



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 660 del 18 luglio 2018

Fascicolo n. 4784/2017

Oggetto: Affidamento, da parte della Regione Basilicata, di appalti di servizi e forniture a Gazzetta Amministrativa S.r.l.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premessa

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016, è stato rilevato che la Regione Basilicata, nell'anno 2015, ha effettuato n. 4 affidamenti alla società Gazzetta Amministrativa S.r.l. con sede a Roma tramite procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, per un importo complessivo di € 800.000,00.

Inoltre risultavano inserite nel cd. Spesometro alcune prestazioni rese da Gazzetta Amministrativa S.r.l. (di seguito anche G.A.) in favore della Regione Basilicata nel periodo 2012/2014 per i seguenti importi: anno 2012: € 73.093,00; anno 2013: € 73.094,00; anno 2014: € 73.698,00.

In relazione a quanto sopra, al fine di valutare eventuali margini di intervento sull'affidamento di appalti pubblici, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ha chiesto chiarimenti alla Regione Basilicata in merito ad affidamenti di servizi effettuati alla Gazzetta Amministrativa S.r.l. a partire dall'anno 2012 (nota Anac prot. n. 119911 del 23.10.2017).

La Regione Basilicata ha riscontrato con relazione del Dipartimento Programmazione e Finanze, Ufficio Amministrazione Digitale (acquisita al prot. Anac n. 128701 del 21.11.2017) rappresentando di aver affidato a Gazzetta Amministrativa l'esecuzione di tre appalti di servizi e forniture, in relazione ai quali sono state sottoscritte n. 3 Convenzioni.

Valutata la documentazione in atti, l'Ufficio istruttore, con nota prot. n. 13161 del 12.2.2018, ha inviato alla Regione Basilicata ed a Gazzetta Amministrativa la comunicazione di avvio del procedimento e comunicazione di risultanze istruttorie.

La Regione Basilicata ha richiesto l'audizione, che si è tenuta dinanzi all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture in data 27 marzo 2018. La Regione Basilicata ha quindi depositato memorie e documenti con nota del 30.3.2018 acquisita al prot. Anac n. 28937 del 3.4.2018.

Gazzetta Amministrativa ha formulato le proprie controdeduzioni con nota acquisita al prot. Anac n. 23503 del 14.3.2018. Nell'ambito dell'audizione tenutasi dinnanzi all'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture in data 16 maggio 2018, relativa all'istruttoria nei confronti della Regione Lazio (fasc. 4786/2017) GA ha illustrato dettagliatamente anche i servizi offerti per la Regione Basilicata. Ha inoltre depositato ulteriore documentazione relativa alla presente istruttoria con nota acquisita al prot. Anac n. 45890 del 29 maggio 2018.

Fatto

In base alle risultanze istruttorie la Regione Basilicata ha sottoscritto con Gazzetta Amministrativa n. 3 Convenzioni aventi ad oggetto l'esecuzione di appalti di servizi e forniture.

1. Convenzione rep. n. 13604 del 28 marzo 2012 (valore € 181.224,00 oltre Iva)

Tale Convenzione, di durata triennale, ha ad oggetto l'attivazione di una serie di servizi messi a disposizione da Gazzetta Amministrativa per il personale della Regione, dei Comuni, delle Province e delle ASL della Basilicata, sul portale www.gazzettaamministrativa.it.

Si tratta in particolare dei seguenti servizi, per garantire i quali G.A. ha messo a disposizione n. 4032 accessi on line, a fronte di un corrispettivo annuo netto di € 60.408,00:

- ✓ Rivista Giuridica on-line, Gazzetta Amministrativa dei Comuni, delle Province e delle Regioni d'Italia;
- ✓ Contenzioso on-line, contenzioso amministrativo degli Enti Locali e della Regione;
- ✓ Gazzetta Informa News, mailing list per fornire con cadenza settimanale notizie in breve riguardanti novità legislative e giurisprudenziali;
- ✓ Gazzetta Regione Basilicata, sezione dedicata ai cittadini, al personale politico-tecnico-amministrativo della Regione ed a quello dei Comuni e delle Province ricadenti nel proprio territorio.

In aggiunta a tali servizi, GA ha offerto gratuitamente il servizio «Albo Pretorio on-line» attraverso il quale i Comuni della Regione Basilicata hanno la possibilità di pubblicare sulla piattaforma della Gazzetta Amministrativa i propri atti e provvedimenti ai sensi dell'art. 32 commi 1 e 3 della legge 69/2009.

La Convenzione è stata affidata a Gazzetta Amministrativa in forma diretta, in base alla determina a contrarre n. 71AK.2012/D.00253 del 2.3.2012, in applicazione dell'art. 57 comma 2 lett. b) del d.lgs. 163/2006, ovvero tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara sulla base dell'unicità ed infungibilità del prestatore di servizi.

La spesa per la realizzazione dell'intervento, per la durata triennale della convenzione, pari a € 181.224,00 Iva esclusa, è stata finanziata con risorse del POR FESR Basilicata 2007-2013 – Asse II – Società della Conoscenza – Linea di intervento II.2.2.B.

2. Convenzione rep. n. 16122 del 1 aprile 2015 (valore € 800.000,00 Iva inclusa).

La Convenzione ha per oggetto la realizzazione, nella città di Potenza, del progetto «Centro di Competenza per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione in Basilicata– Area Meridionale» entro e non oltre il 30 novembre 2015, per un importo complessivo di Euro 800.000,00 Iva inclusa, finanziato con il POR FESR Basilicata 2007-2013, Asse II, Linea di Intervento II.2.2.B.

Anche tale Convenzione è stata affidata a Gazzetta Amministrativa con procedura negoziata senza bando di gara, ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. b) del d.lgs. 163/2006, in base alla determina a contrarre n. 12AC.2015/D.00037 del 25.2.2015.

Le attività oggetto della Convenzione consistono in:

- a) organizzazione e coordinamento della struttura e delle risorse umane (€ 95.000,00);

- b) implementazione del sistema di interscambio dei flussi informativi tra l'infrastruttura centralizzata di Gazzetta Amministrativa ed il Data center regionale, mappatura dei processi e realizzazione del formulario dinamico (€ 337.000,00);
- c) realizzazione edizione Regionale Basilicata del Quotidiano della PA (€ 40.000,00);
- d) aggiornamento ed adeguamento normativo degli applicativi realizzati; monitoraggio dati Trasparenza Regionale e degli enti regionali (€ 286.000,00);
- e) attivazione contratti di logistica (€ 18.000,00);
- f) integrazione banche dati applicative e raccordo con partner tecnologici (€ 24.000,00).

All'esito della fase di studio e di ricerca sperimentale applicata alla P.A. è stata, quindi, creata la piattaforma «Centro di Competenza Area Meridionale».

Più specificatamente, secondo quanto riportato nella D.D. n. 36 del 20.1.2017 (per cui si rinvia al punto successivo) a conclusione della suddetta progettualità Gazzetta Amministrativa ha proceduto a ideare e realizzare:

➤ l'interscambio dei flussi informativi tra la piattaforma centralizzata www.gazzettaamministrativa.it ed il Data Center regionale, che assurge ad unico polo nevralgico ed operativo nel sistema della standardizzazione, semplificazione, digitalizzazione delle PP.AA. locali. E' stato analizzato e valutato lo stato di avanzamento dei processi di digitalizzazione, semplificazione e trasparenza di un cluster di 30 Comuni al fine di individuare le migliori modalità di semplificazione delle procedure amministrative nell'ottica dell'ottimizzazione dei rapporti tra i cittadini e le P.A., realizzando le attività di supporto per la redazione dello Studio di fattibilità Tecnica in merito ai servizi di Backup Remoto e Disaster Recovery, che hanno ricevuto parere favorevole dall'AgID. Sulla base di tale percorso la Regione ha raggiunto l'obiettivo della convergenza di tutto il patrimonio informativo sul portale regionale con ampliamento esponenziale anche della base dati e dell'interoperabilità dei sistemi in uso dai Comuni lucani;

➤ TALETE: si tratterebbe di un inedito linguaggio "giurimetrico" in grado di tradurre il diritto amministrativo degli Enti Locali in una codifica standardizzata e dinamica di procedure amministrative on line. E' un algoritmo che consente l'immediata trasformazione dei procedimenti amministrativi degli Enti Locali da cartacei ad on line con modulabilità dinamica e coerente con gli interventi normativi nazionali, regionali, comunali e giurisprudenziali assicurata con un Formulario on line;

➤ PITAGORA: è un algoritmo probabilistico esclusivo in grado di analizzare il sito di un qualsiasi Ente interessato e di generare reportistica di immediata fruizione per individuare le criticità e le inadempienze relative al rispetto della normativa vigente. L'applicazione analizza il codice sorgente di tutte le pagine inerenti la sezione "Amministrazione Trasparente" accessibili dal sito di riferimento dell'Ente, monitora ed acquisisce tutte le informazioni di interesse e tramite l'analisi di alcune proprietà stabilisce, su base probabilistica, il fatto che un contenuto del sito sia effettivamente riferito alla sezione Amministrazione Trasparente oppure no. L'analisi effettuata da Pitagora è indipendente dalla tecnologia utilizzata dal sito analizzato;

➤ comunicazione: a fini divulgativi e di "alfabetizzazione" sulle nuove opportunità derivanti anche dai suddetti strumenti è stata creata una apposita interfaccia denominata «Quotidiano della P.A.» che visualizza, tramite web e tramite canali social, tutte le notizie afferenti a bandi, avvisi, news, novità normative, prodotte dalle Pubbliche Amministrazioni. In tale contesto è stata anche sviluppata una specifica sezione dedicata alla Regione Basilicata.

Inoltre la Gazzetta Amministrativa ha realizzato gratuitamente un Corso di Alta Formazione per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni lucane che si è svolto, con n. 450 iscritti per n. 80 ore formative, presso l'Università di Potenza per la migliore emancipazione del personale pubblico anche nell'utilizzo di Pitagora e Talete.

3. Convenzione rep. n. 183 del 22.6.2017 (valore € 978.000,00 oltre Iva).

Il Contratto ha ad oggetto l'attuazione del progetto che prevede l'avvio dell'azione congiunta per realizzare, nella città di Potenza, l'evoluzione delle attività del «Centro di Competenza per la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione- Area Meridionale» entro e non oltre il 22.6.2020 (36 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto) per un importo complessivo massimo di € 978.000,00 Iva esclusa.

Il progetto è stato finanziato per un importo massimo di € 1.199.635,00 con le risorse del Fondo Sviluppo e Coesione (FSC) del Patto per lo sviluppo della Regione Basilicata (sottoscritto tra il Presidente del Consiglio dei Ministri e quello della Regione Basilicata il 2.5.2016) sulla base della delibera del CIPE n. 26 del 10.8.2016.

L'affidamento, per cui è stato acquisito il CIG n. 69473617A8, è avvenuto con procedura negoziata senza bando di gara ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016, ovvero quando la concorrenza è assente per motivi tecnici.

Gli indirizzi operativi per la realizzazione del progetto sono stati forniti con Deliberazione di Giunta Regionale n. 1060 del 15.11.2016, sulla base della quale sono state adottate le determinazioni dirigenziali n. n.12A2.2017.D.00036 del 20.1.2017 (determina a contrarre) e n. 12A2.2017.D.00769 del 5.5.2017 (aggiudicazione definitiva).

Osservazioni di carattere generale

In relazione ai suddetti affidamenti, in primo luogo, occorre premettere che Gazzetta Amministrativa è una S.r.l. di diritto privato, a socio unico, costituita il 23 aprile 2008 ed iscritta nel Registro delle Imprese della CCIAA di Roma, soggetta a direzione e coordinamento del socio unico Holding P.A. s.r.l. (a sua volta una società privata le cui quote sono detenute dal rappresentante legale Enrico Michetti -80%- e da Valentina Romani -20%).

Nella comunicazione di risultanze istruttorie era stato evidenziato come i servizi oggetto delle tre Convenzioni stipulate con la Regione Basilicata apparissero riconducibili per la maggior parte alla categoria dei servizi informatici.

Gazzetta Amministrativa, nelle controdeduzioni, ha evidenziato che le attività indicate nella Convenzione del 2017 non sono meri servizi informatici, trattandosi di sistemi inediti ed esclusivi realizzati in virtù delle competenze altamente qualificate e certificate di GA quale evoluzione giurimetrica di Talete e Pitagora in cui il diritto amministrativo è prevalente rispetto alla componente informatica che si atterrebbe a mero vettore workflow delle procedure amministrative.

GA sostiene che i servizi di cui trattasi non potrebbero essere realizzati da una mera società informatica in quanto la Regione Basilicata, a conclusione della progettualità avrà, tra l'altro, non un semplice software, ma una piattaforma giurimetrica operativa, interoperabile e dinamica, nel rispetto di standard tecnologici e di sicurezza, che digitalizza giuridicamente e non solo informaticamente qualsiasi procedura amministrativa per il tramite esclusivo ed insostituibile di peculiari competenze giuridiche ed amministrative. Con tale sistema i cittadini da casa potranno interloquire in tempo reale con l'amministrazione attraverso un formulario giurimetrico che assiste l'operatore interno alla P.A. nel percorso amministrativo con memoria di qualsiasi eventuale cambiamento legislativo, con protocollazione/gestione delle procedure in base alle normative di volta in volta vigenti, individuate e versate dal giurista nella piattaforma anzidetta attraverso una prestazione intellettuale che registra e riallinea anche la memoria storico-giuridica secondo procedure standardizzate, formati aperti ed interoperabili.

Nel corso dell'audizione relativa all'istruttoria nei confronti della Regione Lazio, Gazzetta Amministrativa ha dichiarato con riferimento ai sistemi Talete, Pitagora e Contenzioso Online che si tratta di fornitura di software, che presuppone la conoscenza e l'applicazione di contenuti di carattere

giuridico e tecnico amministrativo. Gli stessi sono coperti dal diritto di autore come «servizi giuridico informatici».

La Regione Basilicata nelle controdeduzioni ha evidenziato che vi è una rilevante attività di consulenza giuridica ed amministrativa senza la quale era praticamente impossibile la realizzazione dei software, in primis Talete.

A riguardo si osserva che, in base alla documentazione in atti, vi sono numerosi elementi che inducono a ritenere che si tratti di servizi informatici.

In primis, a pag. 7 della Convenzione del 2012 si parla di servizi informatici.

Inoltre la CPV dichiarata in sede di acquisizione del CIG della Convenzione del 2017 è 72322008, ovvero «servizi di gestione dati», che rientrano nei servizi informatici in base al Regolamento CE 213/2008 del 28 novembre 2007 e nell'Allegato IIA dell'abrogato d.lgs. 163/2006.

Poiché, come già evidenziato, la Convenzione del 2017 costituisce una evoluzione di quella del 2015, si ritiene che anche i servizi della Convenzione del 2015 siano riconducibili ai servizi informatici (per la procedura che ha portato alla stipula della Convenzione del 2015 non risulta essere stato acquisito un CIG).

Per le Convenzioni del 2015 e del 2017 si tratta, più precisamente, dell'acquisizione di progetti di servizi informatici. Il fatto che si tratti di servizi informatici appare confermato anche dalle dichiarazioni delle parti sulla cessione alla Regione, da parte di Gazzetta Amministrativa, dei codici sorgente (si veda infra in tema di lock in).

Le considerazioni di cui sopra inducono pertanto a ritenere confermata la qualificazione giuridica dei beni e servizi oggetto di affidamento, quali servizi informatici.

Infatti, sebbene a monte vi sia un'attività di tipo giuridico, questa non esclude il fatto che il prodotto offerto da GA sia riconducibile alla suddetta categoria dei servizi informatici.

In ogni caso, anche non volendo considerare i servizi oggetto delle Convenzioni come servizi informatici tout court, gli stessi appaiono comunque inquadrabili in altre tipologie di servizi, quali ad esempio i servizi di consulenza e supporto alle attività in favore della p.a. ed i servizi editoriali, il cui affidamento è disciplinato dalla normativa in materia di contratti pubblici (*ratione temporis*, dal d.lgs. 163/2006 e dal d.lgs. 50/2016).

Osservazioni relative alle Convenzioni del 2012 e del 2015

Per quanto concerne la **Convenzione sottoscritta il 28 marzo 2012**, la determina a contrarre (D.D. 253/2012) motiva le ragioni del ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 comma 2 lett. b) del d.lgs. 163/2006 sulla base del fatto che i servizi offerti da Gazzetta Amministrativa sarebbero assolutamente inediti, in quanto realizzati sul mercato esclusivamente dal suddetto operatore economico.

Attraverso l'inedito sistema "Gazzetta Amministrativa dei Comuni, delle Province e delle Regioni d'Italia" che viene messo a disposizione di tutte le amministrazioni pubbliche lucane, si darebbe infatti attuazione ad un Protocollo di Intesa avente ad oggetto la digitalizzazione e l'utilizzo di internet nella Pubblica Amministrazione, sottoscritto il 19.10.2010 tra Gazzetta Amministrativa, il Ministero dello Sviluppo Economico ed il Ministero della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione.

Il fatto che Gazzetta Amministrativa sia «l'unico ed adeguato operatore economico» a fornire il servizio deriverebbe, in base alla determina a contrarre, anche da una nota del Ministero dello Sviluppo Economico (prot. n. 0022745/2010) nella quale si afferma che «in questo processo, la Gazzetta Amministrativa è lo strumento adeguato per sostenere, attraverso una comunicazione capillare, gli enti locali nell'attuazione delle novità normative introdotte nel campo della semplificazione amministrativa, dello sviluppo economico, della trasparenza e dell'innovazione tecnologica al fine di realizzare con successo le grandi riforme strutturali essenziali per rilanciare la competitività, la crescita e l'occupazione

nel nostro Paese».

Anche la determina a contrarre che ha preceduto la sottoscrizione della **Convenzione del 1 aprile 2015** (D.D. n. 37/2015) ha motivato il ricorso alla procedura negoziata senza bando di cui all'art. 57 comma 2 lett. b) del d.lgs. 163/2006 sul presupposto che G.A. sarebbe l'unico operatore sul mercato in grado di realizzare il progetto del Centro di Competenza per la Digitalizzazione della Regione Basilicata, dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, inedite e strategiche.

Si fa riferimento, in proposito, ad una «accurata indagine» in esito alla quale sarebbero emerse le ragioni per l'affidamento tramite procedura negoziata senza bando.

Il Progetto Centro di Competenza di Potenza, infatti, è stato approvato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Affari Regionali e Funzione Pubblica in base a Protocolli di intesa sottoscritti con Gazzetta Amministrativa rispettivamente in data 7.8.2014 e 19.9.2014 e rappresenterebbe lo sviluppo concordato della pregressa, continua e proficua collaborazione sinergica e strutturata che la Gazzetta Amministrativa ha avviato sin dal 2009 con il Governo.

In particolare con il Protocollo del 7.8.2014 è stata prevista la realizzazione di tre Centri di Competenza (Area Nord, Centro, Sud) individuando la città di Potenza per l'insediamento del Centro di Competenza dell'Area Sud.

A livello nazionale non esisterebbe, in base alla determina a contrarre, un altro operatore che ha realizzato per conto del Governo una infrastruttura centralizzata, formalmente riconosciuta come piattaforma istituzionale, in grado di standardizzare i procedimenti amministrativi delle Pubbliche Amministrazioni.

Il progetto del Centro di Competenza prevederebbe, altresì, la fornitura di prodotti «unici, non ordinari», che si collocherebbero all'interno di un percorso negoziato con il Governo di rilevanza nazionale legati all'utilizzo immediato dei servizi operativi e sperimentati già pronti all'uso.

In base alla determina a contrarre non esisterebbe altro operatore che da un punto di vista temporale sia in grado di mettere oggi a disposizione il suddetto know how nonché una piattaforma centralizzata già realizzata, sperimentata ed operativa, con le caratteristiche istituzionali ed esclusive peraltro riconosciute anche dal Governo.

Controdeduzioni

Nelle controdeduzioni, Gazzetta Amministrativa ha evidenziato che nell'anno 2012 non esistevano sul mercato servizi, prodotti o processi analoghi a quelli ideati da GA e lo stesso varrebbe per oggi, in quanto non esisterebbero tutt'ora applicativi giuridici come il Contenzioso On line o l'Analisi del fabbisogno, che avrebbero funzioni inedite (infatti la maggior parte delle ricerche risulterebbero impossibili anche per gli operatori diretti del data base della Giustizia Amministrativa).

In base a quanto sostiene GA; l'impossibilità di effettuare l'indagine conoscitiva prevista dall'art. 57, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 derivava dalla accertata e comprovata inesistenza di altri operatori economici in grado di soddisfare l'esigenza informativa e di aggiornamento giuridico dell'amministrazione. L'indagine di mercato prevista dalla norma sopra citata «ove possibile» sarebbe risultata inattuabile nel caso di specie per l'esistenza, come sopra detto, della sola G.A. in grado di fornire quei determinati servizi.

Sia per quanto riguarda la Convenzione del 2012 che quella del 2015 GA ha richiamato, nelle controdeduzioni, l'orientamento del Consiglio di Stato per 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» (Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2011 n. 642).

Il prodotto offerto da Gazzetta Amministrativa sarebbe stato già pronto all'utilizzo, nel senso indicato dal Consiglio di Stato.

Quelli resi da GA sarebbero servizi esclusivi complessi con caratteristiche tecniche-giuridiche particolarissime non presenti sul mercato, neanche utilizzando il portale della Giustizia amministrativa. Il costo dei servizi, in virtù dei Protocolli ministeriali, sarebbe stato ridotto del 90%. Infine, G.A. ha evidenziato che l'abbonamento consentiva l'accesso ai servizi non solo ai 4.032 utenti pattuiti in Convenzione, ma fino a n. 6464 utenti, allo stesso prezzo.

La Regione Basilicata, nelle controdeduzioni e nel corso dell'audizione, ha evidenziato che l'indagine di mercato non è stata effettuata previo avviso e pubblicità in quanto, nella fase istruttoria, l'amministrazione aveva a disposizione tutte le informazioni prodotte da precedenti attività amministrative che giustificavano e confermavano l'unicità della proposta formulata da Gazzetta Amministrativa.

Infatti, nel 2012 la Regione Basilicata aveva (ed ha ancora in essere) un contratto con la società Wolters Kluwer Italia s.r.l. relativo alla fornitura di 40 accessi concorrenti per la consultazione di Leggi D'Italia - Banche Dati Giuridiche - al costo di €. 24.766,00 IVA inclusa all'anno. Il servizio offerto da Gazzetta Amministrativa non era ricompreso nei servizi offerti dal suddetto affidamento e l'esigenza di tale servizio, che integrava quelli di Leggi d'Italia, fu confermata dai Responsabili Dirigenti e Funzionari degli Uffici Legali e controllo Regolarità Amministrativa (durante l'audizione è stato depositato un rapporto tecnico contenente esemplificazioni e casistiche).

Quindi, rilevate le esigenze degli uffici regionali è stato riscontrato che non esistevano sul mercato, fatta eccezione per la soluzione di Gazzetta Amministrativa, prodotti che consentivano di analizzare ed elaborare tutto il contenzioso amministrativo instaurato presso il Tar e il Consiglio di Stato che coinvolgeva la Regione Basilicata e tutti gli enti territoriali classificandolo per argomento/materia. L'applicativo fornito da Gazzetta Amministrativa, inoltre, si presentava già come una soluzione perfettamente funzionante e collaudata, attraverso la sezione denominata "Contenzioso on line", permetteva un monitoraggio costante di tutto il contenzioso amministrativo, attraverso una complessa rielaborazione ed indicizzazione delle informazioni normalmente disponibili ai legali mediante l'accesso ai database della Giustizia Amministrativa. Tali classificazioni oggetto di post-elaborazioni, consentivano e consentono di rilevare le aree di criticità scaturenti dal contenzioso legale, a fronte dell'azione amministrativa regionale e locale. Si trattava dunque di un vero e proprio feedback fornito ai decisori politici ed amministrativi.

La riprova oggettiva della bontà della soluzione prescelta sarebbe costituita dal numero degli accessi al sito di Gazzetta Amministrativa, costantemente monitorato. Anche l'aver fornito un elevatissimo numero di password (n. 4032) con accessi concorrenti avrebbe reso, da una parte, completamente esteso a tutta la PA Regionale l'uso di tali strumenti e, dall'altra, estremamente conveniente il canone annuo riconosciuto a GA.

Sotto altro profilo la Regione ha evidenziato di aver posto in essere, al momento della sottoscrizione delle convenzioni del 2012 e del 2015, azioni di raccordo e coordinamento con tutte le p.a. della regione (comuni, provincie, aziende sub regionali, ...) per la realizzazione dell'interoperabilità dei sistemi informativi locali (Protocollo Informatico, Anagrafe, Tributi, Polizia Municipale, etc.). Ciò avrebbe consentito di conoscere dettagliatamente le piattaforme informatiche usate dalle amministrazioni, fornite dai principali produttori di software per le PA Italiane (Halley, Maggioli, Zucchetti, etc...).

In base a quanto dichiarato dalla Regione, sarebbero intercorsi contatti ed incontri tecnici con i principali fornitori di software a livello nazionale per le P.A. finalizzati a rendere interoperabili tutti i principali sistemi informativi utilizzati presso gli enti locali.

Tutto ciò permetteva di concludere che sul mercato, sebbene non fosse stata fatta una indagine con i caratteri della pubblicità, non esistevano i prodotti e le soluzioni offerte da Gazzetta Amministrativa.

Pertanto il comitato scientifico di Gazzetta Amministrativa all'epoca della sottoscrizione della convenzione era composto da autorevoli personalità del panorama delle istituzioni della Repubblica

Italiana (Avvocatura Generale dello Stato, Consiglio di Stato, Corte dei Conti, Ragioneria Generale dello Stato).

Inoltre, la Regione Basilicata, poiché aveva ed ha in uso una piattaforma per la gestione degli atti amministrativi dirigenziali, conosceva i costi di realizzazione e manutenzione di tale prodotto, ed ha chiesto al consorzio di imprese vincitore della gara, una proposta ed offerta economica per la reingegnerizzazione e digitalizzazione dei processi amministrativi che prevedesse esclusivamente la gestione di procedure di workflow senza contemplare la realizzazione di un formulario dinamico (perché le società non avevano le necessarie competenze giuridiche in materia).

L'offerta è risultata pari a € 300.608,00 per la realizzazione di 5 flussi procedurali. Inoltre, la Regione aveva posto in essere una gara avente ad oggetto la "Gestione ed evoluzione del patrimonio software della Regione Basilicata – Bando di gara del 2008" ed una gara per la "fornitura del servizio di manutenzione, supporto operativo e assistenza specialistica per la gestione e l'evoluzione del patrimonio software della Regione Basilicata 2016-2020 – DGR 1219 del 24/09/2015". Da tali contratti che prevedono lo svolgimento anche di progetti a richiesta con un plafond stabilito in sede di gara è stato possibile ottenere indicazioni e riferimenti oggettivi per la determinazione di costi giornalieri e mensili relativi a tutte le figure professionali che usualmente vengono impiegate per le attività di sviluppo e manutenzione di piattaforme software regionali.

Alla luce di tali precedenti, la Regione ha quindi ritenuto che non esisteva nel mercato nessun operatore che, combinando competenze informatiche e giuridico-amministrative, potesse mettere in atto un inedito «linguaggio giurimetrico» in grado di tradurre, dinamicamente, il diritto amministrativo degli enti locali in una codifica standardizzata di procedure amministrative on line.

La Regione Basilicata avrebbe effettuato una ulteriore indagine verificando il modus operandi posto in essere da altre Regioni, in quanto alla determina del 2.3.2012 che ha dato luogo alla prima Convenzione, è stata allegata la Convenzione prot. n. 472 del 13.4.2011 sottoscritta tra GA ed il Consiglio Regionale del Lazio che aveva già attivato il medesimo abbonamento.

Relativamente alla Convenzione del 2015 GA ha evidenziato come la Regione abbia dato evidenza, in modo puntuale, delle ragioni tecniche, artistiche o attinenti alla tutela di diritti esclusivi sottese all'affidamento, specificando le peculiarità che renderebbero G.A. unico operatore presente sul mercato in grado di realizzare il progetto di interesse regionale. Infatti, dalla determina a contrarre si evince l'istruttoria effettuata dalla Regione non solo prendendo atto dei Protocolli di Intesa stipulati con i Ministeri, ma anche misurando gli accessi alla piattaforma¹, la corretta esecuzione della Convenzione 2012-2014 e i risultati raggiunti.

Non rilevava, quindi, a riguardo, solo la circostanza che i diversi Ministeri avessero individuato la Gazzettaamministrativa.it quale piattaforma istituzionale di rilevante interesse nazionale, quanto piuttosto il fatto che la Regione stessa avesse già valutato i risultati positivi" conseguiti nel corso della durata triennale della Convenzione del 28.3.2012 e, volesse, su tale scia inquadrare la collaborazione con G.A. "Nel contesto più ampio dell'Agenda Digitale ed in tema di servizi avanzati che costituiranno le iniziative fondanti dell'Agenda digitale in Basilicata" per poter insediare un punto di riferimento permanente, il Centro di Competenza Area Meridionale, attraverso il quale la Regione sarebbe divenuta centro nevralgico di attuazione e diffusione degli strumenti di digitalizzazione e semplificazione.

¹ In tal senso nella determina a contrarre si dava atto "che dalla misurazione degli accessi (es. Google Analytics) risulta che i visitatori unici della piattaforma www.gazzettaamministrativa.it nel periodo 2012-2014 è stato superiore a 3.500.000, il numero di visite complessive è stato superiore a 6.200.000 ed il numero di visualizzazioni di pagine è stato superiore a 30.000.000; mentre in termini mensili ci sono state mediamente 400.000 visitatori unici, 550.000 visitatori complessivi e oltre 1.800.000 visualizzazioni di pagine registrando un incremento degli utenti annui pari a circa il 35%"

In base a quanto dichiarato da GA, i servizi di cui alla Convenzione del 2015 costituirebbero l'aggiornamento ed implementazione dei servizi conseguiti in base alla Convenzione del 2012, innovandoli per renderli coerenti con la suddetta Agenda Digitale per la Basilicata e le linee strategiche dettate dal Governo.

In tale prospettiva la Regione ha dovuto rivolgersi a Gazzetta Amministrativa, non esistendo altro operatore economico con le medesime caratteristiche tecniche esclusive non sostituibili da tecnologia alternativa che potesse operare l'interscambio dei flussi informativi tra la piattaforma Gazzettaamministrativa.it e il data center regionale così come effettuare gli studi statistici a livello nazionale utilizzando in tempo reale i dati centralizzati presenti nell'infrastruttura.

Vi era infatti l'esigenza dell'interscambio dei flussi tra la piattaforma Gazzettaamministrativa.it e il portale regionale, l'acquisizione dei codici sorgente degli strumenti già utilizzati nella pregressa convenzione come l'albo pretorio on line e l'amministrazione trasparente che può essere effettuata solo dal proprietario degli strumenti ovvero dalla G.A, l'uniformità dei modelli da diffondere in ambito regionale.

Nel considerando 50 della direttiva 2014/24 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26.2.2014 si indica che le "ragioni tecniche" che giustificano l'affidamento diretto a un determinato operatore economico "possono anche derivare da requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei lavori, delle forniture o dei servizi da appaltare".

Nelle controdeduzioni GA ha sostenuto, inoltre, che l'indagine di mercato non era possibile e non necessaria in quanto la giurisprudenza ha affermato che quando si tratta di aggiornare e rinnovare parzialmente per motivate e serie ragioni tecniche, forniture acquisite in precedenza da una impresa determinata, l'indagine di mercato sarebbe addirittura inconcepibile.

Valutazioni

Con riferimento all'applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. b), d.lgs. 163/2006, la norma prevede che possa procedersi con una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara qualora il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato.

Come rilevato dall'Autorità nella delibera n. 1032 del 5 ottobre 2016 (AG 41/16/AP), il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, costituendo un affidamento diretto e un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità, è ammissibile tenendo conto del principio secondo cui «i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva» (in tal senso, tra le altre: Cons. Stato, sez. V, 3.02.2016, n. 413; Cons. Stato, sez. V, 30.04.2014, n. 2255; Cons. Stato, sez. V, 20.07.2014, n. 3997); la verifica dell'infungibilità compete alla stazione appaltante «tenuta quantomeno ad avviare un'indagine di mercato all'esito della quale accertare le ragioni tecniche o i diritti di esclusiva che determinano l'assenza di concorrenza e la necessità di concludere il contratto con un solo operatore economico».

L'Autorità ha inoltre chiarito le modalità attraverso le quali effettuare l'indagine di mercato, che va considerata una fase prodromica all'espletamento della procedura negoziata ex articolo 57, comma 6, la quale, pur semplificata rispetto alle altre procedure contemplate nel d.lgs. 163/2006, è comunque soggetta ai principi che devono informare tutta l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Da ciò discende anche che l'indagine di mercato dovrebbe svolgersi previo avviso, oggetto di specifica pubblicazione con forme di pubblicità della procedura adeguate all'importo della stessa.

Le modalità di esecuzione dell'indagine di mercato, inoltre, devono rispettare il principio di trasparenza e par condicio, dovendo l'amministrazione espletare un confronto concorrenziale, non potendo scegliere gli operatori con modalità "chiuse" rispetto al mercato (Deliberazioni ex Avcp n. 13 del

23.4.2014 e n. 22 del 6.6.2014, parere di Precontenzioso n. 18 del 30.1.2014 nonché Determinazioni n. 2 e n. 8 del 2011, Delibera Anac n. 1006 dell'11.10.2017).

Nel caso oggetto di istruttoria, la sottoscrizione di entrambe le Convenzioni (2012/2015) è avvenuta a seguito della presentazione di un'offerta con allegata bozza di Convenzione da parte della stessa Gazzetta Amministrativa, senza che l'asserita unicità del fornitore Gazzetta Amministrativa sia stata desunta da apposite indagini di mercato, finalizzate a verificare l'esistenza di altri fornitori in grado di fornire servizi analoghi a quelli forniti da G.A., a prezzi più competitivi.

Inoltre, come condiviso da Gazzetta Amministrativa nelle controdeduzioni, i Protocolli di Intesa sottoscritti con i Ministeri non valgono di per sé ad individuare G.A. come l'unico fornitore in grado di fornire i servizi informatici di cui trattasi, vincolando tutte le pubbliche amministrazioni italiane a contrarre esclusivamente con il suddetto fornitore.

Osservazioni relative al Contratto del 2017

Per quanto riguarda il Contratto del 22 giugno 2017, avente ad oggetto l'evoluzione del Centro di Competenza Regionale, l'affidamento ai sensi dell'art. 63 comma 1 e comma 2 lett. b) n. 2) è stato preceduto dalla deliberazione di Giunta Regionale n. 1060 del 15.11.2016 che ha dettato gli indirizzi operativi finalizzati alla standardizzazione dei procedimenti amministrativi e dei servizi del sistema territoriale locale.

Con DD n. 36 del 20.1.2017 è stata indetta la procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara ex art. 63 comma 1 e comma 2, lett. b), numero 2), del d.lgs. 50/2016 per la realizzazione del progetto riguardante i "Servizi diretti alla evoluzione delle attività del Centro di Competenza per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione – Area meridionale – con sede in Potenza".

Con tale determina, pubblicata sul B.U.R. della Regione Basilicata e nella sezione Amministrazione Trasparente del sito istituzionale della Regione Basilicata è stata contestualmente approvata la lettera di invito da trasmettere alla Gazzetta Amministrativa S.r.l. per la presentazione di una offerta tecnica ed economica relativa allo svolgimento dei servizi.

In riscontro alla lettera di invito, in data 20 febbraio 2017 G.A. ha presentato un'offerta tecnica ed economica relativa all'affidamento dei servizi in questione, fornendo successivamente chiarimenti ed integrazioni, su richiesta della Regione.

L'offerta è stata quindi approvata con D.D. n. 769/2017, con la quale la Regione ha aggiudicato il servizio, ha approvato lo schema di contratto e gli schemi di contratto di licenza d'uso gratuito a tempo indeterminato «con contestuale messa a disposizione dei codici sorgente originali al fine di consentire alla regione di modificare e/o adeguare e/o integrare i moduli software, parte integrante della proposta progettuale presentata».

In base alla determina a contrarre, i servizi da acquisire, diretti alla evoluzione delle attività del Centro di Competenza per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione – Area meridionale di Potenza consistono in:

- ✓ innesto delle nuove tecnologie e soluzioni nell'intero impianto burocratico amministrativo;
- ✓ attività dirette a sviluppare le competenze del personale della pubblica amministrazione nell'utilizzo delle nuove soluzioni tecnologiche ideate e realizzate;
- ✓ sensibilizzazione ed approfondimento conoscitivo dei cittadini e delle imprese, fruitori diretti dei benefici che si intendono realizzare con il progetto.

In base alla determina a contrarre, tali servizi richiederebbero competenze altamente specialistiche, tali da rendere necessario avvalersi, per l'acquisizione degli stessi, di un operatore economico specializzato esterno, individuato nella Gazzetta Amministrativa S.r.l., che sarebbe l'unico operatore sul mercato in grado di realizzare i suddetti servizi.

Tale unicità deriverebbe sia dal know how acquisito negli anni dalla Gazzetta Amministrativa nel settore di riferimento, sia dal ruolo strategico riconosciuto dal Governo centrale a tale operatore economico che «ha assunto rilevanza nazionale in quanto ha portato alla realizzazione della piattaforma istituzionale www.gazzettaamministrativa.it. che si atteggia a modello generale di P.A. coerente con gli obiettivi di semplificazione, trasparenza, digitalizzazione e riduzione dei costi pubblici».

L'assenza di concorrenza deriverebbe anche dal fatto che i servizi da acquisire sarebbero un'evoluzione dei servizi precedentemente affidati a Gazzetta Amministrativa, per cui «la realizzazione dei suddetti servizi non può che essere affidata a Gazzetta Amministrativa, avendo quest'ultima ideato e realizzato gli inediti strumenti giurimetrici di innovazione tecnologica diretti all'attuazione dei principi di trasparenza, digitalizzazione, semplificazione, dematerializzazione della P.A., Talete e Pitagora, entrambi registrati dalla Gazzetta Amministrativa in data 14 novembre 2015 per la tutela dell'unicità di tali opere d'ingegno, che i servizi in argomento sono diretti a sviluppare al fine di garantire, nell'ottica del contenimento della spesa pubblica, la massima copertura territoriale nella diffusione degli stessi, realizzando anche l'emancipazione del personale della P.A. nella gestione autonoma degli strumenti di cui trattasi, già messi a disposizione della Regione Basilicata».

Nella determina a contrarre si legge, altresì, che poiché il progetto “Centro di Competenza Area meridionale” è stato già realizzato da Gazzetta Amministrativa, alla stessa deve essere affidata anche l'evoluzione, in quanto «l'affidamento dei servizi in argomento ad un operatore economico diverso da Gazzetta Amministrativa renderebbe tecnicamente e oggettivamente impossibile la realizzazione degli stessi, in considerazione della connessione tecnica e funzionale dei nuovi servizi con quelli precedentemente svolti dalla medesima Gazzetta Amministrativa, tale da rendere necessaria, anche per motivi di tutela della proprietà intellettuale dei prodotti realizzati, la realizzazione di detti servizi da parte dello stesso operatore economico»(cfr. D.D. n. 36/2017).

Controdeduzioni

Nella comunicazione di risultanze istruttorie era stata rilevata, in primo luogo, l'illegittimità del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando nel caso di servizi e forniture ritenute infungibili ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. b del d.lgs. 50/2016, così come specificato dall'Autorità nelle Linee guida n. 8 (determinazione n. 950 del 13.12.2017). Infatti, in assenza di consultazioni del mercato di riferimento, l'assenza di concorrenza per motivi tecnici, posta alla base dell'affidamento diretto risultava una mera asserzione.

Era stata rilevata, inoltre, la violazione dell'art. 1 comma 512 della legge 28 dicembre 2015 n. 208, che ha stabilito che gli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività deve avvenire esclusivamente su Consip, fatta salva apposita deroga dell'organo di vertice amministrativo. Inoltre gli approvvigionamenti effettuati ai sensi del comma 516, cioè in deroga al convenzionamento per il settore informatico e della connettività, devono essere comunicati all'Anac ed all'AgID.

Era stata rilevata, altresì, la possibile sussistenza del fenomeno del lock in, in quanto i servizi affidati con la Convenzione del 2017 costituiscono una evoluzione di servizi già resi con la Convenzione del 2015 ed a questi strettamente connessi.

Gazzetta Amministrativa e Regione Basilicata hanno evidenziato a riguardo che al momento dell'adozione della determina a contrarre (20.1.2017) e della stipula della Convenzione (22.6.2017) le Linee Guida Anac n. 8 non erano state ancora pubblicate (sono state infatti pubblicate in GU il 23 ottobre 2017) e che comunque le Linee Guida dell'Anac non hanno carattere vincolante, costituendo un utile strumento per le p.a. al fine di evitare comportamenti non conformi alla normativa vigente.

Hanno quindi evidenziato che le consultazioni preliminari di mercato previste all'art. 66 del d.lgs. 50/2016 non sono obbligatorie, ma una mera facoltà rimessa all'amministrazione, citando sul punto il parere del Consiglio di Stato n. 2284/2016 reso sulla bozza delle Linee Guida n. 8.

Nel caso in esame, la Regione Basilicata ha valutato di non procedere alla consultazione preliminare di mercato poiché essa avrebbe comportato un aggravio procedimentale, non consentito dall'art. 1, comma 2, della Legge n. 241/1990, data l'oggettiva unicità del soggetto individuato.

Per quanto attiene poi al rilievo afferente la non comprovata infungibilità, la Regione avrebbe verificato rigorosamente ed oggettivamente il presupposto di fatto della sussistenza di ragioni tecniche, essendosi essa premurata di precisare in concreto l'infungibilità del prodotto sotto il profilo della rispondenza alle proprie esigenze concrete (Deliberazione di Giunta n. 1060 del 15.9.2016) e della necessità di procedere nello «sviluppo di strumenti funzionali alla gestione dei processi complessi con il coinvolgimento degli attori territoriali, la maggiore interoperatività tra le diverse banche dati regionali al fine di agevolare la transitabilità dei dati tra i sistemi di gestione (sistema contabile, sistema di monitoraggio, applicativo provvedimento, ecc..) e lo sviluppo di strumenti funzionali alla gestione di processi complessi con il coinvolgimento degli attori territoriali».

Nel caso in esame, la deroga al principio dell'evidenza pubblica sarebbe giustificata da una insopprimibile ragione di funzionalità, ovvero di efficienza e di buon andamento dell'azione amministrativa, da intendersi come necessità logica (ancor prima che giuridica) di apprestare soluzioni efficaci e proporzionate al caso, anche a fronte di evenienze anomale obiettivamente non inquadrabili negli ordinari schemi procedimentali.

Il giudizio circa la unicità dell'operatore individuato, così come indicato nella Determina di affidamento, sarebbe stato espresso esercitando la facoltà di individuare le soluzioni amministrative più idonee a realizzare l'interesse pubblico facendo propri criteri e modalità utili a dare attuazione al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, a seguito di una puntuale analisi dei costi e dei benefici determinati dalla realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico sottesi all'affidamento.

Più precisamente, nel caso in questione, la Regione avrebbe affidato i servizi a GA contemperando il principio dell'evidenza pubblica e del confronto competitivo con l'esigenza di realizzare in modo efficace ed efficiente lo sviluppo del sistema di digitalizzazione realizzato fino a quel momento avvalendosi dell'unico operatore economico che poteva conseguire tale obiettivo in tempi celeri e con garanzia di un risultato ottimale sul piano tecnico. Il ricorso al mercato avrebbe comportato una dilatazione dei tempi necessari per l'affidamento e, soprattutto, il rischio che il sistema implementato non venisse adeguatamente sviluppato, per le ragioni indicate nella Determina di affidamento.

Anche in questo caso la Regione ha evidenziato, a sostegno della tesi dell'infungibilità del prodotto offerto da GA, la sentenza del Consiglio di Stato n. 3488 del 10 luglio 2015 per 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.

Relativamente al lock in, sia Gazzetta Amministrativa che Regione Basilicata hanno evidenziato che con la Convenzione del 2017 si è superato qualsivoglia ipotizzabile profilo di lock in.

L'Amministrazione regionale, condividendo l'esigenza di evitare il consolidamento di posizioni monopolistiche riguardo a determinati affidamenti, ha chiesto a GA con nota 7.3.2017 quale condizione per l'aggiudicazione, di prevedere nell'elaborato progettuale test e il debug del Protocollo per il trasferimento automatico dei dati ai fini della definitiva messa in esercizio dello scambio dati sull'infrastruttura tecnologica dell'Amministrazione e prevedere la stipula di un contratto che consentisse modifiche e/o adeguamenti e/o integrazioni ai programmi. Gazzetta Amministrativa ha riscontrato positivamente la richiesta di integrazione del progetto proposto e con la Determinazione Dirigenziale di aggiudicazione n. 12A2.2017/D.00769, è stato approvato in allegato lo schema del contratto di licenza d'uso gratuito a tempo indeterminato con contestuale messa a disposizione dei codici sorgente originali.

Alla luce di quanto sopra, Gazzetta Amministrativa ha accettato un'integrazione del contratto che ha previsto il rilascio dei codici sorgente al fine di consentire che successive evoluzioni e manutenzioni

potessero essere effettuate autonomamente dalla Regione o con altri operatori, sia del rilascio di apposite licenze d'uso gratuito di Talete e di Pitagora a tempo indeterminato a favore della Regione.

L'amministrazione, con la previsione della cessione dei codici sorgente e delle licenze gratuite a tempo indeterminato ha consentito che, a conclusione del progetto in atto, anche altri e diversi fornitori potranno accedere al bene superando i diritti esclusivi e le incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate, nonché l'acquisizione delle informazioni necessarie sul sistema che consentono di operare liberamente ed autonomamente anche al fine di implementare attraverso altri operatori i servizi.

Inoltre, come si evince dalla determina n. 36/2017 e dalla deliberazione di Giunta Regionale n. 1060 del 15.9.2016 Regione Basilicata ha provveduto ad affidare a G.A. l'evoluzione del Centro di Competenza per la Digitalizzazione dell'Area Meridionale per l'innescio delle nuove tecnologie nell'intero impianto burocratico amministrativo a condizione che la stessa integrasse l'offerta ricomprendendo tra le attività senza ulteriori costi a carico della Regione: “due contratti di licenza d'uso gratuito a tempo indeterminato con contestuale messa a disposizione dei codici sorgente originali al fine di consentire alla regione di modificare e/o adeguare e/o integrare i moduli software” nonché “i test ed il debug del protocollo per il trasferimento automatico dei dati ai fini della messa in esercizio dello scambio dei dati sul data center regionale nel rispetto degli standard tecnologici e di sicurezza”.

In tal modo la Regione avrebbe assicurato che per futuri affidamenti - tenuto conto che per i software è prevista l'installazione interna alla Regione nel Data center, che i codici sorgente come i contratti di licenza ad uso gratuito a tempo indeterminato consentono alla Regione di operare direttamente e liberamente sui sistemi - qualsivoglia operatore presente sul libero mercato e selezionabile mediante procedura ad evidenza pubblica potrà alla scadenza contrattuale fornire interventi di manutenzione e di assistenza, nonché di aggiornamento ed evoluzione, senza necessità di affidarli direttamente alla stessa G.A.

Gazzetta Amministrativa ha inoltre evidenziato che tra i progetti in corso vi è anche l'«Accademia della P.A.» deputata alla formazione del personale per l'automatica gestione del formulario dinamico con conseguente azzeramento dei costi di aggiornamento e manutenzione giuridica e contestuale emancipazione del personale pubblico. Per tale servizio ricorrerebbero i presupposti per l'affidamento senza previa pubblicazione del bando in quanto la suddetta attività non può essere effettuata da “personale diverso dagli specialisti dello stesso sistema, quali unici depositari dei codici e credenziali di accesso”. Si tratterebbe di un particolarissimo caso in cui l'amministrazione ha voluto completare il percorso di digitalizzazione già intrapreso con la Convenzione 2015 di insediamento del Centro di Competenza Area Meridionale, in considerazione dell'esigenza della completa uniformità e standardizzazione della tecnologia che per le ragioni tecniche consistenti nella garanzia del sicuro interscambio dei dati ed interoperatività consentita solo dall'unicità del ripetuto sistema già in uso e dalle specifiche alte capacità professionali. Da qui vi sarebbe stata la conseguente necessità dell'affidamento alla Gazzetta Amministrativa, detentrica dei sorgenti e dei diritti proprietari.

Nelle controdeduzioni GA ha inoltre richiamato la Direttiva 2014/24/UE per cui 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».

Anche l'interoperatività sarebbe, per GA, una ulteriore ragione tecnica che giustificerebbe l'affidamento ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016. Infatti il considerando 50 della direttiva 2014/24 afferma che le “ragioni tecniche” che giustificano l'affidamento diretto a un determinato operatore economico “possono anche derivare da requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei lavori, delle forniture o dei servizi da appaltare”.

Gazzetta Amministrativa ha evidenziato, infine, che la Regione non avrebbe comunque potuto acquisire i servizi di cui alla Convenzione con procedura ad evidenza pubblica di rilievo comunitario, ai

sensi dell'art. 1 comma 512 della legge 208/2015, in quanto le attività indicate nella Convenzione non sono meri servizi informatici, trattandosi di sistemi inediti ed esclusivi realizzati in virtù delle competenze altamente qualificate e certificate di G.A. quale evoluzione «giurimetrica» di Talete e Pitagora in cui il diritto amministrativo sarebbe prevalente rispetto alla componente informatica che si atteggia a mero vettore workflow delle procedure amministrative.

In base a quanto afferma GA, tali servizi non potrebbero essere realizzati da una mera società informatica, in quanto la Regione a conclusione del progetto, non disporrà di un semplice software, ma una «piattaforma giurimetrica operativa, interoperabile e dinamica, nel rispetto di standard tecnologici e di sicurezza», che soprattutto digitalizza giuridicamente e non solo informaticamente qualsiasi procedura amministrativa per il tramite esclusivo ed insostituibile di peculiari competenze giuridiche ed amministrative, consentendo ai cittadini da casa di interloquire in tempo reale con l'amministrazione. Ciò avviene attraverso un formulario «giurimetrico» che assiste l'operatore interno alla P.A. nel percorso amministrativo con memoria di qualsiasi eventuale cambiamento legislativo, con protocollazione/gestione delle procedure in base alle normative di volta in volta vigenti «sapientemente individuate e versate dal giurista nella piattaforma anzidetta attraverso una prestazione intellettuale che registra e riallinea anche la memoria storico-giuridica secondo procedure standardizzate, formati aperti ed interoperabili».

Valutazioni

Si prende atto delle controdeduzioni presentate per cui al momento dell'emanazione della determina a contrarre e della stipula della Convenzione le Linee Guida Anac n. 8 non erano state ancora emanate nonché per la non vincolatività delle stesse, come peraltro affermato dalle stesse Linee Guida.

Si rappresenta, tuttavia che nelle Linee Guida è confluito il consolidato orientamento dell'Autorità, formatosi anteriormente alla loro entrata in vigore.

La Regione, nell'esercizio del potere discrezionale, ha ritenuto di non porre in essere le consultazioni preliminari di mercato ex art. 66 del d.lgs. 50/2016 di carattere facoltativo.

Tuttavia, scegliendo l'affidamento con procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, la Regione non era esentata dall'effettuazione delle indagini di mercato previste dal comma 6 dello stesso art. 63, per cui «Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei».

In base alle risultanze istruttorie, la Regione non ha comprovato che nel vasto mercato dei fornitori di servizi informatici non ci fossero altri operatori economici potenzialmente interessati a contrarre con la p.a., in grado di fornire i medesimi servizi offerti da G.A. o soluzioni alternative ugualmente corrispondenti ai fabbisogni della S.A. Inoltre, i richiami alle prestazioni di altri fornitori non si ritengono idonei a superare il rilievo per cui non risulta chiaro come l'importo dell'affidamento del progetto sia stato quantificato in € 978 mila.

Relativamente al rischio di lock in, le controdeduzioni presentate sono relative agli accorgimenti (es. consegna dei codici sorgente) posti in essere per scongiurare il fenomeno successivamente alla realizzazione del progetto previsto nella Convenzione del 2017, di cui si prende atto.

Tuttavia, nella CRI, era stato rappresentato come la ragione principale per cui i servizi, nel 2017, sono stati affidati alla Gazzetta Amministrativa è da rinvenirsi nel fatto che si tratta di «evoluzione» di servizi già resi in precedenza dalla stessa Gazzetta Amministrativa (Convenzione del 2015), connessi dal punto di vista tecnico e funzionale con quelli già forniti, tali da rendere necessaria la realizzazione degli stessi unicamente da parte del suddetto operatore economico.

Alla luce di quanto sopra, un possibile fenomeno di lock in appare essersi verificato in occasione dell'affidamento della Convenzione del 2017.

Inoltre, in corso di istruttoria, Gazzetta Amministrativa ha affermato che anche i servizi di cui alla Convenzione del 2015 costituirebbero l'aggiornamento ed implementazione dei servizi conseguiti in base alla Convenzione del 2012, innovandoli per renderli coerenti con la suddetta Agenda Digitale per la Basilicata e le linee strategiche dettate dal Governo. Inoltre, la Convenzione del 2015 è stata affidata a GA dalla Regione anche tenuto conto del numero rilevante di accessi verificatesi per l'esecuzione della Convenzione del 2012.

Non è dunque escluso che il fenomeno del lock in possa essersi verificato anche con riferimento agli affidamenti precedenti, e ove non si trattasse di lock in, vi è comunque il fatto che la Regione Basilicata si è rivolta a GA in forma diretta ed ha affidato alla stessa servizi a decorrere dal 2012 fino al 2020.

Si ritiene, inoltre, che il richiamo alla registrazione dei prodotti Talete e Pitagora ed alla necessità di tutela della proprietà intellettuale di Gazzetta Amministrativa non siano idonei a giustificare l'infungibilità del fornitore. Infatti, come evidenziato dall'Anac nelle Linee Guida, 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. 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. Tra l'altro, 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.

Nelle controdeduzioni si sostiene che la mancata acquisizione tramite Consip, deriverebbe sia dal fatto che i servizi di cui si tratta non sarebbero meri servizi informatici, sia dal fatto che i servizi avrebbero caratteristiche talmente peculiari da non poter far ricorso alla centralizzazione degli acquisti.

Come già evidenziato, nella fattispecie in esame si ritiene che vi siano rilevanti elementi che inducono a ritenere che si tratti di servizi informatici (si tratta di software, vi è stata la cessione dei codici sorgente ecc...) anche se a monte il sistema è alimentato tramite conoscenze giuridiche e amministrative.

Si conferma quindi il rilievo della CRI per cui, trattandosi di servizi informatici, ai sensi art. 1 comma 512 legge 208/2015, vi è l'obbligo per le Amministrazioni territoriali di acquisire tali beni e servizi di valore sopra soglia comunitaria esclusivamente tramite strumenti di negoziazione e di acquisto messi a disposizione da Consip o da altro Soggetto Aggregatore.

La Regione Basilicata, in quanto Soggetto Aggregatore, in luogo dell'affidamento diretto, avrebbe potuto indire una procedura ad evidenza pubblica di rilievo comunitario, ponendo a base di gara i servizi corrispondenti ai fabbisogni rilevati, aperta alla partecipazione di tutti gli operatori economici operanti nel mercato dei servizi informatici.

In relazione alla presente istruttoria e per quanto prima considerato, il Consiglio

DELIBERA

- la Regione Basilicata ha affidato ad un operatore economico privato appalti di servizi informatici ed altri appalti pubblici di servizi e forniture con procedura negoziata senza bando, dapprima ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. b) del d.lgs. 163/2006 (infungibilità del prestatore di servizi) e successivamente ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016 (concorrenza assente per motivi tecnici) in carenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata senza bando, individuati dalle suddette norme, con conseguente indebita sottrazione all'evidenza pubblica di appalti di servizi e forniture di rilevante importo;

- con riferimento al Contratto rep. n. 183 del 22.6.2017, la Regione Basilicata, procedendo direttamente ed autonomamente all'acquisizione dei beni e servizi informatici previsti nel contratto, ha violato l'art. 1 comma 512 della legge 28 dicembre 2015 n. 208;
- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla Regione Basilicata;
- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla società Gazzetta Amministrativa S.r.l.;
- dà parimenti mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla Procura Regionale per la Basilicata della Corte dei Conti per l'eventuale seguito di competenza, ai sensi dell'art. 213 comma 6 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2018

Il Segretario
Maria Esposito