

Taranto 26/01/2024

Egr. Sig.
Avv. Giuseppe FANELLI
PEC: fanelli.giuseppe@taranto.legalmail.it

OGGETTO: Richiesta ulteriori approfondimenti in ordine al parere pro-veritate in ordine alla procedura di gara n. 19/2022.

Egregio Avv. Fanelli,

con riferimento al parere *pro veritate* da Lei formulato, con riferimento alla procedura di gara n. 19/2022 ("affidamento biennale del servizio di trasferimento, conservazione, custodia e consultazione della documentazione cartacea aziendale nonché del servizio di digitalizzazione di tale documentazione"), il Dott. Pietro Carallo, in qualità di Direttore generale f.f., ed il Dott. Nicola Carrieri, in qualità di RUP della procedura in questione, hanno congiuntamente prodotto una relazione, allegata alla presente, con la quale hanno evidenziato all'Organo amministrativo alcuni aspetti dell'esame da Lei condotto che sarebbe opportuno approfondire ulteriormente.

In particolare, i dubbi manifestati riguardano l'applicabilità delle prescrizioni dell'art. 95, comma 5, del D.lgs. n. 50/2016 alla procedura in questione, relativamente alla evidenziata necessità di motivare la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

Le chiedo, pertanto, di voler cortesemente condurre ulteriori approfondimenti in relazione alle circostanze esaminate nella citata relazione e produrre, conseguentemente, un'integrazione del parere *pro-veritate* già reso in precedenza.

Con i più cordiali saluti.

IL PRESIDENTE
(Avv. Daniele D'Ambrasio)



Taranto, 12/01/2024

Spett.le
COLLEGIO SINDACALE
Dott. Luca Vinciguerra
Dott.ssa Monica Bruno
Dott.ssa Sabrina Pontrelli
S E D E

e. p.c. AL DIRETTORE TECNICO E D'ESERCIZIO
Ing. Mauro Piazza
S E D E

e. p.c. ALLA DIRETTRICE AMMINISTRATIVA f.f.
Dott.ssa Maria Fabiola Menenti
S E D E

OGGETTO: *Parere pro-veritale emesso dall'Avv. Giuseppe Fanelli (trasmissione con nota prot. n. 0018453/2023 del 10/11/2023) in ordine alla procedura negoziata n. 19/2022 ("Gara per l'affidamento biennale del servizio di trasferimento, conservazione, custodia e consultazione della documentazione cartacea aziendale nonché del servizio di digitalizzazione di tale documentazione").*

1

In ottemperanza a quanto richiesto da codesto rispettabile Collegio nel corso dell'ultima adunanza in merito alla procedura negoziata di cui all'oggetto, si rappresenta quanto segue.

La procedura negoziata n. 19/2022 fu approvata, su proposta del Capo Ripartizione Appalti e contratti, del Direttore Tecnico e d'esercizio e del Direttore generale f.f., dal Consiglio di amministrazione pro-tempore con propria deliberazione n. 121 del 22 dicembre 2022.

In particolare, con il suddetto provvedimento si deliberò:

- 1) di autorizzare l'indizione di procedura negoziata, ex art. 36, comma 2, lettera b), del D.lgs. n. 50/2016, suddivisa nei seguenti due lotti:
 - a. LOTTO 1 - affidamento biennale del servizio di trasferimento, conservazione, custodia e consultazione della documentazione cartacea di KYMA MOBILITÀ S.p.A. (valore stimato del contratto di € 84.000,00);
 - b. LOTTO 2 - servizio di digitalizzazione di tale documentazione con un importo a base d'asta di € 156.000,00 oltre IVA, comprensivo di oneri di conservazione e custodia, oneri assicurativi.
- 2) di approvare l'Avviso per manifestazione di interesse e il Capitolato/disciplinare per procedura negoziata.
- 3) di pubblicare avviso per estratto sulla Gazzetta Ufficiale ed Appalti e su un quotidiano a tiratura locale.
- 4) di autorizzare la Direzione generale, la Direzione Tecnica e l'Unità Contratti ed Acquisti ad ogni adempimento connesso e conseguente.
- 5) di nominare il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 31 del D.lgs. n. 50/2016, nella persona del

capo unità organizzativa contratti ed appalti, dott. Nicola Carrieri.

- 6) di prorogare, nelle more dell'aggiudicazione, il contratto in essere stipulato con la società Green eco s.r.l. per il servizio di trasferimento, conservazione, custodia e consultazione della documentazione cartacea di KYMA MOBILITÀ S.p.A.

In ottemperanza a tale deliberazione, in data 23/12/2022 (con nota prot. n. 21693) fu pubblicato sul sito internet aziendale un Avviso per manifestazione di interesse a partecipare alla procedura negoziata in questione, fissando il termine delle ore 12:00 del 20/01/2023 per far pervenire le manifestazioni di interesse.

A seguito di tale avviso, pervennero le manifestazioni di interesse da parte dei seguenti operatori economici:

GESTIONI DOK s.r.l.	Via Aretina, 240	FIRENZE
GREEN ECO s.r.l.	Via Federico Di Palma, 140	TARANTO
IANNONE DIGITALE s.r.l.	Via Bellabona, 55	AVELLINO
MEDILIFE S.p.A.	Via Francesco Denza, 197	ROMA
SOLUTIKA s.r.l.	Viale Magna Grecia, 57	CASSANO MURGE (BA)

In data 27/03/2023 il R.U.P. della procedura comunicò, mediante avviso pubblicato sulla piattaforma e-procurement dell'Azienda, oltre che attraverso invio di messaggio di posta elettronica certificata, che entro le ore 13:00 del 15/03/2023 (scadenza del termine) era pervenuta la busta amministrativa della sola società SOLUTIKA s.r.l. e che, valutata la documentazione amministrativa contenuta nel plico, la stessa era stata valutata idonea ed era stata, pertanto, ammessa al prosieguo della procedura.

Con nota della Direzione generale del 16/03/2023, prot. n. 4394/2023, si nominò la Commissione incaricata di procedere, in applicazione dell'art. 10, punto 2, del "Regolamento per gli acquisti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie", all'apertura delle offerte pervenute nell'ambito della selezione in questione.

La Commissione nominata, nelle sedute del 16/03/2023 (verbale di gara n° 556) e del 27/03/2023 (verbale di gara n° 557), portò a termine il proprio compito. Con verbale di gara n° 557, in particolare, stabilì di proporre al C.d.A. l'aggiudicazione della procedura in favore del concorrente SOLUTIKA s.r.l., avendo quest'ultimo offerto i prezzi complessivi di € 14.700,00 oltre IVA per il lotto 1 e di € 104.900,00 per il lotto 2 (a fronte di importi previsti a base di procedura, rispettivamente pari a 84.000,00 e 156.000,00).

Il Consiglio di amministrazione, con deliberazione n. 28 del 05/04/2023, approvando la proposta del Capo Ripartizione Appalti e contratti, del Direttore Tecnico e d'esercizio e del Direttore generale f.f., deliberò:

- 1) di aggiudicare la procedura negoziata 19/2022 in due lotti, alla società SOLUTIKA SRL, avendo offerto i prezzi complessivi di € 14.700,00 oltre IVA per il lotto 1 - CONSERVAZIONE DOCUMENTAZIONE e di € 104.900,00 per il lotto 2 - DIGITALIZZAZIONE DOCUMENTAZIONE.

KYMA MOBILITÀ S.p.A.

Società per Azioni con Sodio unico soggetta a direzione e coordinamento da parte del Comune di Taranto
Via Cesare Battisti, 657 - 74121 Taranto / 099 7356111 - Fax 099 7794247

www.kymamobilita.it - kymamobilita@kymamobilita.it - PEC: kymamobilita@pec.kymamobilita.it

C.F., P.IVA e N° Iscrizione al Registro Imprese di Taranto 00146330733 - Capitale Sociale € 2.340.463,00 int. vers.

- 2) di nominare il Direttore dell'esecuzione dei lavori nella persona della dott.ssa Tiziana Tursi, capo unità organizzativa affari generali e legali.
- 3) di autorizzare la Direzione generale, la Direzione Tecnica e l'Unità Contratti ed Acquisti ad ogni adempimento connesso e conseguente.

Nei giorni immediatamente successivi all'avvenuta aggiudicazione l'esito della procedura fu regolarmente pubblicato, attraverso la "Scheda di gara n. 19/2022" sulla piattaforma e-procurement dell'Azienda.

In data 12/04/2023, con nota prot. n. 6262/2023, fu inviata alla società SOLUTIKA s.r.l. comunicazione di avvenuta aggiudicazione della procedura, con richiesta di far pervenire, entro i successivi 10 giorni, la seguente documentazione:

- prova dell'avvenuta costituzione della garanzia definitiva, con le modalità e nelle forme previste dall'art. 6, lettera c) del capitolato/disciplinare di gara, per un importo di Euro 11.960,00;
- nota di aggiudicazione sottoscritta, per accettazione, dal legale rappresentante;
- dati inerenti alla tracciabilità dei flussi finanziari, da fornire utilizzando il modello allegato alla nota di trasmissione, corredato da documento di identità del dichiarante.

In data 18/04/2023 (prot. n. 8443/2023) la Società SOLUTIKA s.r.l. riscontrò la suddetta comunicazione, allegando tutta la documentazione richiesta e dichiarando di rimanere in attesa di concordare le modalità operative per l'avvio dei lavori.

Successivamente, la Società richiese ed ottenne, in data 16 maggio 2023, un incontro con la Presidenza, la Direzione e le funzioni aziendali competenti, finalizzato a concordare operativamente l'organizzazione delle attività da porre in essere per l'esecuzione delle prestazioni previste dallo stesso.

La sottoscrizione del contratto con la società aggiudicataria, e la relativa presa in carico del materiale, momento, quest'ultimo, dal quale decorre il termine di 24 mesi per il completamento della digitalizzazione dei documenti, previsto, in relazione al Lotto 1 del capitolato/disciplinare di gara, è stata differita per consentire l'inventariazione e la classificazione di tutto il materiale cartaceo presente nei diversi archivi aziendali e di selezionare la documentazione non più soggetta a conservazione e da avviare al macero, seguendo le previste procedure di scarto. Tale preliminare attività si è resa necessaria anche per non trasferire, presso i locali della società aggiudicataria della procedura, materiale non più soggetto a conservazione e destinato, pertanto, ad essere oggetto di procedura di scarto.

Si precisa che né dopo la pubblicazione della "Comunicazione degli ammessi/esclusi", né, tantomeno, dopo la pubblicazione della "Scheda di gara n. 19/2022" (con l'indicazione dell'avvenuta aggiudicazione in favore della Società SOLUTIKA), sono pervenuti ricorsi avverso lo svolgimento e l'esito della procedura.

Con riferimento al parere pro-veritate trasmesso dall'Avv. Fanelli, si ritiene doveroso rappresentare quanto segue.

Preliminarmente va evidenziato che il legale, tra le argomentazioni sviluppate, sembrerebbe aver rilevato (cfr. nona ed ultima pagina) come l'aggiudicazione della procedura non sia ancora avvenuta. Ebbene, laddove interpretato correttamente, tale assunto parrebbe non del tutto

coerente con i vari passaggi procedurali fino a qui consolidatisi, in quanto, così come precedentemente esposto, il Consiglio di amministrazione pro-tempore della Società ha approvato, con deliberazione n. 28 del 05/04/2023 ("PROCEDURA NEGOZIATA N. 19/2022, IN DUE LOTTI, PER L'AFFIDAMENTO BIENNALE DEL SERVIZIO DI TRASFERIMENTO, CONSERVAZIONE, CUSTODIA E CONSULTAZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE CARTACEA DI KYMA MOBILITÀ S.P.A., NONCHÉ DEL SERVIZIO DI DIGITALIZZAZIONE DI TALE DOCUMENTAZIONE. AGGIUDICAZIONE"), gli atti della selezione ed ha, inoltre, aggiudicato la procedura n. 19/2022.

Relativamente all'argomento posto a fondamento della suggerita necessità di esercitare il potere di autotutela attraverso l'annullamento e la rinnovazione della procedura n. 19/2022, ovvero l'assenza, nella deliberazione a contrarre, della motivazione della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso (in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), ci si limita a far annotare l'iter logico-amministrativo che ha portato dalle strutture proponenti in allora ad approvare gli atti del procedimento, elaborando per l'effetto lo schema di deliberazione di indizione della procedura.

La procedura in questione fu, infatti, indetta richiamando, espressamente, nella deliberazione a contrarre (n. 121 del 19/12/2022), l'art. 36, comma 2, lettera b), dell'allora vigente D.lgs. n. 50/2016 ("Contratti sotto soglia"), il quale prevedeva che "per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori e per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati".

Il parere reso parrebbe incentrare il proprio impianto logico-giuridico, invece, sulle prescrizioni contenute nell'art. 95 ("Criteri di aggiudicazione dell'appalto") del D.lgs. 18/04/2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici vigente alla data di indizione della procedura negoziata), il quale consentiva, al comma 4, l'aggiudicazione con il criterio del minor prezzo nel caso di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lettera a) (le altre lettere a) e c) del comma 4 risultavano abrogate alla data di indizione della selezione - n.dd.rr.).

Solo per offrire un elemento utile alla ricostruzione degli accadimenti procedurali, si ritiene di precisare che il Consiglio di amministrazione, in occasione dell'indizione della procedura, stabilì, invece, espressamente, che la procedura dovesse svolgersi secondo le previsioni dell'art. 36, comma 2, lettera b), del D.lgs. n. 50/2016 ("Contratti sotto soglia"), approvando il relativo capitolato tecnico. Coerentemente con il dispositivo della deliberazione del C.d.A., il capitolato indicava espressamente, all'art. 1 ("Indizione"), che si indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D.lgs. n. 36/2016 e, all'art. 4 ("Criterio di aggiudicazione"), che la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio del prezzo complessivo più basso offerto.

Invero, tra le premesse della deliberazione a contrarre, nell'individuare nel prezzo più basso il criterio di aggiudicazione della procedura, si richiamava, erroneamente, l'art. 95, comma 4, lett. b)

del D.lgs. n. 50/2016, anziché il comma 9-bis dell'art. 36, ma tale erroneo riferimento non fu replicato né nel corpo del deliberato, né nel capitolato di gara e, pertanto, non si ritiene sia idoneo a sovvertire la volontà del Consiglio di amministrazione, come espressa nella parte dispositiva della deliberazione, oltre che nel capitolato di gara.

A tanto si aggiunga che, come è ben noto, la determina a contrarre è atto a forza vincolante ben meno intensa del bando e riveste natura non obbligatoria proprio nelle procedure di cui all'articolo 36, comma 2, lett. b) del previgente Codice, potendo essere finanche sostituito da "atti equivalenti" (v. art. 32, comma 2).

Pertanto, considerata la scelta, da parte del Consiglio di amministrazione pro-tempore, della procedura prevista dall'art. 36, comma 2, lettera b), del D.lgs. n. 50/2016, non è apparso agli scriventi applicabile la previsione dell'art. 95, comma 5, del medesimo decreto legislativo, in ordine alla necessità di motivare la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, previsto invece per le procedure indette ai sensi dell'art. 95, comma 4.

Le valutazioni degli Uffici sono state al tempo confortate da una certa opinione giurisprudenziale che, unicamente a scopo esemplificativo e per mera praticità si ritiene di riportare in questa sede: "sia l'art. 36, comma 9 bis, del D.Lgs. n. 50/2016 (relativo ai contratti sotto soglia) sia l'art. 1 del D.Lgs. n. 70/2020 (relativo alle procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale da Covid-19 in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia) prevedono un regime speciale che rimette alla stazione appaltante la libera scelta tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso, fatta eccezione per le sole ipotesi - non confluenti il caso in esame - di obbligatorietà del primo criterio ex art. 95, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016. Poiché, diversamente che per le gare sopra soglia, il criterio del prezzo più basso non è eccezionale, non trova applicazione l'obbligo, ricavabile dall'art. 95, commi 4 e 5, D.Lgs. n. 50/2016, di motivazione specifica della scelta di ricorrere ad esso (in termini congruenti, cfr. T.A.R. Torino, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 366)".

Premesso che quanto sopra rappresentato è diretto a giustificare le scelte procedurali assunte dagli Uffici, senza voler in alcun modo interferire con le prerogative e le valutazioni proprie dell'Organo amministrativo della Società, potrebbe rivelarsi utile richiedere all'Avv. Fanelli di condurre ulteriori approfondimenti in relazione alle circostanze evidenziate nella presente ovvero, non necessariamente in modo alternativo, esplorare la diversa opzione di richiedere un parere legale ulteriore, anche a tutela di possibili richieste risarcitorie che, astrattamente, l'impresa aggiudicataria potrebbe avanzare in conseguenza della rimeditazione delle scelte della Società.

Nel restare a disposizione per ogni eventuale integrazione, si porgono cordiali saluti.

IL R.U.P. DELLA PROCEDURA
(Dott. Nicola Carraro)

IL DIRETTORE GENERALE I.R.
(Dott. Pietro Carallo)