gli risulti l'unico sul mercato in grado di fornire il servizio richiesto. Infatti la normativa prevede l'avviso, pubblicato sull'apposito sito accessibile alle aziende, di avvio d'indagine di mercato con le indicazioni dei requisiti di carattere generale della fornitura del servizio che si intende acquistare, avviso a cui invitare almeno 5 ditte a rotazione fra quelle presenti negli appositi albi.

In seconda battuta il regolamento prevede una selezione delle ditte interessate in base ai requisiti richiesti, ai prezzi, e alle caratteristiche tecniche dell'offerta. Infine, una volta espletata la parte riguardante la selezione l'amministrazione dovrebbe predisporre l'attestazione dell'*infungibilità* a firma sia del responsabile (in questo caso dei sistemi informatici) e sia del responsabile della procedura d'appalto, il cosiddetto DEC, cioè il Direttore dell'esecuzione. A questo punto, l'*infungibilità* di una ditta piuttosto che di un'altra, ovvero la sua *Insostituibilità giuridicamente riconosciuta* è perfezionata nonché legittima.

Una volta partito promosso per la nuova carica in Regione l'ex DG Salmoiraghi ecco avvicinarsi al *Santipaolocarlo* il DG Stocco, per nomina naturalmente politica, e cosa fa quest'ultimo una volta ricevuta la segnalazione di quanto avvenuto dal responsabile aziendale anticorruzione che gli invia una richiesta di chiarimenti in merito alla citata delibera 1705 e a tutto ciò che ne consegue?



Di certo non invia gli atti alla Corte dei Conti essendo la delibera in odore di palese illegittimità. Decide invece con la delibera n. 250 del 8/2/2019 di fare una integrazione postuma "ora per allora" alla precedente delibera 1705 del 6/11/2018. Un'azione di correzione palesemente retroattiva che somiglia alla chiamata dei pompieri quando l'incendio ha già consumato il palazzo. L'integrazione postuma mirante a perfezionare ciò che perfetto non era e a legittimare ciò che legittimo non pareva proprio, contiene questa volta la dichiarazione di infungibilità datata 30/1/2019 a firma del Direttore dei Sistemi informativi dr.sa Cocchi.

Chiara è che la dichiarazione è datata piuttosto balzanamente, ovvero quando ormai erano giunte le fatture della ditta interessata, solo la richiesta di chiarimenti dell'anticorruzione ha bloccato il pagamento.

Quello che invece il DG Stocco non ha potuto integrare tanto obliquamente è ovviamente l'avviso di avvio di indagine di mercato. Sa-

rebbe stato alquanto difficile bandire un avviso per una procedura già assegnata e magari fatturata!

Altrettanto chiaro è il potenziale danno patito dal servizio pubblico, la recessione dal contratto già stipulato in tale maniera avrebbe comunque esposto la ASST a contenziosi e possibili risarcimenti, da qui la necessità di *aggiustare* le cose in modo tutt'altro che trasparente.

La delibera n. 250 dell'8 febbraio 2019, tendente a specificare **retroattivamente** la questione della dichiarazione di infungibilità appositamente redatta per "aggiustare" in qualche modo la primigenia deliberazione n. 1705 del 6 novembre 2018, contiene infatti nel merito alcune affermazioni da parte del provveditore a dir poco sconcertanti. Viene infatti sollevata a giustificazione della mancata procedura di manifestazione d'interesse, l'**urgenza** di procedere così anche a causa di una nota di Servizi Informatici srl che lanciava l'allarme della mancanza di spazio d'archiviazione sui server con la conseguente possibilità di disservizi.

Curiosamente però tale *emergenza*, se così si può dire, risale già alla fine del 2017 come riepilogato nella lettera del 18 settembre 2018 da servizi informatici srl inviata Alla ASST- provveditorato, gli allarmi per mancanza di spazi nel server sono proseguiti nel corso del 2018 segnalati dalla ditta via email ai responsabili ASST nelle date 22 febbraio, 13 Aprile, 21 Maggio, 7 Giugno, 18 settembre, in quest'ultima occasione la ditta afferma che "si è arrivati alla completa saturazione degli spazi" solo allora qualcosa si muove e all'infungibilità viene aggiunta pure l'urgenza. Già dal 2017 gli utilizzatori del sistema informatico ospedaliero si erano già accorti della mancanza di spazio per l'archiviazione dati sui server per ragioni più che evidenti, per esempio le iconine di richiamo alle immagini e ai documenti archiviati, che pure richiedono un poco di spazio informatico venivano ridotte all'essenziale del logo che identificava solamente il tipo di file costringendo così gli utenti a tirare a indovinare il documento da aprire tra i tanti già archiviati, gli aggiornamenti dei programmi non se ne parla nemmeno e la qualità dei programmi *open* poi...

L'ambito informatico è un terreno magico, comprensibile agli eletti e non agli elettori (chi rammenta la colossale cantonata dell'ex Governatore Maroni e dei milioni spesi per l'acquisto multimilionario di PC poi rivelatisi solamente macchinette elettorali). *Il Santipaolocarlo* nel suo piccolo non fa eccezione...

Del 31 maggio 2017 è infatti la delibera n. 1044 che stanziava 125.000 Euro per l'acquisto di 250 notebook, ebbene 150 di essi sono ancora giacenti inoperosi nei magazzini in quanto inspiegabilmente inutilizzabili, forse, si racconta, per un'incompatibilità con il sistema Wi-Fi del San Carlo. Del 27 febbraio è la denuncia di tale situazione ad opera di un delegato USI avvenuta nel corso di un incontro sindacale, chissà, forse da qui è nata l'esigenza di trasferire subito urgentemente i notebook dal San Carlo al San Paolo. Non sappiamo se tutto questo ben di dio troverà finalmente un utilizzo, o meglio ancora l'utilizzo per cui è stato acquistato, di certo un'attesa così prolungata, oltre che alla logica svalutazione non farà un gran bene nemmeno alle batterie in dotazione ai notebook. L'unica cosa certa è l'antipatia per i sindacati come l'USI che, grazie a un'altra singolare delibera (monocratica) il DG Stocco vorrebbe infatti disconoscere negando le prerogative di *presenza* in trattativa sindacale sino ad ora godute sin dagli anni '90. Qui la retroattività non esiste, vero dr. Stocco?

Spett.le Amministrazione,
ASST Santi Paolo Carlo

e pc;

- Presidente Regione Lombardia
Dott. A. Fontana
- Assessore al welfare Regione Lombardia
Dott. G. Gallera
- ARAC Regione Lombardia
- Anticorruzione ASST Santi Paolo Carlo
- ANAC Nazionale Roma
- Consiglieri del Consiglio Regione Lombardia
- RSU ASST Santi Paolo Carlo

ASST Santi Paolo e Carlo	
Reg. In Entrata	0006872
Data	19/03/2019 15:34
1.4.6 Organizzazioni sindacali e contrattazione	



Oggetto : Revoca delibere 1705/2018 ed integrazione con delibera 250/2019. ed attivazione di tutti i percorsi di affidamento legittimi; responsabilità dirigenziali

facendo riferimento a quanto emerso dalla documentazione prodotta dal DEC a supporto della deliberazione N.250/2019, letti gli atti inviati da codesta Amministrazione in risposta alla richiesta di accesso atti amministrativi, sulle procedure utilizzate per l'affidamento alla società Servizi Informatici SRL, verificata l'insussistenza di una dichiarazione di INFUNGIBILITA' in fase di istruttoria, ma prodotta come dichiarato dal RUP "ora per allora" a posteriori, verificati i limiti di applicazione dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, pare opportuno richiamare il contenuto delle linee guida n. 8 per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, approvate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 13 settembre 2017 con deliberazione n. 950 e depositate presso la segreteria del Consiglio il 10 ottobre 2017.

Considerato che da tutto quanto sopra osservato emerge, dunque, come si sia verificato, nella fattispecie un palese difetto di istruttoria, anche in riferimento all'assenza inoltre di opportune indagini di mercato, l'assenza di un capitolato tecnico d'appalto, che determinano di fatto una violazione di quanto definito dalla giurisprudenza.

Ricamato inoltre quanto novellato dal quadro normativo del D.lgs 50/2016 e smc e dal D.lgs 56/2017 relativamente alla nomina, ai compiti e alle responsabilità del responsabile unico del procedimento RUP e del responsabile del contratto DEC, appare quindi evidente da quanto sopraesposto una responsabilità e negligenza diretta delle figure Dirigenziali.

Per quanto sopra esposto ed in riferimento alla sentenza N. 00500/2018 REG.PROV.COLL. N. 02614/2017 REG.RIC. TAR della LOMBARDIA Pubblicata il 21/02/2018, si ritiene esposta l'Azienda nel mantenimento dell'affidamento alla Società Servizi Informatici SRL con delibera 1705/2018 ed integrazione con delibera 250/2019, della quale si chiede la revoca e l'attivazione di tutti i percorsi di affidamento nel legittimo rispetto delle norme vigenti.

In attesa di una risposta

Distinti saluti

Santinelli Giovanni delegato USI Sanità RSU

Si allega sentenza TAR LOMBARDIA N. 00500/2018

MILANO

Alla cortese attenzione

Ufficio Relazioni Sindacali

Dott.ssa Selma Perotti

Direttore Generale

Dott. M. Stocco

Direzione Generale

e pc .l

RSU ASST S Paolo S Carlo

Org. Sindacali

Oggetto : Integrazione scritta di Santinelli Giovanni delegato RSU - USI Sanità al verbale dell'incontro del 27 Febbraio 2019 presso il presidio S. Paolo tra Amministrazione ASST S Paolo S Carlo , RSU , Org.Sindacali. Nota da allegare al verbale dell'incontro 27/02/2019.

Integrazione al verbale precisando meglio il senso del mio intervento:

Santinelli ; evidenzia come l'Amministrazione parli di legalità in merito ai contenuti del protocollo delle relazioni sindacali ma questa legalità non viene applicata ,ad esempio, sulla gestione dell'informatica . Sottolinea come in azienda ci sia una ditta che opera presso il Cup del S.Paolo senza contratto ,indicandone anche il nome , o subappalti non autorizzati (tutte cose recuperabili all'interno dei Dossier informatica ASST in allegato) Ci sono inutilizzati nei magazzini del S.Carlo gran parte dei 250 notebook acquistati nel maggio 2017,(per l'utilizzo da parte del personale cartella clinica informatizzata) ed i relativi carrellini anche loro la gran parte inutilizzata per un costo totale di 169. 000 Euro , Qual è la motivazione per cui i notebook rimangono inscattolati per anni ed inutilizzati, da cosa dipende ,? acquisto in eccesso o malfunzionamento rete Wi-Fi . Che a tal proposito è stata mandata segnalazione all'anticorruzione aziendale. Sollecita inoltre la trasmissione della documentazione richiesta. Risegna le irregolarità sovraesposte , poi sta alla Direzione verificarle ed andare in procura

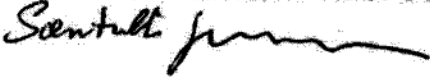
Il Direttore Generale Dottor Stocco- riferendosi alle dichiarazioni del Santinelli : afferma - allora io faccio le verifiche poi se non è vero la denunciò. Ci vada lei in Procura..



Posso solo aggiungere che sto' ancora aspettando le verifiche. Le avevo chieste ad Ottobre 2018 al DG Dott. Salmoiraghi , al Responsabile Anticorruzione con l'invio dei dossier ma non sono arrivate. .La commissione interna non è riuscita a trovare il bandolo della matassa. Ora le cose si sono movimentate : Il mattino presto del 28 Febbraio 2019 i notebook vengono trasferiti dal magazzino del S.Carlo dove si trovavano dalla data di acquisto 2017 al magazzino del S.Paolo.

Nell'attesa delle sue verifiche Dott. Stocco ; ritengo che il comportamento di ingenerare paura o ritorsioni nei confronti di delegati sindacali o singoli lavoratori per l'attività sindacale svolta. Sia un atto molto grave, oltre che antisindacale va contro i diritti la dignità delle persone , sanzionato da tutti le norme e leggi .Comportamento che non va sponsorizzato ma combattuto.

Distinti saluti,  Milano 25 marzo 2019

Santinelli Giovanni RSU/USI Sanita


DOMENICA 17 MARZO 2019 **IL GIORNO**

IL CASO

CRONACHE 7

AGGIORNAMENTO DIGITALE
NEL MIRINO UN AFFIDAMENTO
ALLA DITTA CHE GESTISCE
L'INTEGRAZIONE DEI 2 OSPEDALI

AL PIRELLONE
UN'INTERROGAZIONE SCRITTA
ALLA GIUNTA REGIONALE
SULLA DEROGA ALLA GARA

Appalto informatico, M5S all'attacco

Chiesti «chiarimenti» su una fornitura da 79mila euro all'Asst Santi

di GIULIA BONEZZI

- MILANO -

IL MOVIMENTO 5 Stelle chiede chiarimenti al Pirellone su un affidamento diretto di una fornitura informatica da 79.300 euro lordi da parte dell'Asst Santi Paolo e Carlo. L'interrogazione a risposta scritta firmata dal consigliere regionale Gregorio Mammì, che il M5S deposita in queste ore, ricostruisce l'iter dell'appalto, che è stato anche oggetto di segnalazione di alcune sigle sindacali al responsabile Anticorruzione e trasparenza dell'Asst: una prima deliberazione, del novembre 2018, ha affidato «la fornitura dei servizi di configurazione a supporto dell'upgrade dell'infrastruttura hardware della Ass» alla ditta Servizi Informatici Srl, e con una deliberazione successiva dell'8 febbraio 2019 «si è deciso di integrare - si legge nell'interrogazione - il contenuto (della prima, ndr) mediante la pubblicazione, quale parte integrante e sostanziale, della dichiarazione di infungibilità del servizio sottoscritta dal Dec (direttore dell'esecuzione del contratto, ndr), nella quale sono evidenziati i rischi di natura tecnica cui la stazione appaltante si sarebbe sottoposta nel caso in cui il servizio di configurazione dati fosse stato affidato a società diversa dalla Servizi Informatici srl, nella sua qualità di esecutore del contratto di manutenzione e gestione dell'infrastruttura tecnologica aziendale».

LA DICHIARAZIONE d'infungibilità è necessaria per l'affidamento diretto di forniture superiori alla soglia di 40 mila euro. Matteo Stocco, che è direttore generale dell'Asst solo da gennaio, spiega al Giorno di aver raccolto la segnalazione di «incompletezza



MATRIMONIO L'ospedale San Paolo, che dal 2016 è unito al San Carlo

L'ITER La delibera di novembre oggetto di segnalazione e integrata a febbraio

zato a lavorare, così si è deciso di far completare ai responsabili del procedimento la motivazione che doveva essere burocraticamente meglio precisata. Se ci segnalano qualcosa che non va si cerca di sistemarlo, non ho paura della trasparenza - aggiunge -. D'altra parte parliamo dell'integrazione dei sistemi informatici del San Carlo e del San Paolo, c'è una certa resistenza al cambiamento». Nella dichiarazione d'infungibilità, citata nell'interrogazione, la Dec scrive che l'affidamento è appunto un pezzo di «un importante percorso finalizzato a favorire l'unione dei due poli ospedalieri e l'integrazione

coi servizi territoriali» «intrapreso nel corso del 2016» dalla ditta fornitrice. Ma c'è un passaggio particolare di cui Mammì chiede conto alla Giunta regionale e all'assessore al Welfare: «La motivazione per cui il servizio non consiste tanto nell'attività di mera fornitura (che ben può essere svolta anche da altre aziende di alta professionalità tecnica presenti sul mercato) bensì nella valutazione della minimizzazione dei rischi che tale attività avrebbe comportato per la sicurezza dei dati dei pazienti e dei dipendenti aziendali». L'insostituibilità dell'azienda, traducono i 5 stelle, è giustificata «sulla base del rilievo che esso si porrebbe come «unico soggetto in grado di garantire la continuità dei servizi già operanti durante tutte le fasi della fornitura» e di evitare il rischio di blocchi sui sistemi informativi, corruzione o perdita di dati, disservizi o interruzioni dell'attività clinica».

GIUSTIFICAZIONI che impedirebbero «di fatto, qualsiasi mutamento dell'aggiudicatario del contratto - rilevano i pentastellati - Il sistema di gestione dei dati clinici avrebbe dovuto essere predisposto in modo da eventualmente garantire il subentro di un nuovo gestore a seguito di procedure a evidenza pubblica e in condizioni di libera concorrenza», quelle raccomandate anche «dalla giurisprudenza e dall'Anac». «Questa ditta dovrà gestire i dati dell'Asst dei Santi per sempre?», dice al Giorno Mammì, che anche per questo solleva «ragionevoli dubbi in ordine all'opportunità e/o legittimità dell'affidamento». «Come Movimento - continua - teniamo alta l'attenzione in tutti gli ospedali: il problema non è l'importo, ma un modus operandi che la nostra sanità lombarda non si merita».



FOCUS

Gregorio Mammì

Il consigliere pentastellato Gregorio Mammì (sotto) contesta anche le giustificazioni dell'«insostituibilità»: «Si assume che solo quella ditta possa gestire i dati degli ospedali. Il sistema dovrebbe rendere possibile la concorrenza»



Il dg Matteo Stocco

Matteo Stocco (sotto), dg da gennaio, spiega l'integrazione di febbraio alla delibera di novembre: «La rescissione del contratto avrebbe avuto dei costi, i responsabili del procedimento hanno integrato l'atto»



ASST OSPEDALI S.PAULO E S. CARLO TSUNAMI SU APPALTO INFORMATICO

SCOPERTE GRAVI INADEMPIENZE ,FATTURAZIONI NON DOVUTE, SUB-APPALTI IN NERO NON AUTORIZZATI, ACQUISTO DI 250 NOTEBOOK FERMI NEI MAGAZZINI. LA DIREZIONE GENERALE TACE.

PREMESSA : TUTTO IN UNA ESTATE

L'unificazione dei due Presidi Ospedalieri S. Carlo ,S.Paolo, deliberata dalla Giunta Regione Lombardia nell'agosto del 2015 . Ha portato a galla situazioni torbide nel settore degli appalti. Per l'implementazione del settore informatico la Regione si è limitata ad elargire cospicui finanziamenti senza controllare se fossero necessari o spesi bene per i servizi resi.(vedi scandali Lombardia Informatica)

In questa torrida estate del 2018 la Direzione Generale in modo unilaterale , decideva di tagliare le indennità contrattuali di SUB INTENSIVA ai lavoratori dei due ospedali ,inoltre anche il pagamenti di festivi e straordinari veniva ridotto. Tutto ciò per coprire gli ammanchi dovuti alla non implementazione dei fondi contrattuali del S Paolo . Fondi che a parità di personale sono inferiori di 2 milioni di Euro a quelli del S. Carlo . (riscontrato da USI Sanità) Gli edifici dei 2 Ospedali per la mancata ristrutturazione dovuto al congelamento dei finanziamenti statali e regionali , presentano gravi problemi (vedi caduta soffitto sala parto S. Paolo settembre 2018 o mancata bonifica coibentazione cemento amianto in cattivo stato di conservazione , padiglione accertamento e cura ospedale S. Carlo)

CONTRATTI DI INFORMATICA NELL'OCCHIO DEL CICLONE

--All'Ospedale S.Paolo è in essere un contratto di fornitura, gestione e manutenzione del sistema informativo affidato con delibera 992 del 2013, con partenza giugno 2014, per un periodo di 6 anni con importo complessivo di Euro 8 milioni 963 mila più Iva al 22% per un totale di 10 milioni 935 mila. Alla R.T.I. Noemalife S.p.a.- CS2 Solution S.r.l.-Info Line S.r.l.- Servizi Informatici S.r.l. In seguito la Noemalife S.p.a. verrà rilevata dalla Dedalus SPA

-- Ospedale S.Carlo con delibera n.1001 del 25-05-2017 parziale estensione al Presidio S. Carlo del contratto per la fornitura del servizio di gestione e manutenzione del sistema informativo in precedenza affidato alla RTI Noemalife SPA (ora Dedalus SPA) - CS2 Solutions S.R.L. - Info linea SRL- Servizi Informatici SRL dall'allora ex azienda ospedaliera S. Paolo. Periodo estensione 01-06-2017 al 31-05-2020 per un importo di 1 milione 844 mila euro iva inclusa . (finanziamento DGR X 6584 del 04/05/2017)

-- Ospedale S. Carlo delibera 1044 del 31-05-2017- Fornitura di 250 notebook occorrenti ad ambulatori medici e strutture cliniche del presidio S.Carlo dalla Soc.B.C.S. Biomedicale Computing Systemes SRL per un importo di 129 mila euro iva inclusa. (Finanziamento regionale DGR IX/3683/2012)

SCOPERCHIATO IL MALAFFARE

In questi giorni , abbiamo ricevuto in forma anonima , cospicua documentazione , sulla gestione e manutenzione del sistema informatico , riferito alle delibere sopra menzionate.

Dall' analisi della documentazione pervenuta ,si evincono le seguenti gravi irregolarità :

- Sub appalto non dichiarato e autorizzato dalla stazione appaltante è illegittimo in quanto viola le disposizioni codicistiche di cui all'105/del d.lgs n. 50 del 2016. Costituisce una elusione dei principi generali in materia di contratti pubblici sanzionato con la risoluzione del contratto . Con rilievi dal punto di vista civile e penale leggi antimafia . Inoltre sanzionabile dall'Ispettorato del lavoro.

Stralcio lettera molto recente firmata da un alto Dirigente ASST che denuncia sub appalto non autorizzato .
C'è da chiedersi da quanto tempo questa situazione va avanti ? Cosa nasconde ? Chi sono i responsabili?

Milano, 10 settembre 2018

AL RUP dell'appalto
Dott. Vincenzo Cimato

E.p.c. Al Direttore Generale
Dott. Marco Salmoraglio

Al Direttore Amministrativo
Dott.ssa Maria Grazia Colombo

Al direttore S.C. Sistemi Informativi
Ing. Elio Cecchi

Opportunit  controllata INERENTE - SUBAPPALTI NON AUTORIZZATI

Con riferimento alle corrispondenti intercorse relativamente all'oggetto, le controdeduzioni presentate dalla Societ  Deloitus sono prive di ogni valenza in quanto, come anche accertato dal RUP del contratto agli atti dell'ASST non   possibile reperire alcuna documentazione relativa a richiesta di autorizzazione subappalto/subfornitura da parte del titolare del contratto.

L'agenzia di autorizzazione espone l'ASST a diversi rischi sia da un punto di vista della "sicurezza sul lavoro" (  presente infatti periodicamente personale ASCON) che da un punto di vista "economico" in quanto non   possibile ad oggi verificare le quote subappaltate e la regolarit  dei pagamenti al subappaltatore (in caso di azione legale del subappaltatore per mancato pagamento l'ASST sar  costretta a rispondere in solido). Si ricorda altres  la valenza dell'omissione ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, battenti sul di pubblico appalto.

Per quanto sopra e per quanto di competenza si riconferma l'obbligo di sospendere con decorrenza immediata il subfornitore, almeno fino alla regolarizzazione degli adempimenti normativi.

- Nel piano di fatturazione 2018 inviato da DEDALUS ai servizi informatici della ASST compaiono le seguenti spese :costo licenze 91mila euro ;costo manutenzione 90mila 850 euro.

Milano, 10 settembre 2018

AL RUP dell'appalto
Dott. Vincenzo Cantola

F.p.c. Al Direttore Generale
Dott. Marco Salmoraghi

Al Direttore Amministrativo
Dott.ssa Maria Grazia Colombo

Al direttore S.C. Sistemi Informativi
Ing. Elio Cocchi

Spett.le contratto Dedalus - nota prot. 17808 del 20/7/2018 e rinvio società DEDALUS - APPLICATIVI RISORSE UMANE

Con riferimento alla corrispondenza in oggetto, tenuto conto delle contraddizioni della Società DEDALUS, che vanno a confermare il mancato avvio degli applicativi, si ritiene di voler confermare quanto indicato nella nota prot. n. 17808, ovvero a parere della scrivente non risultano dovuti i costi di manutenzione degli applicativi non avviati.

I costi delle licenze sono già stati e suo tempo rimborsati alle società.

La presente viene inviata a chiusura dell'attività di DEC del contratto in essere, e si rinvia ogni azione/decisione in merito - per competenza - al RUP dell'appalto, stante quanto definito dalla linea guida ANAC e dal D.Lgs. n. 50/2016 e D.Lgs. n. 56/2017.

La presente viene inviata anche al Direttore S.C. Sistemi Informativi ed ha valore di passaggio di consegne nel ruolo di DEC del contratto al prossimo 20/9/2018.

Cordiali saluti

ASST S. Paolo e Carlo

Il Direttore S.C. Sistemi Informativi

Quindi Ricapitolando : si paga 180 mila euro ogni anno per servizi non resi , quelli con la dicitura posticipato, descritto nel verbale di collaudo effettuato del 9/10 dicembre 2014 , oggi ancora tale "posticipato" . Alla luce di ciò , si può presupporre che , tale richiesta , sia stata presente nei piani di fatturazione delle Società Dedalus SPA e di Noemalife anche negli anni precedenti al 2018 e sia stata richiesta all'ASST SISTEMI INFORMATIVI O SISTEMI INFORMATIVI ex Azienda Ospedaliera S. Paolo Qualcosa dirà pure il Direttore della S.C. Sistemi Informativi o non si è accorta di nulla ?

- Altra irregolarità amministrative , sta nel non invio da parte della DEDALUS SPA, dei reporter mensili previsti con tempistica , regolamentata dal contratto d'appalto, fissata entro il 13 di ogni mese . Per tali irregolarità è stata calcolata una penalità riferita ai primi mesi 7 del 2018 pari 471 mila euro . Le applicazioni delle penalità vengono inviate con protocollo del 23 agosto 2018 firma del dirigente FF servizio SIA indirizzata ai vertici ASST e alla e al team leader della Dedalus SPA.
Penali che vengono confermate con nota del il 10/Settembre c.a.
- I motivi del non invio dei reporter nei tempi previsti risiedono anche nella seguente anomalia, irregolarità ; il sistema di gestione dei ticket in uso non prevede la tracciabilità di diversi eventi inclusi nelle tabelle degli SLA e previsti dal capitolato tecnico d'appalto ,vengono valorizzati ma il reporter di riferimento a un ritardo di 11 mesi , portando a valori difforni , anche nel semestre , tra i dati generati dal sistema e quelli riportati nelle note della Dedalus . Quali criteri vengono utilizzati per la produzione dei valori ? Le anomalie hanno incidenza sulla redazione dei bilanci ?

ACQUISTO di 250 NOTEBOOK ,COSTO 125 mila euro

DELIBERA 1044 31/5/2017

LA GRAN PARTE DEI NETBOOK CIRCA 140 SONO ANCORA INSCATOLATI FERMI NEI MAGAZZINI .

I NETBOOK NON SONO COME IL VINO CHE PIÙ INVECCHIA PIÙ È BUONO.



La ASST ha una convenzione regionale FLEET MANAGEMENT che fornisce e aggiorna i PC . Sia il S. Carlo che il S. Paolo hanno aderito da diversi anni al FLEET

L'Azienda pagava un canone per postazione che si attiva solo nel momento in cui va in produzione .

Il Direttore del SIA avrebbe dovuto quantificare il FLEET e richiedere i portatili di ultima generazione e aggiornati al momento della consegna individuale .



Ora avendoli acquistati sono un cespite, un capitale a perdere , perché i PC NOTEBOOK anche se non vengono utilizzati , sono già stati pagati .

PUÒ ESSERE CHIAMATO : DANNO ERARIALE ?

CONCLUSIONI : Le gravi irregolarità denunciate , in parte evidenziate nelle pagine di questo DOSSIER INFORMATIVO riguardano : "SUB -APPALTI SENZA AUTORIZZAZIONE; FATTURAZIONE PER SERVIZI NON RESI ; PENALITÀ PER RITARDI NELLA CONSEGNA DEI REPORT ; ANOMALIE NEL SISTEMA TICKET ; ACQUISTO NEL 2017 DI 250 NETBOOK CON UN COSTO Di 125 mila Euro . LA GRAN PARTE DEI NOTEBOOK È IMMAGAZZINATA"

CHIEDAMO L'INTERVENTO DEGLI ORGANI PREPOSTI .

Milano 16 /settembre 2018

USI- Sanità ospedali S.Carlo S.Paolo

DOSSIER INFORMATIVO SU :
GRAVI IRREGOLARITA' NELLA
GESTIONE APPALTI DEI SISTEMI
INFOMATICI.

ASST Ospedali S. Paolo S. Carlo Milano.

APPROFONDIMENTI DEL DOSSIER SU :

***SUBAPALTO SENZA AUTORIZZAZIONE**
NELLA GESTIONE INFORMATICA
C.U.P.

Centri Unici Prenotazione ASST

U.S.I. Sanità Ospedali S.Carlo S.Paolo

Milano 15 OTTOBRE 2018

Documentazione inerente il dossier :

- **Deliberazione n 679 del 30 luglio 2015 Azienda Ospedaliera S. Carlo Borromeo. Oggetto :** aggiudicazione di procedura negoziata ex art 57 comma 2 lettera b DLgs 163/2006. Attraverso l'utilizzo del sistema informatico di negoziazione SINTEL per la gestione della suite d'accoglienza(CUP, accettazione e reparti ,ambulatori , libera professione, pronto soccorso) della.A.O. San Carlo Borromeo per un periodo di 36 mesi .(Aggiudicato all' HI TECH SPA dal 01/07/2015 al 30 giugno 2018 per €772.mila666 iva al 22% compresa)

- **Deliberazione n.992 del 2013 All'Ospedale S.Paolo è in essere un contratto di fornitura, gestione e manutenzione del sistema informativo affidato , con partenza giugno 2014, per un periodo di 6 anni con importo complessivo di Euro 8 milioni 963 mila più Iva al 22% per un totale di 10 milioni 935 mila. Alla R.T.I. Noemalife S.p.a. - CS2 Solution S.r.l. -Info Line S.r.l. - Servizi Informatici S.r.l.(scadenza giugno 2020 .**

Allegati al contratto - capitolato speciale d'appalto;-capitolato tecnico d'appalto.

- **Deliberazione n.1001 del 25-05-2017 ASST S.Paolo S. Carlo.**

Oggetto : parziale estensione al Presidio S. Carlo del contratto per la fornitura del servizio di gestione e manutenzione del sistema informativo in precedenza affidato alla RTI Noemalife SPA (ora Dedalus SPA) - CS2 Solutions S.R.L. - Info linea SRL- Servizi Informatici SRL dall'allora ex azienda ospedaliera S. Paolo. Periodo estensione 01-06-2017 al 31-05-2020 per un importo di 1 milione 844 mila euro iva inclusa . (finanziamento DGR X 6584 del 04/05/2017).

- **Deliberazione n.1005 del 22-05-2017 ASST S. Paolo S. Carlo .**

oggetto :DGR 5805/2016-implementazione dei sistemi informatici reti ed infrastrutture aziendali finalizzati all'attuazione della L.R. 23/2015 .

Approvazione progetto di unificazione sistema di accettazione e prenotazione . (finanziamento 100mila €)

- **Deliberazione n.2196 del 28-12-2017. ASST S Paolo S Carlo**

Oggetto: delibera a contrarre per l'affidamento del servizio di unificazione del sistema CUP aziendali alla società HITECH ai sensi dell'art 63 comma 3 lettera B D.Lgs n. 50-2016. Finanziamento con DGR6548/2017. Importo presunto € 146400 ,00 iva inclusa.

La diffusione dal 16 settembre del Dossier Informativo sulle gravi irregolarità nella gestione degli appalti riguardanti il sistema informatico dell'ASST Ospedali S. Carlo. S. Paolo realizzato dal sindacato "Unione Sindacale Italiana Sanità". Attraverso le mail e i post sui social il dossier è stato visualizzato da migliaia di persone. Dossier Ritenuto interessante con numerosi rimandi positivi. Quindi ha fatto discutere.

Da parte degli organi preposti a cui avevamo chiesto con il dossier di intervenire, per rimuovere immediatamente tutte le irregolarità a distanza di un un mese la risposta è stata solo il silenzio. Filtra solo che, la Direzione ASST S.Paolo S.Carlo in merito alla faccenda del subappalto, " ha attivato una indagine interna per capire, per arrivare alla definizione puntuale della situazione e alla regolarizzazione di eventuali anomalie." A distanza di un mese dalla denuncia del Dirigente. 10/09/2018, resa pubblica con il dossier 17/09/2018 devono ancora capire? Dopo aver eseguito gli accertamenti le risultanze del Dirigente ff sono contenute nella lettera del 10 settembre che si trascrivono: " **le controdeduzioni presentate dalla Società Dedalus sono prive di ogni valenza in quanto come anche accertato dal RUP del contratto, agli atti dell'ASST non è possibile reperire alcuna documentazione relativa a richiesta di subappalti /fornitura da parte del titolare del contratto.** "

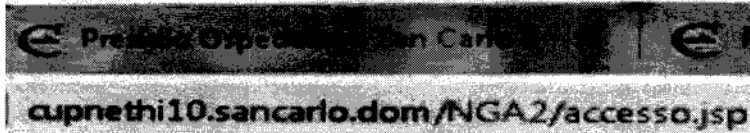
Non rimaneva quindi alla Direzione Generale che, applicare le regole previste nel **capitolato speciale d'appalto, * art.14** (avvio verifiche, applicazioni di penali, recesso) **la risoluzione del contratto è prevista per ...L'inottemperanza alle prescrizioni in tema di subappalti all'art. 17 (subappalto).**

Art 17 subappalto il capitolato speciale d'appalto di informatica pone le seguenti prescrizioni in tema di subappalto

- Aver indicato all'atto dell'offerta il servizio o parte del servizio che intende subappaltare;
- Deposito copia autentica presso l'azienda ospedaliera del contratto di subappalto 20 giorni prima di iniziare l'attività;
- L'insussistenza di rapporti di controllo o collegamento dell'aggiudicatario con l'impresa subappaltatrici ai sensi dell' artt.2359 del codice civile ;
- Che al momento del deposito del contratto l'affidatario trasmette la certificazione attestante il possesso dei requisiti in relazione alle prestazioni subappaltate e i requisiti generali art. 38 D.L.GS 163 /2006.

Il sistema informatico. del CUP dell'Ospedale S. Carlo Ospedale S. Paolo

Ospedale S. Carlo.
Sistema CUPNET



GESTIONE.

Deliberazione n 679 del 30 luglio 2015.

Scaduta il 30 Giugno 2018.

Nessuna delibera di proroga

Deliberazione n.1001 del 25-05-2017

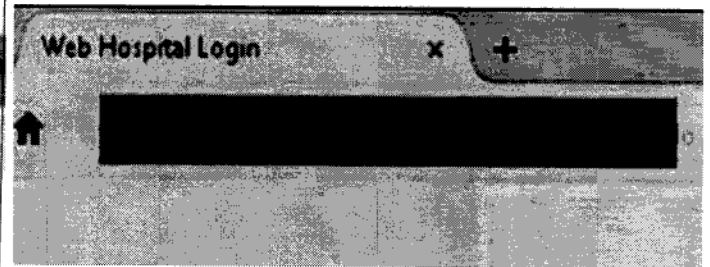
ASST S.Paolo S. Carlo.

Deliberazione n.2196 del 28-12-2017

ASST S Paolo S Carlo

**(Acquisto licenze CUP€146mila HITECH).
del CUP S.Carlo.**

Ospedale S. Paolo
Sistema CUPWEB



GESTIONE

Deliberazione n.992 del 2013-

Per la gestione del CUP nei piani di

Fatturazione contenuti in delibera

ammontano ad € 879mila.

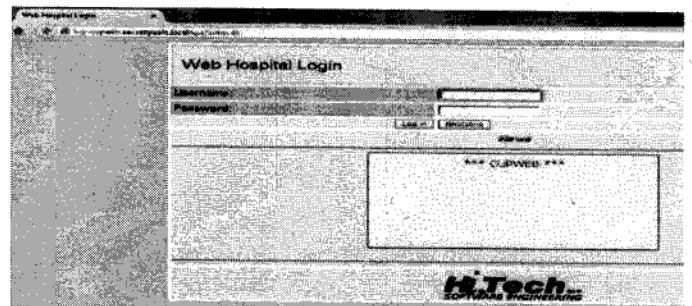
PERÒ SVELATA

LA MASCHERA COMPLETA DI

CUPWEB DEL S Paolo sorgono

delle domande. A CHE TITOLO

**HITECH che non fa' parte delle ditte
In delibera 992 gestisce il CUP S Paolo**



Con proprie applicazioni e proprio personale in loco o da remoto ?

ESISTE UN CONTRATTO DI SUBAPPALTO ?

NON ESISTE CONTRATTO DI SUBAPPALTO !

Stroica lettera molto recente firmata da un alto Dirigente ASST che denuncia sub appalto non autorizzato .
C'è da chiedersi da quanto tempo questa situazione va avanti ? Cosa nasconde ? Chi sono i responsabili?

Milano; 10 settembre 2018

AL RUP dell'appalto
Dot. Vincenzo Dentola

E.g.c. N Dentola Generali
Dot. Marco Salinaragli

Al Direttore Amministrativo
Dot.ssa Maria Grazia Colombo

Al direttore S.C. Sistemi Informatici
Ing. Elio Cecchi

Opposizione DENUNSA -- SUBAPPALTI NON AUTORIZZATI

Con riferimento alle corrispondenze intercette relativamente all'oggetto, le controdeduzioni presentate dalla Società Dedalus sono prive di ogni validità in quanto, come anche accertato dal RUP del contratto agli atti dell'ASST non è possibile reperire alcuna documentazione relativa a richiesta di autorizzazione subappalto/subfornitura da parte del titolare del contratto.

L'assenza di autorizzazione espone l'ASST a diversi rischi sia da un punto di vista della "sicurezza sul lavoro" (è presente infatti pericolosità personale ASCOM) che da un punto di vista "economico" in quanto non è possibile ad oggi verificare le quote subappaltate e la regolarità dei pagamenti al subappaltatore (in caso di azione legale del subappaltatore per mancato pagamento l'ASST sarà costretta a rispondere in solido). Si ricorda altresì la valenza dell'irruzione ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, in materia di pubblico appalto.

Per quanto sopra e per quanto di competenza si ricomanda l'obbligo di rispondere con decorrenza immediata il subfornitore, almeno fino alla regolarizzazione degli adempimenti normativi.

UNIFICAZIONE UN GRANDE PASTICCIO

L'architettura dell'impianto deliberativo amministrativo per l'unificazione del sistema informativo degli ospedali S Paolo S. Carlo messo in atto dalla Direzione Generale ASST non regge.

Infatti esaminiamo la situazione :

- Con delibera N.1001 del 25-05-2017 si estende all'ospedale S. Carlo il contratto in essere per fornitura e manutenzione sistema informatico Ospedale S. Paolo attraverso il quinto d'obbligo (escluso le risorse umane) con finanziamento regionale

L'estensione del contratto informatico del S. Paolo comprende anche il CUP . Non potendo il S. Paolo far figurare di servirsi di HITECH , in quanto ditta terza rispetto all'aggiudicatario dell'appalto, in mancanza anche di contratto di subappalto autorizzato.

La Direzione Generale ASST Delibera di acquistare le licenze HiTech SPA per garantirsi di un servizio che altrimenti non avrebbe potuto giustificare in altro modo , vista l'estensione del contratto del S. Paolo al S. Carlo deliberato il 25 maggio 2017 . in quanto illegittimo ,che comunque rimane tale.

- Deliberazione n.2196 del 28-12-2017. La ASST acquista le licenze informatiche CUP S. Carlo dell'HITECH per € 146mila

Perché comprare delle licenze informatiche CUP se con l'estensione del contratto S. Paolo le licenze erano già pagate? Sono state comprate per il S. Carlo ? Che senso ha comprare applicazioni che non dialogano tra i 2 Ospedali?

Si richiede intervento organi preposti.

Unione Sindacale Italiana Sanità Ospedali S. Carlo S. Paolo
15/10/2018



SICUREZZA INFORMATICA E SALVAGUARDIA DEI DATI A RISCHIO ?

E' DI POCCHI GIORNI LA DELIBERA 250/2019 CON LA QUALE IL RESPONSABILE DEI SERVIZI INFORMATIVI AZIENDALI AVREBBE DOVUTO GIUSTIFICARE LE IRREGOLARITA' SEGNALATE E PERVENUTE ALLA STESSA DIREZIONE, SULL' AFFIDAMENTO ESCLUSIVO AD UNA SOCIETA'!

ALLEGATA ALLA DELIBERA UNA LETTERA SCRITTA A POSTERIORI DI DICHIARAZIONI PREOCCUPANTI, CHE NON GIUSTIFICANO QUANTO RICHIESTO E QUINDI L' ESCLUSIVITA' DELL' AFFIDAMENTO MANCANDO DELLE VERIFICHE DI MERCATO COME PRESCRITTO DAL CODICE DEGLI APPALTI, MA INEVITABILMETE SOLLEVANO ALCUNI QUESITI:

L' ASST SANTI PAOLO E' CARLO E' IN MANO AD UNA SOCIETA' ?

SOCIETA' CHE DALLE VERIFICHE FATTE OCCUPA SPAZI IN NUMEROSI AFFIDAMENTI NELL' ASST, SIA DIRETTAMENTE CHE IN SUB-APPALTO.

SI LEGGE INOLTRE CHIARAMENTE NELLE DICHIARAZIONI CHE : L' ASST NON E' IN GRADO DI GARANTIRE LA SICUREZZA DEI DATI CLINICI E DEI PAZIENTI IN FASE DI ACCORPAMENTO DEI DUE SISTEMI , VIOLANDO DI FATTO TUTTE LE NORME STRINGENTI SULLA SALVAGUARDIA DEI DATI SANITARI , COMPRESA LA RELATIVA MESSA IN SICUREZZA DEGLI STESSI, MA I BACKUP? IL SITO CHIAMATO DISASTER RECOVERY CHE DOVEVA METTERE IN SICUREZZA L' ASST ED ESSERE IL SAN CARLO? **E TUTTO DOPO AVER SPESO MILIONI DI EURO?**

I DATI SI POSSONO PERDERE IN UN' ATTIVITA' DI ESTENSIONE DELLA GARA FORZATAMENTE IMPOSTA COME MAGNIFICA PIATTAFORMA INFORMATICA?

IL TUTTO IN CONTINUITA' ALLA STRANA SITUAZIONE RILEVATA IN MERITO ALLE IRREGOLARITA' DEI SUB APPALTI NON DICHIARATI, E SULLA CONTABILIZZAZIONE DELLE PENALI MAI SEGNALATE DALLO STESSO DIRIGENTE NEGLI ANNI , MA RILEVATE DA CHI HA SOSTITUITO IL DIRIGENTE IN SUA ASSENZA PER L' ANNO 2018!

E PER IL 2015, 2016 , 2017 ????

ANCOR PIU' GRAVE E' CHE LA STESSA SOCIETA' HA DA DIVERSO TEMPO UN CONTRATTO SCADUTO !

MA QUESTA AZIENDA CONTINUA AD ACCEDERE A SITEMI E DATI SENSIBILI?

E' QUESTA LA LEGALITA' DI CUI PARLAVA DIRETTORE?

CHE INTERESSI CI SONO DIETRO I SERVIZI INFORMATICI AZIENDALI?

NON SARA' MICA CHE SI STA' DEMOLENDO IL SAN CARLO NASCONDENDOSI DIETRO ECONOMICITA' E RISPARMIO DI SPESA?

ED I NOTEBOOK CHIUSI IN MAGAZZINO DA 2 ANNI ED INUTILIZZATI PAGATI CON I SOLDI DEI CONTRIBUENTI, CHE FINE HANNO FATTO ? DISTRIBUZIONE A PIOGGIA IN PREVISIONE ?

ITR

== 2329



Regione Lombardia
IL CONSIGLIO



Movimento 5 Stelle

INTERROGAZIONE

con risposta scritta

Al Signor Presidente
del Consiglio regionale
Egr. Avv. Alessandro Fermi

OGGETTO: chiarimenti in merito alla deliberazione n. 0001705 del 06/11/2018 del D.G. della A.S.S.T. SANTI PAOLO E CARLO, avente ad oggetto: "Affidamento della fornitura dei servizi di configurazione a supporto dell'upgrade dell'infrastruttura hardware della ASST Santi Paolo e Carlo alla Società Servizi Informatici srl per l'importo complessivo lordo di € 79.300,00 – cig 76324229E0 con finanziamento di cui alla d.g.r. X/6548/2017", e alla sua successiva integrazione, intervenuta con deliberazione n. 0000250 del 08/02/2019

PREMESSO CHE

- Con deliberazione del D.G. della A.S.S.T. SANTI PAOLO E CARLO n. 0001705 del 06/11/2018, successivamente integrata dalla deliberazione n. 0000250 del 08/02/2019, si è deciso di affidare alla Società Servizi Informatici s.r.l. la "fornitura dei servizi di configurazione a supporto dell'upgrade dell'infrastruttura hardware della ASST Santi Paolo e Carlo [...] per l'importo complessivo lordo di € 79.300,00 – cig 76324229E0 con finanziamento di cui alla d.g.r. X/6548/2017";
- Il provvedimento *de quo* è stato successivamente integrato dalla deliberazione n. 0000250 del 08/02/2019, per mezzo della quale si è deciso, fra l'altro, "di integrare il contenuto della delibera n. 1075 del 06.11.2018 mediante la pubblicazione, quale parte integrante e sostanziale, della dichiarazione di infungibilità del servizio sottoscritta dal DEC, Ella Cocchi, nella quale sono evidenziati i rischi di natura tecnica a cui la Stazione Appaltante si sarebbe sottoposta nel caso in cui il servizio di configurazione dei dati fosse stato affidato a società diversa dalla Servizi Informatici s.r.l., nella sua qualità di esecutore del contratto di manutenzione e gestione dell'infrastruttura tecnologica aziendale".

CONSIDERATO CHE

- Nella dichiarazione di infungibilità, sopra menzionata, sottoscritta dal Direttore Sistemi Informativi aziendali A.S.S.T. Santi Paolo e Carlo, Ing. Ella Cocchi, già nominata Direttore dell'Esecuzione del Contratto (DEC) in forza della deliberazione n. 0001705 richiamata in premessa, dopo aver spiegato come detta Azienda abbia "intrapreso nel corso del 2016 un importante percorso di innovazione dei sistemi informativi finalizzato a favorire l'unione dei due poli ospedalieri e l'integrazione con i servizi territoriali", facendo presente che "la

Via Fabio Filzi 22 - 20124 Milano - Tel. 02.67482.1 - Fax 02-67486810

Movimento5stelle@consiglio.regione.lombardia.it - lombardia5stelle@legalmail.it



Regione Lombardia
IL CONSIGLIO



Movimento 5 Stelle

riprogettazione dei sistemi architeturali si è concentrata sulla razionalizzazione dei data center aziendali, pianificando la riduzione da 4 a 2, con tecnologie più avanzate, che garantiscono migliori performance, livelli di sicurezza come da normativa vigente richiede e minori costi di gestione”, si è affermato che “La motivazione per cui si è affidato a “Servizi Informatici s.r.l.” il servizio in oggetto non consiste tanto nell’attività di mera fornitura di tale servizio (che ben può essere svolta anche da altre Aziende di alta professionalità tecnica presenti sul mercato) bensì nella valutazione della minimizzazione dei rischi che tale attività avrebbe comportato per la sicurezza dei dati dei pazienti e dei dipendenti aziendali”;

- In particolare, si è proceduto a illustrare gli elementi ritenuti caratterizzanti l’infungibilità della prestazione di Servizi Informatici s.r.l., giustificando l’affidamento diretto ai sensi dell’art. 63 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50 (“*Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*”) sulla base del rilievo per cui, essendo Servizi Informatici s.r.l. “*l’esecutore del contratto di manutenzione e gestione dell’infrastruttura tecnologica aziendale*”, esso si porrebbe quale “*unico soggetto in grado di garantire la continuità dei servizi già operanti durante tutte le fasi oggetto della fornitura*” e di evitare – nel corso della migrazione delle basi dati aziendali, del server e del file server, nonché della configurazione della componente hardware – il rischio di blocchi non programmati e di durata non definita sui sistemi informativi, la possibile corruzione o perdita dei dati, disservizi o interruzioni dell’attività clinica ai pazienti, l’indisponibilità o la perdita del patrimonio aziendale, ovvero malfunzionamenti sulla componente hardware.

RILEVATO CHE

- Le ragioni addotte a giustificazione della decisione di affidamento diretto dell’appalto in favore di Servizi Informatici s.r.l. non appaiono sufficienti e, dunque, condivisibili. È opportuno, infatti, estendere l’ambito della valutazione all’esame di ulteriori circostanze, sia di carattere generale, con riguardo alle caratteristiche proprie di qualsiasi procedura di affidamento di appalti pubblici, sia particolare, ossia correlate alla situazione patrimoniale e alle vicende occupazionali della Società affidataria;
- anzitutto, l’accoglimento delle motivazioni poste a sostegno dell’infungibilità della prestazione di Servizi Informatici s.r.l. impedirebbe, di fatto, qualsiasi mutamento del soggetto aggiudicatario del contratto. Il vizio risiede, per così dire, a monte, posto che il sistema di gestione dei file e dei dati clinici avrebbe dovuto essere predisposto, sin dall’origine, in modo tale da poter eventualmente garantire, per il futuro, il subentro di un nuovo gestore, il quale si fosse aggiudicato il contratto a seguito di procedure a evidenza pubblica e in condizioni di libera concorrenza. Talché la necessità di prevedere un continuo, o quantomeno periodico, *backup* dei dati e file predetti, ovvero di predisporre altri strumenti e/o accorgimenti idonei a garantire l’archiviazione, la conservazione e la gestione rispetto a ogni esigenza, compresa l’eventuale modifica del soggetto gestore e manutentore dell’infrastruttura tecnologica aziendale. Ragionare diversamente equivarrebbe, come detto, a impedire ogni mutamento

Via Fabio Filzi 22 - 20124 Milano - Tel. 02.67482.1 - Fax 02-67486810

Movimento5stelle@consiglio.regione.lombardia.it - lombardia5stelle@legalmail.it



Regione Lombardia
IL CONSIGLIO



Movimento 5 Stelle

dell'originario aggiudicatario di questa come di ogni altra procedura di affidamento di appalti pubblici; ciò vale, a maggior ragione, considerando il costante e consolidato indirizzo della giurisprudenza e dell'A.N.A.C., stante il quale le procedure ordinarie di selezione degli affidatari dei contratti pubblici sono quelle che consentono la più ampia partecipazione degli operatori economici, mentre la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità, con la conseguenza per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, che vanno interpretati restrittivamente. Inoltre, il richiamato indirizzo ritiene che, nei casi di infungibilità, non assoluta, ma relativa alle dotazioni esistenti, l'affidamento con procedura di acquisizione diretta debba essere sempre supportato da idonee indagini di mercato e/o documentazione scientifica volte ad assicurare, oltre ogni ragionevole dubbio, l'effettiva insostituibilità del servizio richiesto;

- sotto altro aspetto, appare potenzialmente incongrua la scelta di mantenere quale contraente proprio la società Servizi Informatici s.r.l., avendo riguardo alla situazione soggettiva della medesima. Difatti, dalla documentazione inerente a tale Società – disponibile sulla rete internet e di dominio pubblico – si apprende che la stessa si è più volte ritrovata nella necessità di adottare processi di riorganizzazione e risanamento per crisi aziendale, mediante l'attivazione della procedura di mobilità ai sensi della l. n. 223/1991 ovvero il ricorso all'Istituto della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria (CIGS) o in deroga (CIGD).

RITENUTO CHE

- alla luce delle precedenti considerazioni sorgono ragionevoli dubbi in ordine all'opportunità e/o legittimità dell'affidamento, disposto dai provvedimenti menzionati in premessa, della fornitura dei servizi di configurazione a supporto dell'upgrade dell'infrastruttura hardware della A.S.S.T. Santi Paolo e Carlo alla Società Servizi Informatici s.r.l.;
- sorge altresì, conseguentemente, la necessità di ottenere chiarimenti aggiuntivi in merito ai presupposti giustificativi della decisione, con particolare riguardo alle ragioni addotte a sostegno dell'infungibilità del servizio erogato dalla Società affidataria e alla situazione patrimoniale e occupazionale della medesima.

SI INTERROGANO LA GIUNTA REGIONALE E L'ASSESSORE COMPETENTE:

- per meglio chiarire e specificare le ragioni che hanno determinato l'affidamento diretto, in luogo dello svolgimento della procedura a evidenza pubblica, della fornitura dei servizi di configurazione a supporto dell'upgrade dell'infrastruttura hardware della A.S.S.T. Santi Paolo e Carlo alla società Servizi Informatici s.r.l. per l'importo complessivo lordo di € 79.300,00 – cig

Via Fabio Filzi 22 - 20124 Milano - Tel. 02.67482.1 - Fax 02-67486810

Movimento5stelle@consiglio.regione.lombardia.it - lombardia5stelle@legalmail.it



Regione Lombardia
IL CONSIGLIO



Movimento 5 Stelle

- 76324229E0 con finanziamento di cui alla d.g.r. X/6548/2017, con particolare riferimento agli elementi addotti a giustificazione dell'infungibilità del servizio erogato dalla società medesima;
- per chiarire le ragioni tecniche che non abbiano consentito, oggettivamente, di archiviare i dati e file in altro modo idoneo a consentire l'ingresso di un nuovo ed eventuale aggiudicatario del contratto, impedendone di fatto il mutamento al fine di salvaguardare l'integrità dei dati e file medesimi e la continuità del servizio;
 - per sapere se siano state effettuate verifiche in ordine alla solidità economica e patrimoniale dell'azienda;
 - per conoscere se siano state effettuate indagini di mercato o consultazioni preliminari di mercato volte a escludere l'esistenza di altri potenziali idonei contraenti, con riguardo ai molteplici aspetti da tenere in considerazione, e quindi all'individuazione univoca della Società Servizi Informatici s.r.l. quale unica possibile aggiudicataria dell'appalto.

1° firmatario GREGORIO MAMMI'

Milano, 12/03/2019

DOCUMENTO PERVENUTO
ALLE ORE 10.20
DEL 18/03/2019
SERVIZIO SEGRETERIA
DELL'ASSEMBLEA CONSILIARE



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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2614 del 2017, proposto da:

Elettronica Bio Medica S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli e Mario Di Carlo, con domicilio eletto presso lo studio Luca Tufarelli in Milano, via Monte Napoleone, 20;

contro

Ats Citta' Metropolitana di Milano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marino Bottini e Simona Falconieri, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, corso Italia, 19;

Azienda Socio Sanitaria Territoriale Asst Rhodense non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

Medicair Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Soncini, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Elvezia, 12;

per l'annullamento

degli atti relativi alla procedura aperta finalizzata all'affidamento del servizio di assistenza e di manutenzione delle apparecchiature per ventiloterapia di proprietà della ATS della Città Metropolitana di Milano e della ASST Rhodense, lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37, ed in particolare:

- della deliberazione n. 1326 del 9.10.2017, comunicata ad EBM in pari data, nella parte in cui ha aggiudicato i lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 alla Medicair Italia S.r.l. anziché alla EBM;

- del provvedimento di presa d'atto dell'esito della gara dell'ASST Rhodense, di estremi e contenuto non noto;
- dei verbali di gara e relativi allegati ed, in particolare, del verbale n. 110 del 2.08.2017, n. 120 del 25.08.2017 e n. 131 del 4.10.2017;
- del Bando, disciplinare, capitolato speciale d'appalto, chiarimenti nelle more intervenuti e della lex specialis tutta;
- dei contratti ove nelle more intervenuti;
- di qualsiasi altro atto e/o documento presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ats Citta' Metropolitana di Milano e di Medicaire Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Ats Citta' Metropolitana di Milano ha indetto una gara a procedura aperta espletata in unione d'acquisto con l'Asst Rhodense per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa del servizio di assistenza e di manutenzione di apparecchiature per ventiloterapia di proprietà delle due aziende interessate.

Per i lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 della procedura in questione, che riguardano l'assistenza e la manutenzione di apparecchiature prodotte da Breas e Apex, partecipavano Elettronica Bio Medicale S.p.a. e Medicaire Italia S.r.l., e le offerte tecniche delle due concorrenti ottenevano, rispettivamente, 70 e 38,34 punti.

Anche l'offerta economica dell'odierna ricorrente era più bassa per tutti i lotti suindicati (mentre quella di Medicaire non contemplava alcun ribasso rispetto alla base d'asta), lotti che venivano, quindi, alla stessa aggiudicati.

Successivamente la stazione appaltante procedeva ad effettuare la valutazione di anomalia dell'offerta di Elettronica Bio Medicale, che risultava congrua.

Nel frattempo, in seguito alla segnalazione di Medicaire sulla sussistenza di una condizione di esclusività commerciale sulle apparecchiature Breas ed Apex, il RUP comunicava di avere interpellato in merito le società in questione, che avevano

confermato l'esistenza di rapporti esclusivi con detto operatore (cfr. il verbale n. 131 del 4 ottobre 2017) e proponeva l'aggiudicazione dei lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 a Medicaire, proposta che veniva confermata con il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 9 ottobre 2017, per un importo del valore complessivo di euro 316.170,00, corrispondente alla base d'asta.

Con il ricorso all'esame del collegio la società istante ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali la stazione appaltante ha aggiudicato in via diretta alla Medicaire Italia S.r.l. i lotti 1, 8, 10, 13, 14 e 37 della procedura in questione.

A sostegno del proprio gravame l'istante ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

Violazione della *lex specialis* di gara e degli artt. 4, 32, 63, 83, 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento dalla causa tipica, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, violazione del legittimo affidamento, atteso che, dopo avere indetto una procedura di gara che prevedeva l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante, invece di aggiudicarla al soggetto risultato primo in graduatoria, si sarebbe determinata ad aggiudicarla al soggetto che vanta un'esclusiva commerciale, violando la *lex specialis* di gara;

Violazione della normativa in materia di dispositivi medici, in part. degli artt. 3 del d.lgs.n. 46/97, 3 del d.lgs. n. 332/2000 e 2 della Direttiva 90/385/CEE; eccesso di potere per illegittima restrizione della concorrenza;

Violazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 32 della Dir. 2014/24/UE, degli artt. 1743 e 2596 c.c.; eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, violazione dei principi di economicità, efficienza e buona amministrazione, atteso che la stazione appaltante, nell'ambito di una procedura aperta, avrebbe poi proceduto illegittimamente ad un affidamento diretto senza che ne sussistessero i presupposti.

Con memoria notificata alle controparti e depositata in giudizio il 23 dicembre 2017, da valere anche come ricorso per motivi aggiunti, la società istante ha specificato le proprie censure.

Si sono costituite in giudizio l'Ats Citta' Metropolitana di Milano e Medicaire Italia S.r.l., che hanno eccepito il difetto di giurisdizione in ordine alle censure afferenti gli assunti illeciti antitrust, ai sensi dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990, chiedendo, comunque, il rigetto del ricorso per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti costituite hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica dell'8 febbraio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il collegio ritiene, in via preliminare, di disattendere l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalle controparti in relazione alle censure afferenti gli assunti illeciti antitrust.

Tali doglianze concernono, infatti, chiaramente, profili afferenti la violazione della disciplina dei contratti pubblici, della regolamentazione dei dispositivi medici e dei servizi professionali del mercato interno, che appartengono al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Ed invero, l'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, che disciplina l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, così recita: "1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.

2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:

...

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

...

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

...

Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici".

In relazione all'interpretazione della norma in questione e dell'art. 57 del precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), con particolare riferimento alla ricorrenza dei presupposti, la costante giurisprudenza amministrativa così si è espressa:

"Osserva il Collegio che lo stesso art. 57 del codice vigente al momento dell'affidamento, disponeva alla lettera b) che l'affidamento diretto fosse legittimo qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto potesse

essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (norma che peraltro ha trovato la sua riproduzione anche nella vigente disciplina).

Come precisato dall'ANAC, nelle Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, a proposito dell'attuale art. 63, ma richiamando anche tutta la giurisprudenza formatasi in passato, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse.

Naturalmente, trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cfr. Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), confermata del resto dalla giurisprudenza della Sezione (sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza.

Del resto, va anche precisato che l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi.

Nei casi di infungibilità dei prodotti e dei servizi, il Codice prevede la possibilità di derogare ai principi dell'evidenza pubblica” (Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; cfr., sul punto, anche Cons. di Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 413; 30 aprile 2014, n. 2255; Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 17 giugno 2015, n. 290; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 gennaio 2015, n. 393).

“E' illegittimo il bando di gara il quale finisce per prevedere una sorta di privativa in favore di un singolo operatore, in contrasto con il principio comunitario di

liberalizzazione delle attività economiche. Infatti l'attribuzione di diritti esclusivi è consentita solo allorché i medesimi scopi non siano affatto realizzabili attraverso l'azione dei mercati sia pure regolati, il che accade: o perché si tratta di promuovere finalità che non possono essere conseguite, con accettabili standard di benessere sociale, ove le decisioni allocative siano determinate dai prezzi; ovvero quando la spontaneità stessa del mercato agisca come fattore anticoncorrenziale; ovvero ancora quando l'attività non è per nulla appetibile per le imprese private. Pertanto in mancanza di giustificazioni sostanziali, la possibilità per l'amministrazione intimata di istituire un effetto di "privativa", implicito nella volontà di sostituire un regime di concorrenza "nel" mercato con uno di concorrenza "per" il mercato, o comunque di "restrizione" all'esercizio dell'attività d'impresa per cui è causa, risulta lesivo dei principi comunitari di liberalizzazione delle attività economiche (Tar Lombardia, sez. I, 30 dicembre 2013, n. 3000).

Dopo aver descritto il panorama giurisprudenziale sui limiti di applicazione dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, pare opportuno richiamare il contenuto delle linee guida n. 8 per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, approvate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 13 settembre 2017 con deliberazione n. 950 e depositate presso la segreteria del Consiglio il 10 ottobre 2017.

In proposito, l'ANAC ha affermato che: "Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.

Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza,

la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.

... Esistono numerose situazioni che possono portare una stazione appaltante a ritenere infungibile un certo bene o servizio; in alcuni casi ciò deriva da caratteristiche intrinseche del prodotto stesso, in altri può essere dovuto a valutazioni di opportunità e convenienza

nel modificare il fornitore. Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare

alla regola dell'evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene. ...

In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei (Ad esempio una stazione appaltante deve valutare se ricorrono i presupposti per l'utilizzo della procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016 nel caso in cui la stessa abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico ad effettuare l'assistenza tecnica - ma vi siano altri operatori economici che dimostrano di possedere i requisiti tecnici necessari per effettuare la medesima assistenza ovvero nel caso in cui possa utilizzare materiali di consumo "compatibili", se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull'apparecchiatura in questione, ma il produttore dell'apparecchiatura dichiara nel manuale d'uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali "originali". In tali ipotesi, infatti, sarebbe astrattamente possibile per l'amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma stante le dichiarazioni del produttore, non è detto che la stessa otterrebbe il medesimo grado di qualità delle prestazioni; tuttavia l'eventuale minor qualità potrebbe essere compensata da un costo più basso). Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard".

Da tutto quanto sopra richiamato può, dunque, ricavarsi il principio per il quale, costituendo l'affidamento diretto una modalità di attribuzione di commesse pubbliche che deroga al principio generale della libera concorrenza, l'Amministrazione è legittimata a farne uso esclusivamente nei casi in cui sussistano specifiche ragioni che le impediscano di reperire l'opera, la fornitura o il servizio sul libero mercato, o a condizioni sproporzionate.

Tali specifiche ragioni devono essere, quindi, individuate ed esplicitate nella determinazione di affidamento diretto, che dovrà essere, sul punto, idoneamente motivata, con particolare riferimento all'istruttoria e alle indagini di mercato espletate.

Nella fattispecie all'esame del collegio tale dettagliata motivazione non si rinviene, essendosi il direttore generale limitato ad affermare genericamente di avere riscontrato l'esistenza della posizione di esclusività commerciale di Medicaire dalle dichiarazioni della stessa, nonché di Apex e Breas (cfr. il provvedimento di aggiudicazione del 9 ottobre 2017, versato in atti).

Anzi, la circostanza in base alla quale alla gara avevano partecipato due operatori, e migliore offerta era stata peraltro valutata quella presentata da chi, tra i due, non aveva i diritti di esclusiva, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a condurre un supplemento di istruttoria per verificare la ricorrenza effettiva dei presupposti per l'affidamento diretto, ovvero non solo dell'esistenza dei diritti esclusivi, che vincolano solo le parti del relativo contratto, ma anche delle condizioni di infungibilità, ovvero l'assenza di altri operatori o di soluzioni alternative ragionevoli sul mercato in grado di operare l'assistenza e la manutenzione dei prodotti Apex e Breas.

Come affermato nelle linee guida dell'ANAC esaminate in precedenza, invero: "poiché l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio".

Pare, in proposito, al collegio illuminante la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di "principio dell'esaurimento comunitario" del diritto di esclusiva e di "importazioni parallele", elaborati al fine di effettuare un corretto bilanciamento tra i diritti di esclusiva dei titolari di privative industriali e i diritti di libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché dei consumatori ad approvvigionarsi in un mercato regolato dal principio della libera concorrenza.

Più specificamente, il principio di esaurimento comunitario previsto in ambito nazionale dall'art. 5 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 e in ambito europeo dagli artt. 13 del Reg. 207/2009/CE e 21 del Reg. 6/2002/CE, rappresenta quella regola generale che vige in tema di diritti di proprietà industriale secondo cui, una volta che un bene viene messo in commercio nel territorio comunitario o nello spazio unico europeo da parte del titolare, o con il suo consenso, egli perde le relative facoltà di privativa con riferimento allo specifico bene immesso in commercio.

Il principio è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea per favorire le cosiddette "importazioni parallele", ossia le importazioni di beni all'interno di uno spazio territoriale senza o perfino contro il consenso del titolare della privativa, nel caso in cui la differenza di prezzo applicato per differenti mercati permette l'acquisto in uno spazio e la rivendita in un altro spazio con il percepimento di un margine di profitto.

Anche in tema di dispositivi medici la giurisprudenza della Corte di giustizia si è espressa, più volte, positivamente con riferimento all'ammissibilità delle importazioni parallele (cfr., ad esempio,

Corte di giustizia, 13 ottobre 2016, causa C-277/15; 24 novembre 2016, causa C-662/15).

La stazione appaltante non ha dunque raccolto e comunque indicato nel procedimento de quo, elementi sufficienti per affermare che il diritto di esclusiva, vigente nella fattispecie in questione, possa, dunque, non costituire un ostacolo all'approvvigionamento dei servizi o della fornitura dei pezzi di ricambio da soggetti diversi da Medicaïr.

Riguardo, invece, al profilo concernente la tutela della salute, giustamente posto in luce dall'Amministrazione in ragione dell'essenzialità delle apparecchiature di ventiloterapia e dei pezzi di ricambio originali, il collegio ritiene che tale tutela venga in ogni caso nella fattispecie adeguatamente assicurata in ragione delle specifiche e dettagliate modalità di effettuazione del servizio, nonché della obbligatoria e rigorosa compatibilità dei pezzi di ricambio e di consumo contemplate dalla lex specialis di gara: e se Elettronica Bio Medicaïle non potesse concretamente dimostrare di essere in grado di svolgerla, non potrebbe conseguire l'aggiudicazione, ma per una ragione evidentemente del tutto diversa da quella stabilita dalla stazione appaltante.

Da tutto quanto sopra osservato emerge, dunque, come si sia verificato, nella fattispecie all'esame del collegio, un palese difetto di istruttoria, anche con riferimento alle necessarie valutazioni in ordine all'economicità dell'affidamento del servizio, atteso che l'offerta di Medicaïr aveva ottenuto un punteggio più basso sia riguardo al profilo tecnico che a quello economico.

Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi le ulteriori censure dedotte, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dell'aggiudicazione della gara alla società controinteressata, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di proseguire la procedura di specie conformandosi ai succitati principi.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento dell'aggiudicazione della gara alla società controinteressata.

Condanna l'Ats Citta' Metropolitana di Milano e Medicaire Italia S.r.l., in solido ed in parti uguali, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della società ricorrente, che si liquidano in una somma complessiva pari ad euro 7.000,00, oltre ad oneri di legge e alla rifusione del contributo unificato dalla stessa versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

Linee guida n. 8 recanti: «Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili»

Autorità Nazionale Anticorruzione - Provvedimento 13 settembre 2017, in G.U. 23 ottobre 2017, n. 248

IL CONSIGLIO DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Premessa

Nell'ambito della propria attività istituzionale l'Autorità ha osservato come in diverse occasioni, per l'acquisizione di beni o servizi, le stazioni appaltanti ricorrono ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 (o all'art. 125 per i settori speciali) decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito Codice), adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, ecc. Si tratta di situazioni che caratterizzano diversi settori, tra cui, a titolo di esempio, il settore sanitario, le acquisizioni di servizi e forniture informatiche, i servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari. Tale prassi determina inevitabilmente una restrizione della concorrenza, pertanto, l'Autorità ritiene necessario fornire indicazioni puntuali circa le modalità da seguire per accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio: gli accorgimenti che le stazioni appaltanti dovrebbero adottare per evitare di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del lock-in); le condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara in caso di infungibilità di beni e/o servizi. A tal fine l'Autorità ha redatto le presenti Linee guida ai sensi dell'art. 213, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016, in virtù del quale l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Le stesse non hanno perciò carattere vincolante.

1. Le possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi

In via preliminare appare opportuno ricordare che, da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. In altri termini, un bene può essere sostituibile a un altro soggetto a privativa industriale, in quanto permette di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo. Un bene o servizio può essere infungibile, anche se non vi è alcun brevetto sullo stesso. Per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione.

Un bene o un servizio possono essere infungibili perché, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi, oppure a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri o, infine, a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico. Un operatore economico che offre un prodotto o un servizio infungibile potrà praticare un prezzo più elevato di quello che deriverebbe da un confronto concorrenziale, in quanto potrà sfruttare i vantaggi derivanti da una domanda inelastica, ovvero una domanda che reagisce poco a variazioni di prezzo.

Poiché l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio.

L'infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico è conosciuta nella letteratura economica e antitrust con il termine di lock-in.

Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della Information and Communications Technology (ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione europea ha recentemente fornito la seguente definizione di lock-in per gli appalti nel settore informatico: «Il lock-in si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente» (1).

Esempi nei quali il lock-in è l'effetto di un comportamento del consumatore/stazione appaltante sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (sunk costs), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (learning) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per

cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai social networks), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità.

Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo lock-in, gli esempi tipici sono riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o alla cattura di fatto dello stesso.

In tutti questi casi, il cliente incontra elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore. Ciò è vero, indipendentemente dal numero di concorrenti presenti sul mercato; anzi si può ritenere che le singole imprese tenderanno ad adottare comportamenti tanto più aggressivi quanto maggiore è il numero dei concorrenti.

Un consumatore attento nelle proprie scelte di consumo, come devono essere le pubbliche amministrazioni stante la necessità di operare nel rispetto del fondamentale principio di buona amministrazione (art. 97 Cost), deve poter anticipare i maggiori oneri futuri determinati dalle proprie decisioni di acquisto attuali. Ne discende che per alcuni beni e servizi le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale e richiedono un'adeguata ponderazione del rapporto costi-benefici in quanto il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di anni implica spesso la rinuncia ai benefici, che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi. D'altro canto l'emancipazione da un fornitore di un prodotto e/o servizio può comportare costi elevati, quali, a titolo esemplificativo: (a) i costi della migrazione di dati (e documenti) informatici, che, prima di essere trasferiti da un fornitore all'altro, devono essere preparati (bonifiche pre-migrazione); (b) i costi organizzativi, collegati alla necessità di reimpostare i servizi e di formare il personale.

È stato sostenuto che, specie per le gare di appalto, una possibile soluzione per anticipare rischi di lock-in, soprattutto quando vi sono costi di apprendimento elevati, sta nell'affidare appalti cosiddetti multi-sourcing, ovvero con due o più vincitori. In questo caso, nelle gare a valle, la stazione appaltante potrà contare sulla partecipazione dei soggetti aggiudicatari della prima, i quali avranno acquisito quelle conoscenze specifiche sui bisogni della stessa, che gli permettono di formulare offerte competitive. A parte la difficoltà di consegnare una gara multi-sourcing, si osserva che questa può produrre risultati positivi di prevenzione del lock-in solo in un numero limitato di casi, non risolvendo i problemi di aftermarket, di eternalità ecc. Inoltre, potrebbe produrre risultati negativi (ad esempio in termini di prezzo) in presenza di elevati costi fissi (che dovrebbero essere duplicati) ovvero a causa del mancato sfruttamento di possibili economie di scala e/o di scopo. Peraltro, non si possono escludere rischi di collusione tra i partecipanti alle gare, i quali potrebbero non essere incentivati ad offerte aggressive, preferendo accordarsi per essere tra gli aggiudicatari.

Un'ulteriore soluzione, ripresa recentemente con forza in sede europea (2), valida per i sistemi ICT è quella del passaggio all'utilizzo di sistemi di telecomunicazione non più basato su tecnologie proprietarie ma su standard. Secondo la Commissione, se in Europa tutte le gare fossero svolte su standard si potrebbe ottenere un risparmio annuo sui costi degli affidamenti pari a 1,1 miliardi di euro (anche se ovviamente vi sarebbe un costo iniziale per il passaggio alle nuove dotazioni) e un miglioramento della qualità dei prodotti, dovuti alla maggiore concorrenza e partecipazione di imprese alle gare. In generale, un effetto lock-in può derivare da una pluralità di ragioni, che devono quindi essere analizzate caso per caso.

Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.

Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.

2. L'affidamento di forniture e servizi infungibili

2.1 La scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

L'analisi delle cause per cui un bene può essere infungibile ha mostrato che esistono numerose situazioni che possono portare una stazione appaltante a ritenere infungibile un certo bene o servizio; in alcuni casi ciò deriva da caratteristiche intrinseche del prodotto stesso, in altri può essere dovuto a valutazioni di opportunità e convenienza nel modificare il fornitore. Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare alla regola dell'evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità (3).

Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene. Al riguardo occorre ricordare che per costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, «le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti

conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene» (4).

Sulla base delle indicazioni della Corte, confermate dalla giurisprudenza costante nazionale (5), spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei (6). Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard. Ne consegue, pertanto, che qualora questi ultimi siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti standard, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all'art. 63 decreto legislativo n. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico), ma debbono far ricorso ad una delle procedure di cui all'art. 59 decreto legislativo n. 50/2016, osservando quanto disposto dall'art. 68, comma 6, decreto legislativo n. 50/2016 in merito alle specifiche tecniche da richiedere. Di contro, quando il rispetto di particolari vincoli imposti dal legislatore nazionale o comunitario o da accordi internazionali, determina l'impossibilità di rivolgersi a più fornitori, allora le stazioni appaltanti possono utilizzare la procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.

Per la verifica rigorosa dei presupposti che possono condurre ad effettuare acquisti ricorrendo alle procedure derogatorie dell'evidenza pubblica di cui all'art. 63 è necessario che le stazioni appaltanti già nella fase di individuazione dei propri fabbisogni accertino le caratteristiche dei beni e servizi che intendono acquistare.

2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi

Al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici e, in particolare, allo scopo di prevenire l'insorgere di forme di lock-in o di infungibilità di prodotti o processi, le amministrazioni devono compiere un'attenta programmazione dei propri fabbisogni. Quest'ultima costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento. Nello svolgimento dell'attività di vigilanza l'Autorità ha potuto verificare la profonda correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva e le carenze riconducibili ad un'incompleta o imprecisa predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, contratto allegato, ecc.) e, prima ancora, all'assenza di un'adeguata fase di programmazione.

Il decreto legislativo n. 163/2006 prevedeva l'obbligo di ricorrere alla preventiva programmazione dei fabbisogni soltanto per la realizzazione di lavori pubblici di importo superiore a 100.000 euro, ma non servizi e forniture. In assenza di previsione specifica, l'Autorità ha più volte sottolineato la centralità della programmazione anche per servizi e forniture, al fine di garantire l'apertura dei mercati e la prevenzione della corruzione (7). L'importanza della programmazione per l'acquisizione di beni e servizi è stata definitivamente riconosciuta dal decreto legislativo n. 50/2016: le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare un programma biennale per l'acquisto di beni e servizi di importo stimato pari o superiore ai 40.000 euro e procedere poi a successivi aggiornamenti annuali degli stessi. Nell'ambito di tale programma le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati (art. 21, commi 1 e 6). Grazie ad un'adeguata programmazione le stazioni appaltanti definiscono ex ante le proprie esigenze, individuano le conseguenti migliori soluzioni idonee a soddisfarle, evidenziando anche quali, tra le soluzioni percorribili possono comportare rischi di lock-in. In particolare si suggerisce alle stazioni appaltanti almeno di: (a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire; (b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, dei costi connessi alla realizzazione, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi.

Accanto alla programmazione, il nuovo Codice detta ora indicazioni precise per la progettazione di beni e servizi. Si ritiene questa una fase fondamentale per prevenire i rischi di lock-in; il progetto non deve limitarsi a considerare solo l'immediata utilizzabilità di un prodotto o servizio, ma, specie per quelli che hanno una durata protratta nel tempo, deve guardare anche agli impegni che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro e, in particolare, per quanto riguarda i rischi di infungibilità, aspetti legati a materiali di consumo, pezzi di ricambio e facilità di sostituire il fornitore. Tale soluzione eviterebbe il rischio che un operatore possa adottare strategie opportunistiche, presentando un'offerta particolarmente aggressiva, potendo contare sul successivo recupero di consistenti guadagni negli aftermarket a danno della stazione appaltante e dei concorrenti. È necessario, quindi, che le stazioni appaltanti considerino l'intero ciclo di vita del prodotto e/o del servizio richiesto, ponendolo ad oggetto del confronto competitivo.

Grazie a tale analisi preventiva le stazioni appaltanti potrebbero prevenire fenomeni di lock-in in quanto verrebbero a conoscere ex ante sia la durata del prodotto sia i costi dello stesso e, conseguentemente, potrebbero programmare per tempo la sostituzione dello stesso mediante procedura concorrenziale. Il ciclo di vita comprende tutte le fasi consecutive o interconnesse,

compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, smantellamento e fine del servizio (art. 3, lett. hhhh) del Codice).

Nel considerare il ciclo di vita di una fornitura e/o di un servizio ICT le stazioni appaltanti tengono presente che l'evoluzione tecnologica è molto rapida, e pertanto prodotti inizialmente caratterizzati da un certo grado di infungibilità potrebbero a distanza di poco tempo diventare pienamente fungibili. In tale contesto dovrebbero essere valutati anche eventuali switching cost, sostenuti nel caso in cui venisse cambiato il fornitore. La fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'aftermarket sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio. Laddove, invece, gli aftermarket e gli eventuali switching cost presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o non esistono vincoli tecnologici, economici o giuridici che impediscano all'amministrazione di rivolgersi ai fornitori universali di ricambi o servizi di manutenzione, potrebbe essere riconosciuta la possibilità di ricorrere ad affidamenti non integrati.

Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/o fenomeni di lock-in e al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere a un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni.

Nella fase di progettazione e nella predisposizione dei documenti di gara, le amministrazioni considerano, oltre ai costi immediati che devono sostenere, anche quelli futuri attualmente prevedibili legati a elementi quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio nonché i costi per il cambio di fornitore. Le stazioni appaltanti procedono agli affidamenti considerando il costo del ciclo di vita del prodotto.

2.3 Consultazioni preliminari di mercato

Per una corretta progettazione e per un'efficiente predisposizione dei bandi di gara, nelle situazioni in cui la stazione appaltante ritiene che un certo fabbisogno possa essere soddisfatto unicamente mediante l'acquisto di beni o servizi infungibili o che possano condurre a situazioni di non reversibilità della scelta è necessario che la stazione appaltante acquisisca tutte le informazioni disponibili. Innanzitutto è opportuno che quest'ultima osservi il comportamento di acquisto tenuto da altre amministrazioni, che hanno soddisfatto analoghi interessi pubblici, verificando, in particolare, se hanno svolto procedure a evidenza pubblica e i risultati ottenuti. Potrebbe essere utile in tale fase procedere anche alla consultazione dei cataloghi elettronici del mercato delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti.

Se tale analisi non è soddisfacente, è necessario rivolgersi al mercato, attraverso adeguate consultazioni preliminari, per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede. Le consultazioni sono preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentendo alla stazione appaltante di conoscere se determinati beni o servizi hanno un mercato di riferimento, le condizioni di prezzo mediamente praticate, le soluzioni tecniche disponibili, l'effettiva esistenza di più operatori economici potenzialmente interessati alla produzione e/o distribuzione dei beni o servizi in questione.

In particolare l'art. 66 decreto legislativo n. 50/2016, prevede ora che prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi (art. 66, comma 1). Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite dal citato decreto o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto (art. 66, comma 2).

In questi casi, la stazione appaltante deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore. La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nell'home page, per un periodo non inferiore a quindici giorni ovvero scegliendo altre forme idonee a garantire la trasparenza del proprio operato e la più ampia diffusione dell'iniziativa e la maggiore partecipazione alla stessa. L'avviso indica il fabbisogno che la stazione appaltante intende soddisfare, gli strumenti che quest'ultima ha individuato per farvi fronte e i costi attesi, la richiesta di indicare eventuali soluzioni alternative, la volontà di procedere, qualora ve ne siano i presupposti, all'acquisto mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando. La stazione appaltante, inoltre, rimane disponibile a fornire ulteriori informazioni che il mercato potrebbe richiederle nel rispetto dei principi di trasparenza e par condicio.

Ciò consente alla stazione appaltante di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di ridurre proprio quelle asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza. La consultazione, ad esempio, potrebbe svelare che i costi di passaggio ad altro produttore o tecnologia interoperabile rappresentano un'alternativa economicamente più vantaggiosa rispetto al proseguimento del contratto in essere e, quindi, indurre la stazione appaltante a bandire una procedura aperta o ristretta.

Sotto un diverso profilo, occorre precisare che la stazione appaltante non può basare la motivazione della propria scelta di derogare all'evidenza pubblica sulla base dei risultati di consultazioni condotte in passato. Infatti, nel tempo le condizioni che hanno portato a riconoscere l'infungibilità della fornitura o del servizio possono variare. Peraltro, «in giurisprudenza è stato

puntualizzato che la "unicità" dello "operatore economico determinato", id est del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in rerum natura, bensì ne è ragionevole l'interpretazione secondo cui va considerato "unico" il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, "in quel momento, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti", pena altrimenti una lettura della norma stessa trasmodante in una interpretatio abrogans della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria» (8). In sostanza, la dimostrazione dell'infungibilità del servizio o della fornitura si deve basare su valutazioni attuali, non legate ai risultati di precedenti verifiche o a ipotesi circa futuri sviluppi nel mercato, che, pure, vanno presi in considerazione per la determinazione della durata dell'affidamento.

Nella delibera o determina a contrarre la stazione appaltante dà puntuale riscontro degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio. Nello stesso atto vanno indicati il valore stimato dell'affidamento e la durata dello stesso. Si ricorda, infatti, che il valore stimato dell'affidamento, ai sensi dell'art. 35 del codice, deve essere indicato all'avvio di ogni procedura di affidamento, indipendentemente dall'esistenza di un bando. Il prezzo pagato per la fornitura o l'affidamento deve essere calcolato secondo le procedure standard seguite dalla stazione appaltante, avendo a riferimento, ad esempio, anche il prezzo attualmente praticato alla stazione appaltante o, per affidamenti analoghi, ad altre stazioni appaltanti. La durata dell'affidamento dovrebbe essere calcolata tenendo conto, da un lato, delle esigenze di non gravare eccessivamente gli oneri per la stazione appaltante, dall'altro, del fatto che si tratta di una procedura in deroga ai principi di evidenza pubblica, circostanza che impone di limitare la durata dell'affidamento. Ciò specie se la stazione appaltante preveda ragionevolmente che potranno essere introdotti a breve nuovi servizi o forniture fungibili con quelli in esclusiva.

Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte in ossequio ai principi di trasparenza e massima partecipazione, al fine di non falsare la concorrenza.

Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a confermare l'esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell'art. 63, comma 1, decreto legislativo n. 50/2016 il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando ovvero individuare l'esistenza di soluzioni alternative. I risultati delle soluzioni individuate a seguito delle consultazioni preliminari di mercato sono riportati nella determina a contrarre.

2.4 Come superare il rischio di lock-in

Come ricordato la direttiva 2014/24/UE ha chiarito che è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in casi eccezionali, quando vi è un unico fornitore, «se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto».

Questa circostanza negativa, però, si verifica spesso per numerosi affidamenti, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, la quale, nel predisporre il proprio capitolato speciale può non considerare con attenzione i rischi che a seguito del primo affidamento venga definito anche il nominativo del vincitore dei successivi affidamenti. Ciò si verifica soprattutto quando non vi è un'attenta programmazione dei fabbisogni e i documenti di gara sono predisposti a ridosso della scadenza dei contratti.

Per quanto concerne il lock-in, la stazione appaltante può dover affrontare, nel tempo, due problemi distinti: a) produrre documentazione di gara che prevenga il rischio di rimanere legati ad un unico fornitore; b) verificare la possibilità e la praticabilità di uscire da situazioni di lock-in. In merito a quest'ultimo aspetto devono essere attentamente individuate le cause che impediscono o ostacolano il cambio di fornitore. Spesso le difficoltà e i costi di mutamento del fornitore possono essere sovrastimati, anche a causa dell'inerzia che caratterizza l'azione amministrativa. In generale, le difficoltà inerenti il cambio del fornitore devono essere confrontate con i risparmi di lungo periodo permessi da una maggiore concorrenza e dal poter accedere a soluzioni più efficienti.

In ogni caso si rileva che, come già sottolineato, non esiste una regola generale per prevenire e superare il lock-in, ma occorre procedere caso per caso.

Si è già indicato come una delle possibili soluzioni, suggerita nella letteratura e praticata per gli affidamenti in taluni settori, consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (multi-sourcing). Ciò può dare un certo potere contrattuale alla stazione appaltante negli affidamenti successivi, poiché potrà contare sull'esistenza di più imprese che hanno acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e le necessità dell'amministrazione (riduzione dell'asimmetria informativa). Affidamenti multi-sourcing possono avvenire o prevedendo più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), con l'assegnazione al concorrente primo qualificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto per la gara e a scalare per i successivi; o dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili. Il primo sistema appare più idoneo a sistemi basati su accordi quadro, il secondo sembra fornire maggiori garanzie alle imprese circa i quantitativi che possono essere ottenuti. Al riguardo va considerato, tuttavia, che i potenziali benefici del multi-sourcing potrebbero essere annullati dall'inevitabile duplicazione dei costi (fissi e di transazione), unita a possibili diseconomie di scala e agli inevitabili rischi di collusione). A tal fine, la previsione di lotti o quote disomogenee ma allo stesso tempo coerenti con la dimensione minima efficiente del mercato, preferibilmente aggiudicati con procedure distanziate nel tempo, potrebbe contribuire a massimizzare le potenzialità pro-competitive di tale modalità di affidamento.

Come già rilevato, questo sistema non è in grado di fornire soluzioni valide per tutte le cause di lock-in e non dovrebbe essere utilizzato in settori esposti a rischio di collusione, in quanto le imprese potrebbero incontrare minori difficoltà a perseguire soluzioni collaborative di spartizione del mercato.

Una seconda soluzione proposta dalla Commissione europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari. Secondo la Commissione, il ricorso a gare basate su standard permette (almeno nel lungo periodo), risparmi rilevanti sugli affidamenti, oltre a facilitare i contatti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, l'interoperabilità tra le diverse amministrazioni e le relative banche-dati, il riutilizzo delle informazioni e l'innovazione tecnologica (9). I principali problemi per il passaggio a gare basate su standard sono legati ai costi che si devono sopportare, specie nel breve-medio periodo, per dismettere i sistemi esistenti e nella mancanza di competenze specifiche al riguardo. È evidente che per tale scelta le amministrazioni devono confrontare i costi per la dismissione del sistema esistente con i vantaggi che si determinano nel medio lungo periodo. Tra i costi devono essere inclusi anche quelli legati alla sicurezza dei sistemi software che potrebbero nascere nel passaggio da un sistema all'altro, mentre tra i vantaggi devono anche essere inclusi quelli derivanti da esternalità positive indotte da una maggiore concorrenza nel mercato. È innegabile che in particolari situazioni vi possano essere considerazioni sulla sicurezza dei sistemi informatici che impediscono una reale competizione nel mercato; in questi casi è compito dell'amministrazione chiarire in dettaglio al riguardo e motivare adeguatamente le ragioni per cui si ritiene di dover restringere la concorrenza per lo specifico affidamento.

Nella comunicazione del 25 giugno 2013 e nelle linee guida allegate la Commissione fornisce raccomandazioni sui seguenti aspetti:

- a) i principi da seguire in un paese, regione o settore per garantire l'interoperabilità dei sistemi;
- b) la scelta degli standard, in modo corretto e trasparente, per evitare il lock-in e garantire che gli stessi vengano sostituiti quando diventano disponibili standard migliori; l'identificazione delle esigenze di un'amministrazione pubblica e l'individuazione dei sistemi in grado di soddisfare al meglio dette esigenze;
- c) la pianificazione del bilancio di lungo termine per superare i costi iniziali più alti imposti dal superamento delle situazioni di lock-in;
- d) la conduzione delle indagini di mercato;
- e) la predisposizione dei bandi di gara.

In particolare, nelle linee guida la Commissione indica la necessità che, per superare i problemi relativi alla conoscenza e alla scelta degli standard, si sviluppino e si mantenga un'expertise al riguardo in strutture centrali, cui facilmente le stazioni appaltanti possano rivolgersi per l'individuazione dei propri fabbisogni e la definizione delle relative strategie (selezionare gli standard e le altre specificazioni tecniche idonee). Al riguardo occorre verificare quali standard sono forniti dal mercato, lavorare con il mercato per lo sviluppo di soluzioni sostenibili (10), definire specifiche neutrali dal punto di vista tecnico (che non avvantaggino cioè alcun operatore sul mercato) e rivedere periodicamente gli standard adottati.

Inoltre, con particolare riferimento alle gare, si devono predisporre liste di standard raccomandati, modelli e testi descrittivi degli stessi, modelli per il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale, effettuare formazione specifica per gli addetti alle gare e monitorare i bandi di gara per verificare i problemi ricorrenti e trovare soluzioni al riguardo (11).

Tra gli standard in questione si ricorda, a titolo esemplificativo il c.d. «Systems and software engineering - Systems and software Quality Requirements and Evaluation (SQuARE) - System and software quality models», ISO/IEC 25010:2011. Questo standard definisce un modello di qualità del prodotto software composto da: idoneità funzionale, efficienza, compatibilità, usabilità, affidabilità, sicurezza, manutenibilità, portabilità. In particolare la «manutenibilità» rappresenta il grado in cui un prodotto o sistema può essere modificato e migliorato, corretto o adattato ai cambiamenti dell'ambiente, compresi gli stessi requisiti, in termini di: modularità, riusabilità, analizzabilità, modificabilità, testabilità.

Per l'individuazione dei propri fabbisogni si deve tener conto delle esigenze di interoperabilità, di uso dei dati generati o salvati dal nuovo acquisto, di accesso da parte di imprese e cittadini, di modifica del fornitore dei prodotti, nonché dei vincoli generati da accordi successivi e delle necessità di superare il lock-in.

Anche nelle linee guida della commissione si sottolinea come in questo settore sia necessaria un'attenta programmazione dei propri fabbisogni. Ridursi a bandire una nuova gara all'ultimo momento espone la stazione appaltante al rischio di dover rinnovare il contratto con l'attuale fornitore, fuori da un contesto concorrenziale e dalla considerazione di possibili alternative. Nel settore dell'ICT, come in molti altri settori strategici, la programmazione deve essere di lungo periodo e deve partire dalla corretta identificazione dei propri fabbisogni, verificando le soluzioni che possono essere offerte dal mercato e interagendo con le altre amministrazioni con cui è necessaria l'interoperabilità. Nella scelta delle possibili opzioni occorre privilegiare quelle che hanno una minore probabilità di legare l'acquirente al fornitore prescelto.

Nella valutazione commerciale delle scelte occorre considerare non solo i costi immediati dell'acquisto, ma avere a riferimento l'intero ciclo di vita del prodotto, che include la manutenzione, l'aggiornamento, l'utilizzo e l'eventuale uscita, nel caso si renda necessario passare a un nuovo prodotto. I costi per il cambio di fornitore includono, non solo i costi vivi di acquisto di un nuovo prodotto, ma anche quelli relativi alla formazione e all'aggiornamento del personale e al superamento dell'inerzia amministrativa. Inoltre, bisognerebbe tener conto dei rischi associati alla scelta (ad esempio quelli relativi all'affidabilità del fornitore) e comparare i costi con quelli sopportati da altre amministrazioni in condizioni simili.

Nella predisposizione dei documenti di gara, occorre evitare di fare riferimento a marchi e altri elementi tecnici su cui esiste una privativa, nonché invitare gli offerenti ad indicare i costi necessari per rendere i prodotti serviti aperti ad altri fornitori al termine del periodo di vigenza del contratto. Si suggerisce, inoltre, di richiedere agli aspiranti concorrenti un'espressa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, circa elementi che possano comportare lock-in o che richiedano utilizzo di licenze. Non è infrequente, infatti, che le amministrazioni si trovino di fronte a richieste di particolari licenze, soltanto successivamente all'ag-

giudicazione. Nelle linee guida della Commissione sono contenute possibili clausole standard da inserire nei bandi di gara.

Anche l'esame della specifica disciplina nazionale suggerisce che promuovere l'utilizzo degli standard nelle procedure di affidamento nel settore ICT rappresenta una delle principali misure attraverso le quali prevenire fenomeni di lock-in. Il decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 e s.m.i., (codice dell'amministrazione digitale) prevede, infatti, che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad utilizzare, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni nel rispetto delle regole tecniche (art. 12, comma 2), necessarie per assicurare la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime (art. 14, comma, 1) (12). La lettura in combinato disposto delle predette disposizioni suggerisce che le stesse perseguono la finalità di assicurare l'apertura dei sistemi informativi e la circolazione dei dati fra gli stessi sistemi, da realizzare tramite l'emanazione di regole tecniche e di standard e, quindi, in evidente contrapposizione a situazioni che possano favorire fenomeni di lock-in. La promozione dell'uso degli standard nelle procedure ad evidenza pubblica nel settore ICT rappresenta una delle principali azioni attraverso le quali prevenire fenomeni di lock-in od uscirne in caso di forniture e servizi informatici. In tale contesto è opportuno che la valutazione dei suddetti standard e delle specifiche tecniche sia effettuata utilizzando apposite metodologie in grado di assicurare l'agevole condivisione degli stessi.

Appare utile, inoltre, prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole che, richiamando l'istituto del riuso delle soluzioni e gli standard aperti, valorizzino il ricorso, ove praticabile, a soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, resi disponibili nelle modalità stabilite dall'art. 69 decreto legislativo n. 82/2005 dalle pubbliche amministrazioni che ne sono titolari. È opportuno che queste ultime mantengano il controllo e, soprattutto, la proprietà, sui dati, partecipando, ove possibile, alla definizione della struttura di massima della base di dati o di altra soluzione di memorizzazione delle informazioni scelta e comunque assicurandosi che questa risulti essere facilmente replicabile con strumenti non proprietari. Inoltre i dati devono essere accessibili dal committente in qualunque momento e non solo a seguito di un'eventuale cessazione del contratto e dovrebbe essere richiesta al fornitore una documentazione adeguata della logica di business adottata, che sia in grado di spiegare il funzionamento dei moduli implementati, evidenziando le interfacce di ingresso e di uscita e l'algoritmo usato. Ulteriori misure per prevenire fenomeni di lock-in possono essere:

a) prevedere, nel caso di contratti di outsourcing in cui l'infrastruttura sia messa a disposizione dal fornitore, una specifica clausola di riscatto tramite la quale l'amministrazione, a conclusione del periodo contrattuale, possa acquisire la proprietà dell'infrastruttura stessa. Ciò consentirebbe all'amministrazione sia di gestire tale infrastruttura con risorse proprie sia di metterla a disposizione in occasione di successive gare per l'aggiudicazione del servizio;

b) prevedere la pianificazione, nell'ambito della documentazione di gara, di una strategia che, anche qualora, a seguito dell'individuazione delle esigenze e dell'analisi della situazione di mercato, risulti inevitabile incorrere in situazione di lock-in, consenta di prevedere un percorso di uscita da tale situazione, che deve intendersi come residuale e temporanea;

c) seguire il principio di modularità del software nell'acquisizione delle soluzioni informatiche ovvero richiedere al produttore una descrizione dei moduli o componenti che costituiscono software, in modo tale che, per ciascun modulo, venga specificato il contenuto informativo richiesto in ingresso e quello atteso in uscita, non tralasciando le specifiche relative al tipo di tracciato di dati e ai tipi di formato utilizzati (13).

Non esiste una regola generale per prevenire e superare il lock-in, ma occorre procedere caso per caso. Una delle possibili soluzioni in taluni settori consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (multi-sourcing); un'altra soluzione proposta dalla Commissione europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari.

Roma, 13 settembre 2017

Il Presidente: Cantone

Linee guida approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 13 settembre 2017 con deliberazione n. 950

Depositate presso la segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2017

- (1) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013.
- (2) Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione citata alla nota 2.
- (3) L'Autorità si è occupata in diverse occasioni delle condizioni che si debbono verificare per poter ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando nei casi di infungibilità della fornitura o del servizio da acquistare; si veda, oltre alle determinazioni già richiamate in precedenza, da ultimo, la deliberazione del 6 giugno 2014, n. 22.
- (4) Cfr. per tutte la Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05 e la giurisprudenza della Corte ivi citata.
- (5) Ad esempio, è stato affermato che: «la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza»

(Sentenza del Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26).

- (6) Ad esempio una stazione appaltante deve valutare se ricorrono i presupposti per l'utilizzo della procedura di cui all'art. 63 decreto legislativo n. 50/2016 nel caso in cui la stessa abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico ad effettuare l'assistenza tecnica - ma vi siano altri operatori economici che dimostrano di possedere i requisiti tecnici necessari per effettuare la medesima assistenza ovvero nel caso in cui possa utilizzare materiali di consumo «compatibili», se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull'apparecchiatura in questione, ma il produttore dell'apparecchiatura dichiara nel manuale d'uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali «originali». In tali ipotesi, infatti, sarebbe astrattamente possibile per l'amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma stante le dichiarazioni del produttore, non è detto che la stessa otterrebbe il medesimo grado di qualità delle prestazioni; tuttavia l'eventuale minor qualità potrebbe essere compensata da un costo più basso.
- (7) Si veda, ad esempio, la determinazione del 6 novembre 2013, n. 5, «Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture» e la determinazione 32 del 20 gennaio 2016 «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali».
- (8) Cfr. Sentenza Consiglio di Stato, sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488.
- (9) Al riguardo particolare attenzione è stata posta in ambito comunitario alla possibile correlazione tra eventuali obblighi legali di interoperabilità e fenomeni di lock-in, per il settore ICT. In termini generali si può ritenere che l'interoperabilità miri alla realizzazione di servizi transfrontalieri fra gli Stati membri, conseguentemente presuppone che vengano utilizzati standard condivisi, che consentono la massima apertura dei sistemi. Difatti, considerando, che i servizi pubblici europei sono svolti nel rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità, centralità dell'utente, inclusione, accessibilità, sicurezza, trasparenza, efficacia ed efficienza, appare difficile conciliare il rispetto di questi ultimi con l'infungibilità dei prodotti e servizi informatici. Per tale ragione nelle raccomandazioni, poste in chiusura del documento denominato European Interoperability Framework, è precisato che le pubbliche amministrazioni si avvalgono di un approccio strutturato, trasparente e obiettivo per valutare e selezionare le specifiche formali (raccomandazione n. 21) e quando istituiscono servizi pubblici europei, prediligono le specifiche aperte, prendendo in considerazione le esigenze funzionali, il livello di maturità e il sostegno del mercato (raccomandazione n. 22). Ne consegue che eventuali obblighi di interoperabilità non possono di per sé essere utilizzati per giustificare situazioni di lock-in.
- (10) Si ricorda che per lo sviluppo di prodotti ICT non ancora presenti e in generale per gli appalti di R&S, le direttive comunitarie prevedono la possibilità di fare ricorso ai cosiddetti pre-commercial procurement o ai partenariati per l'innovazione.
- (11) In particolare, si sostiene che nei casi in cui il prodotto o servizio oggetto di gara deve essere utilizzato da altre amministrazioni o comunque redistribuito, nei documenti di gara dovrebbe essere presente una clausola che prevede il trasferimento dell'eventuale diritto di proprietà intellettuale.
- (12) Il codice dell'amministrazione digitale definisce l'interoperabilità come «la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi» (art. 1, comma 1, lett. dd).
- (13) Ciò permetterebbe di effettuare la modifica e revisione del software con un onere ridotto, poiché è solo il modulo che va collaudato e non l'intero software, motivo per il quale sarebbe possibile anche effettuare la sostituzione di un modulo con una componente software di altro produttore. Peraltro la numerosità dei moduli in cui è strutturato un software è direttamente legata alla complessità delle operazioni che devono essere eseguite.

ASST Santi Paolo e Carlo	Verbale Incontro R.S.U./OO.SS	S.C. Risorse Umane
--------------------------	--	--------------------

DATA	27/02/19	LUOGO:	Presidio San Carlo
Partecipanti			
Matteo Stocco ecc.	Direttore Generale ecc.		

Il Direttore Generale sottolinea come la non ammissione al tavolo delle trattative, dei sindacati non firmatari di CCNL, sia aderente alle norme contrattuali.

Il Direttore Generale ricorda come non sia possibile accogliere richieste non compatibili con il dettato contrattuale.

Delegato RSU: evidenzia come l'Amministrazione parli di legalità in merito ai contenuti del protocollo relazioni sindacali ma questa legalità non viene applicata, ad esempio, sulla gestione dell'informatica.

