



DELIBERA N. 320

03 luglio 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 presentata da TPR Service S.r.l. – Trentino Digitale S.p.A. – Gara per l’acquisizione di servizi di manutenzione hardware e software per infrastruttura HPE, tramite appalto specifico su sistema dinamico di acquisizione (iniziativa ICT 2 id 2681-2023) - Criterio del minor prezzo – CIG: lotto 1 B0A47180F2 – lotto 2 B0A471701F – lotto 3 B0A47191C5 – Importo a base di gara: Euro 839.000,00.

UPREC - PREC 91-2024-S

Riferimenti normativi

Artt. 79, 113 del d.lgs. n. 36/2023.

Parole chiave

Servizi informatici, specifiche tecniche, equivalenza, criterio del minor prezzo.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Condizioni di esecuzione – Specifiche tecniche – Equivalenza – Limiti.

Il principio di equivalenza non può essere invocato nel caso in cui una Stazione appaltante, fin dalla fase di programmazione del suo fabbisogno e di indizione della procedura, ha individuato una particolare tipologia di servizio di suo interesse, connotata da specifiche caratteristiche e modalità operative, e ritenuta l’unica idonea a soddisfare l’interesse pubblico sotteso alla selezione del contraente.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 03 luglio 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 37369 del 20 marzo 2024, con la quale la società TPR Service S.r.l. ha contestato la legittimità di alcune clausole della *lex specialis* di gara, ritenute escludenti e limitative della partecipazione alla gara, con riferimento ai profili relativi a: *i/* la richiesta che il servizio venga reso solo da soggetti accreditati dalla Società HPE-Hewlett Packard Enterprise (azienda produttrice delle apparecchiature oggetto del servizio di manutenzione messo a gara) come "*Gold partner ready services o superiore*"; *ii/* la previsione dell'obbligo dell'aggiudicatario di stipulare un contratto di manutenzione con la HPE, mascherando di fatto un subappalto integrale del servizio; *iii/* la richiesta di servizi con una precisa denominazione e relativo codice, che identificano il servizio offerto solo da un'azienda, senza ammettere servizi equivalenti;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 46464 del 15 aprile 2024;

VISTE le note prot. n. 55250 del 13 maggio 2024 e n. 58379 del 17 maggio 2024, con le quali l'Autorità ha chiesto alle parti di integrare il contraddittorio nei confronti dell'operatore unico partecipante alla gara e che è risultato aggiudicatario (ACS Data Systems S.p.A.) e, conseguentemente, ha proceduto ad integrare la comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RILEVATO che, con memoria acquisita al prot. Anac 48515 del 20 aprile 2024, Trentino Digitale S.p.A. (di seguito "S.A.") ha esposto di essere una società in house, con capitale interamente pubblico, sottoposta a direzione e coordinamento della Provincia Autonoma di Trento (art. 3, L. P. n. 10/1980), che presta servizi di progettazione, sviluppo e gestione di sistemi informatici e telematici e che dispone di due Data Center di proprietà, una infrastruttura digitale di livello Q12 (adeguata ad ospitare servizi e dati "critici") e una infrastruttura di livello Q11 (adeguata ad ospitare dati "ordinari"), nonché apparecchiature di tipo Enterprise di H.P. (Hewlett-Packard). Oggetto della presente gara sono i servizi di manutenzione, sia hardware che software, delle apparecchiature H.P. che fanno parte della infrastruttura tecnologica complessa di tale S.A., per il cui affidamento è stato scelto il criterio del minor prezzo e sono stati previsti specifici requisiti in capo all'affidatario. La S.A. ha rappresentato di avere invitato alla procedura tutti gli operatori economici abilitati allo SDAPA nella categoria merceologica "*Servizi di manutenzione, assistenza tecnica e gestione*", ma di avere ricevuto solo un'offerta. Nel merito delle censure sollevate dall'istante, è stato osservato che:

- a) la richiesta della specializzazione Hewlett Packard Enterprise Gold o Platinum/HPE gold partner ready services o superiore e di stipulare un accordo con il produttore non viola il principio di equivalenza né quello di *favor participationis*, perché sorretta da motivazioni tecniche legate alle specificità dei sistemi Enterprise di H.P. che richiedono il necessario supporto da parte di soggetti autorizzati ovvero partner "certificati" dal produttore, anche per ragioni di sicurezza informatica;
- b) le deduzioni in merito all'asserita violazione del principio di equivalenza non terrebbero in conto che il servizio di manutenzione oggetto di affidamento è relativo ad una infrastruttura complessa;
- c) nel capitolato sono stati indicati i codici identificativi dei prodotti perché correlati al livello di servizio richiesto al fornitore e al fine di consentire agli operatori di individuare i componenti spare richiesti;



- d) non può essere invocato il principio di equivalenza, trattandosi di una procedura da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo;
- e) la stipulazione di un accordo tra l'aggiudicatario e il produttore H.P.E. "*risponde alla evidente esigenza di assicurare che il fornitore sia effettivamente in possesso delle competenze tecniche necessarie per poter svolgere regolarmente il servizio di manutenzione dell'infrastruttura tecnologica*", non è stata violata la normativa in tema di subappalto, atteso che sarà il partner H.P.E. aggiudicatario a provvedere all'esecuzione del servizio affidato;

RILEVATO che, con memoria acquisita al prot. Anac n. 60174 del 27 maggio 2024, la Società aggiudicataria ACS Data Systems S.p.A. ha dedotto, in via preliminare, la carenza di interesse dell'istante al rilascio del parere, in quanto il requisito oggetto della censura principale (possesso della specializzazione Hewlett Packard Enterprise Gold o Platinum/HPE gold partner ready services o superiore) non andrebbe qualificato come requisito di partecipazione, bensì di esecuzione del contratto, non impeditivo della partecipazione alla gara; l'istante, peraltro, non avrebbe presentato richieste di chiarimento, né avrebbe dimostrato la possibilità di partecipare alla gara offrendo soluzioni equivalenti. Nel merito, la controinteressata deduce che il requisito richiesto sarebbe giustificato da ragioni di natura tecnica e richiama le Linee guida Anac n. 8, laddove viene eccezionalmente consentito anche il ricorso a procedure negoziate senza bando in caso di impossibilità del ricorso a fornitori o soluzioni alternative. Infine, viene osservato che l'istante non ha dimostrato l'equivalenza del servizio che avrebbe offerto in caso di partecipazione;

VISTE inoltre le numerose memorie presentate dalla Società istante (prot. 48492 del 19 aprile 2024, prot. 49037 del 22 aprile 2024, prot. n. 58892 del 23 maggio 2024, prot. 64582 del 7 giugno 2024), la quale ha insistito sulla violazione del principio di equivalenza e del *favor participationis*, nonché sulla violazione del Regolamento UE 2019/424;

RITENUTO preliminarmente che l'istanza in trattazione sia ammissibile. La Società istante, pur non contestando i requisiti di partecipazione (richiesti nell'art. 7 c.s.a.), censura le condizioni di esecuzione dell'appalto richieste dalla S.A. ai fini della stipula del contratto e a pena di decadenza dell'aggiudicazione. Si tratta di condizioni che, sebbene tecnicamente non preclusive all'accesso alla gara, avrebbero determinato la sicura esclusione dalla selezione, a valle della sua conclusione, nei confronti degli operatori che non fossero stati in grado di soddisfarle. Sotto tale profilo, infatti, la giurisprudenza consente l'immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* che prevedono "*condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente* (cfr. *Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 novembre 2011, n. 6135; sez. III, sent. 23 gennaio 2015, n. 293*)" (Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2022, n. 9138; Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4). Nel caso di specie, pertanto, anche la contestazione delle clausole che impongono obblighi propedeutici alla stipula del contratto (come gli adempimenti da porre in essere a pena di decadenza dell'aggiudicazione, relativi all'accreditamento con il produttore degli apparecchi da mantenere o alla necessaria stipula di un accordo di partnership con quest'ultimo), vanno annoverate tra le clausole oggetto di impugnazione immediata, a prescindere dalla partecipazione dalla gara, laddove già nella fase iniziale di predisposizione dell'offerta per un candidato sia evidente e certa l'impossibilità di soddisfarle in caso di aggiudicazione della gara;

RITENUTO che l'istanza sia infondata nel merito, per le ragioni di seguito esposte;

CONSIDERATO che la presente procedura ha ad oggetto l'affidamento del servizio di manutenzione hardware e software di sistemi HP – Hewlett Packard Enterprise, di tre tipi: sistemi HP Proliant (lotto 1 dal valore di Euro 190.000,00), sistemi storage HP-Enterprise (lotto 2 dal valore di Euro 173.000,00),



sistemi HP-UX Itanium (lotto 3 dal valore di Euro 476.000,00). Nella determina a contrarre Trentino Digitale S.p.A. ha rappresentato che: *"fanno parte dell'infrastruttura tecnologica gestita da Trentino Digitale apparecchiature di tipo Enterprise di HP, di varia natura, funzionali all'erogazione di servizi critici cui deve essere garantita alta disponibilità con il supporto tecnico e gli aggiornamenti del fornitore; fanno parte di tale infrastruttura HPE: i sistemi HP Proliant e blade; i sistemi di storage HP-Enterprise, 3Par e P9500; i sistemi HP-UX Itanium. Tali apparecchiature saranno in uso da parte della Società anche per i prossimi anni e pertanto, al fine di assicurare gli aggiornamenti dei firmware e la sostituzione delle componenti hardware in caso di malfunzionamenti, è necessario rinnovare il contratto di manutenzione ed assistenza per le citate apparecchiature potendo solo in tal modo garantire la disponibilità dei servizi erogati nel rispetto dei livelli di servizio contrattualizzati; nel corso del 2024 si prevede di dismettere alcune componenti che alla data sono ancora in produzione; sono infatti in corso di evasione istruttorie finalizzate all'acquisto di nuovi sistemi e, non appena questi saranno consegnati e collaudati, si procederà con la migrazione dei servizi verso le nuove piattaforme hardware e la successiva dismissione delle infrastrutture obsolete"*;

VISTO il capitolato d'oneri allegato alla lettera di invito, che all'art. 11 (condizioni di esecuzione) prevede: *"Per l'esecuzione dei servizi oggetto del presente appalto è richiesto che l'affidataria disponga di una specializzazione Hewlett Packard Enterprise Gold o Platinum/HPE gold partner ready services o superiore"*. Tali condizioni di esecuzione (ritenute dalla Società istante restrittive della concorrenza) sono dettagliate nel capitolato – parte tecnica, in particolare:

- nelle premesse viene previsto che: *"Al Fornitore è richiesta la stipula di un accordo con il produttore HPE che includa la manutenzione di tutti gli apparati e delle loro componenti inseriti nel perimetro contrattuale, ivi compresi quelli che dovessero essere inseriti successivamente alla stipula del contratto a fronte di eventuali interventi di manutenzione. Tale accordo dovrà includere il trasferimento alla Committente dei diritti di utilizzo del firmware e di tutti gli accessori e strumenti hardware e software necessari per la sua installazione e configurazione. L'accordo dovrà essere operativo dall'inizio della fornitura per l'intero periodo in cui l'apparato è incluso nel perimetro contrattuale senza soluzione di continuità (...)"*;
- sempre nelle premesse viene previsto che *"In sede di esecuzione è richiesto che l'affidataria sia in grado di comprovare il possesso di una certificazione Hewlett Packard Enterprise Gold o Platinum, pena la risoluzione del contratto"*;
- l'art. 1.3 (Disposizioni contrattuali), in relazione al lotto 1, richiede che *"L'azienda affidataria dovrà avere una specializzazione HPE gold partner ready services o superiore in quanto deve essere nelle condizioni di trasferire legittimamente a Trentino Digitale S.p.A. i diritti correlati agli aggiornamenti richiesti, quali diritto di download, accesso ed utilizzo delle licenze d'uso dei firmware e degli aggiornamenti e/o patch correttive delle componenti software (sistemi operativi, firmware, ecc.), per l'intera durata contrattuale. La mancata certificazione richiesta ai fini della stipula del contratto, comporterà la revoca dell'aggiudicazione definitiva"*. Identiche prescrizioni sono dettate nell'art. 2.3, in relazione al lotto 2, e nell'art.3.3, in relazione al lotto 3;

CONSIDERATO che, come evidenziato anche in altre occasioni dall'Autorità (cfr. Delibera n. 505 dell'8 novembre 2023), l'individuazione dei fabbisogni e la conseguente predisposizione della legge di gara costituiscono oggetto delle scelte discrezionali della Stazione appaltante. Tale scelta è sindacabile dall'Autorità solo laddove risulti manifestamente illogica o irragionevole, ovvero nelle ipotesi in cui la scelta gestionale adottata dall'Amministrazione determini una ingiustificata restrizione della concorrenza, non sorretta da reali motivazioni di natura tecnica;



RITENUTO che, nel caso in esame, avuto riguardo alle caratteristiche tecniche del servizio oggetto di affidamento, non appaiono censurabili le motivazioni addotte da Trentino Digitale S.p.A. (evidenziate sia nella determina a contrarre sopra richiamata che nella memoria del presente procedimento) per legittimare la previsione delle condizioni negoziali contestate dalla Società istante;

RITENUTO, in particolare, che:

- la richiesta di una certificazione *Hewlett Packard Enterprise Gold o Platinum* appare necessaria per effettuare la manutenzione, sia hardware che software, delle apparecchiature di tipo Enterprise di cui dispone la S.A. e che vengono utilizzate per erogare servizi sia alle Pubbliche Amministrazioni trentine che a cittadini ed imprese. Come documentato dalla S.A. *"per tali servizi deve essere sempre garantita la massima disponibilità operativa ed affidabilità, anche in termini di componenti hardware e aggiornamenti software, nonché la sicurezza informatica per non pregiudicare le attività degli Enti Soci ed il rispetto dei requisiti ACN previsti per i servizi della Pubblica Amministrazione, oltre gli obblighi contrattualmente assunti relativamente ai previsti livelli di servizio"*, per cui è essenziale il supporto tecnico specializzato e autorizzato dal produttore H.P. Sul punto, è stato documentato che in caso di ricorso a operatori non autorizzati dalla HP (ovvero non partner della casa madre) non sarebbe garantito l'accesso a tutti gli aggiornamenti software e non vi sarebbe il supporto diretto della HP per la risoluzione di malfunzionamenti dell'infrastruttura digitale, con il rischio sia di creare disservizi e interruzioni di servizi essenziali, sia di creare un data breach ai sensi del G.D.P.R.. Vi sarebbe il rischio di pregiudicare *"la sicurezza informatica dell'infrastruttura in caso di rilasci di soluzioni "patch" o aggiornamenti software a fronte di bug di sicurezza rilevati, oltre all'aggiornamento del software e, quindi, delle prestazioni"* (cfr. memoria di Trentino Digitale S.p.A.);

- la richiesta di stipulare un accordo con il produttore HP, che includa la manutenzione di tutti gli apparati e i componenti, nonché il trasferimento dei diritti di utilizzo del firmware e degli accessori hardware e software necessari per la sua installazione e configurazione, è parimenti sorretta da motivazioni tecniche. I produttori degli apparecchi non rilasciano alle imprese affidatarie dei servizi di manutenzione manuali, tools e passwords occorrenti per intervenire sulle macchine. Le ragioni di tali fenomeni (in particolare se riconducibili alla condotta anticoncorrenziale dei produttori) sono estranee alla Stazione appaltante e non sono accertabili dall'Autorità. Ai fini che qui interessano, il punto è che l'accesso a tali dati tecnici, da parte di imprese terze rispetto al produttore, è essenziale per effettuare la corretta manutenzione delle apparecchiature ed è per tale ragione che la S.A. ha richiesto la collaborazione e il supporto del produttore H.P., garantita dalla stipula di un accordo di collaborazione tra l'impresa aggiudicataria e la stessa HPE;

- l'indicazione dei codici identificativi HPE (HPE HU4B2AC – HPE H2T12BC – HPE H0JD4AC - HPE H2T12BC – HPE HU4A6AC – HPE HU4B2AC) è stata inserita nel capitolato tecnico per esplicitare la tipologia di servizi richiesti per gli apparati rientranti nei tre lotti di gara, ma sono state anche indicate, per ciascun apparecchio, le caratteristiche del servizio richiesto nel contratto. Tale previsione è conseguenziale alla scelta effettuata a monte dalla S.A. di richiedere una manutenzione specifica delle apparecchiature ad imprese specializzate e partner della HPE;

CONSIDERATO, inoltre, che, a prescindere dalla loro inapplicabilità *ratione temporis*, non sono invocabili le Linee guida Anac n. 8, relative a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili. Nel caso in esame, la S.A. non ha proceduto ad una procedura negoziata senza bando, affidando direttamente il servizio di manutenzione delle apparecchiature al



produttore H.P., ma ha indetto procedura di gara ristretta sopra-soglia gestita su sistema dinamico di acquisizione. Risulta in atti che nella GUUE n. S129 del 7 luglio 2023 e sulla GURI n. 78 del 10 luglio 2023 è stato pubblicato il bando di gara nell'ambito del "*Sistema dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione per la fornitura di prodotti e servizi per l'informatica e le telecomunicazioni*". È stata scelta una procedura ordinaria aperta al mercato, trasmettendo l'invito a tutti gli operatori iscritti allo SDAPA nella categoria merceologica "*Servizi di manutenzione, assistenza tecnica e gestione*";

RITENUTO, inoltre, che il caso in esame, differisce da quello affrontato dal TAR Piemonte nella sentenza n. 612 del 15 giugno 2021. In quel caso, la legge di gara richiedeva l'accreditamento presso la Società HPE (come Platinum Partner) come requisito di partecipazione alla gara e l'Amministrazione non aveva giustificato tale scelta, con motivazioni ritenute logiche e ragionevoli. Nel caso di specie, invece, come detto in precedenza, sono state esplicitate e non appaiono manifestamente illogiche o irragionevoli le ragioni di natura tecnica che hanno indotto Trentino Digitale S.p.A. a richiedere, in fase esecutiva, una partnership con la casa produttrice delle apparecchiature, non appaiono sindacabili né accertabili dall'Autorità;

RITENUTO che nel caso in esame non si ravvisa una violazione del principio di equivalenza (di cui all'art. 79 e all'allegato II.5 del D.lgs. n. 36/2023). Tale principio – che, come noto, permea l'intera disciplina della contrattualistica pubblica ed è applicabile anche in assenza di espressi richiami nella *lex specialis* di gara – presuppone la corrispondenza da un punto di vista sostanziale tra i servizi o i prodotti offerti con le caratteristiche di un servizio o un prodotto richiesto dalla Stazione appaltante e indicato con determinate "specifiche tecniche". Tuttavia, tale principio non può essere invocato nel caso in cui una Stazione appaltante, fin dalla fase di programmazione del suo fabbisogno e di indizione della procedura, ha individuato una particolare tipologia di servizio di suo interesse, connotata da specifiche caratteristiche e modalità operative, e ritenuta l'unica idonea a soddisfare l'interesse pubblico sotteso alla selezione del contraente. In questo caso, "*in presenza quindi di una prestazione già definita dalla stazione appaltante nei suoi dettagli rispetto alla quale la legge di gara prevedeva esclusivamente un confronto competitivo basato sull'offerta del prezzo più basso – e relativamente alla quale, significativamente, la medesima legge di gara neppure menzionava la possibilità di prestazioni funzionalmente "equivalenti" a quanto ivi descritto – le eventuali difformità sostanziali del "prodotto" offerto rispetto a tali prescrizioni (...) venivano ad integrare un aliud pro alio, con conseguente esclusione dalla procedura*" (come ben chiarito da Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2023, n. 4624). Pertanto, nel caso di specie, avendo Trentino Digitale S.p.A. indetto una procedura per l'affidamento del servizio di manutenzione con determinate caratteristiche ed avendo valutato che, per le ragioni tecniche di cui si è detto, era necessario prevedere determinate condizioni di esecuzione del contratto, non vi sono i margini per valutare un servizio "equivalente";

RILEVATO che, in ogni caso, la Società istante (che si definisce "*società di manutenzione indipendente*") non ha neppure allegato quali soluzioni alternative ed "equivalenti" avrebbe potuto proporre in caso di partecipazione e di aggiudicazione alla gara. In particolare, tale Società non ha dimostrato che il servizio di manutenzione che avrebbe offerto per gli apparecchi dei tre lotti di gara sarebbe stato del medesimo livello qualitativo di quello richiesto dalla S.A. con i codici identificativi previsti nel c.s.a., non ha dimostrato che il mancato accordo con la casa produttrice degli apparecchi non avrebbe compromesso la funzionalità e la sicurezza dell'infrastruttura digitale complessa della S.A. e che avrebbe potuto svolgere regolarmente il servizio senza compromettere il sistema e i servizi pubblici erogati da Trentino Digitale S.p.A. con le macchine che attualmente detiene.

Il Consiglio



Ritiene, nei termini di cui in motivazione, ferma la discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuazione dei propri fabbisogni, che nel caso di specie l'operato della Stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 luglio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente