SENATO DELLA REPUBBLICA

XVII LEGISLATURA

N. 1

RELAZIONE DI ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE

LINEE GUIDA N. 8 - RICORSO A PROCEDURE NEGOZIATE SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO NEL CASO DI FORNITURE E SERVIZI RITENUTI INFUNGIBILI

(Articolo 12, comma 2, della legge 29 luglio 2003, n. 229)

Presentata dall'Autorità nazionale anticorruzione

Comunicata alla Presidenza il 24 ottobre 2017

Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Linee guida n. 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

RELAZIONE AIR

Sommario

1. Premessa 2
2. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità 2
3. Obiettivi ed esiti attesi 4
4. Procedure di consultazione effettuate 4
5. Il contesto normativo comunitario e nazionale 6
6. I pareri ricevuti, le osservazioni pervenute e le opzioni seguite 9
6.1 I pareri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Agenzia per l'Italia Digitale 10
6.2 Accertamento infungibilità e consultazioni preliminari di mercato 11
6.3 Previsione di un'adeguata programmazione 13

1. Premessa

Il presente documento, redatto in base all'art. 8 del Regolamento recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (di seguito, "Regolamento AIR") descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, dando evidenza delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione di alcune scelte di fondo, soprattutto con riferimento alle più significative osservazioni formulate in sede di consultazione.

2. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Nell'ambito della propria attività istituzionale l'Autorità ha osservato che spesso le stazioni appaltanti ricorrono ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara giustificando ciò con riferimento all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, ecc. Si tratta di situazioni che caratterizzano diversi settori, tra cui, a titolo di esempio, il settore sanitario, il settore informatico, i servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari.

Infatti, secondo i dati rilevati dall'Autorità, nel 2016 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara rappresentano circa il 18% degli affidamenti. Il dato del 2016, risulta difficilmente confrontabile con quello relativo agli anni precedenti anche a causa

delle modifiche introdotte dal nuovo Codice, che hanno ridotto il novero delle fattispecie per cui è possibile ricorrere alle procedure previste dal nuovo art. 63[1].

Il dato sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, di cui all'art. 63 del Codice, non si riferisce solo ai casi di affidamento diretto ad un operatore economico i cui lavori, servizi o forniture sono ritenuti infungibili, ma ricomprende, ad esempio, anche l'affidamento di lavori sotto-soglia (ex-art. 122 del d.lgs. 163/2006 e ex-art. 36, comma 2, lett. c) del Codice, per i quali a seguito dell'emanazione del d.lgs. 56/2017 non è più prevista la procedura ex- art. 63), e le ulteriori fattispecie previste dall'art. 63.

Per gli affidamenti per cui è stato fornito un giustificativo per il ricorso a una procedura di gara, risulta che in oltre il 40% dei casi si tratta di motivi attinenti all'infungibilità dell'affidamento. Circa il 63% degli affidamenti relativi a presunti casi di infungibilità riguarda le forniture, oltre il 32% i servizi e il resto i lavori. Quasi la metà degli affidamenti complessivi (il 47,2%) è relativo al settore sanitario[2], circa il 14% al settore informatico[3], una quota non trascurabile attiene ai servizi di riparazione e manutenzione (il 7,6%); un ricorso elevato a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, giustificato dalla presunta unicità del fornitore, si riscontra anche nel settore dei rifiuti, in quello dei servizi ricreativi e culturali e nei servizi per le imprese. Non mancano casi di presunta infungibilità anche nel settore finanziario e assicurativo, o in quello delle poste e telecomunicazione, caratterizzato fino ad un recente passato da sistemi di esclusiva legale.

A ciò si aggiunga che, come osservato dalla Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, COM (2014) 38 final, in Italia il ricorso a procedure negoziate (soprattutto senza pubblicazione del bando) è più frequente della media: nel 2010 ha rappresentato il 14% del valore dei contratti, contro il 6% della media dell'Unione. In particolare l'analisi di impatto della regolazione che accompagna il d.lgs. 50/2016 ha evidenziato che: «la procedura di affidamento più diffusa (Tab.17) è quella negoziata senza previa pubblicazione del bando (26%), che tuttavia rappresenta solo il 16% in valore; la procedura negoziata senza previa indizione di gara è applicata per il 4% del valore, mentre la procedura ristretta senza previa pubblicazione di un bando detiene il 9,8% in valore; le forme di affidamento in economia detengono il 5,3% in valore; il 50% del valore degli appalti è affidato con procedura aperta. Ne risulta che oltre il 35% del valore degli appalti è affidato al di fuori di vere forme di pubblicità, atte a favorire la concorrenza e il mercato. Il 34% degli appalti in valore è affidato mediante concessione, accordo quadro, finanza di progetto. Si tratta di appalti di dimensioni medie elevate e di modalità di affidamento strutturalmente penalizzanti per le PMI».

---

[1] Non è stata riproposta la disciplina di cui all'art. 57, comma 5 del d.lgs. 163/2006, in materia di lavori e servizi complementari, in quanto tali fattispecie sono ora considerate come varianti.

[2] Analizzando i dati per codice CPV, si osserva che il 40% degli affidamenti ha un CPV con due digit uguale a 33 (Apparecchiature mediche, prodotti farmaceutici e per la cura personale). Si ricorda, peraltro, che il dato ottenuto potrebbe sottostimare il reale peso del settore sanitario, in quanto, in diversi casi, farmaci su cui è presente un brevetto sono comunque inseriti in lotti separati in procedure aperte o ristrette. Ciò, oltre a ridurre i costi di gestione per più affidamenti distinti, permette di verificare che non esistano effettivamente prodotti sostituti del principio attivo o imprese in grado di entrare nel mercato non appena il brevetto verrà a scadenza (al riguardo cfr. anche l'Indagine conoscitiva sulle gare per la fornitura di farmaci, realizzata dall'Autorità nell'aprile 2011).

[3] Oltre il 10% ha un CPV che inizia con 72 (Servizi informatici: consulenza, sviluppo di software, Internet e supporto) e poco meno del 4% con 48 (Pacchetti software e sistemi di informazione).

3. Obiettivi ed esiti attesi

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando costituisce una modalità eccezionale di affidamento in quanto la stessa comporta una deroga ai principi di concorrenza e parità di trattamento, conseguentemente il ricorso alla stessa è legittimo esclusivamente nelle ipotesi previste dal legislatore tra le quali sono annoverate le ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi che impongono l'affidamento del contratto ad un operatore economico determinato. Conseguentemente l'obiettivo delle linee guida è quello di fornire indicazioni puntuali alle stazioni appaltanti e agli operatori economici circa le condizioni che debbono verificarsi affinché si possa legittimamente fare ricorso alle deroghe previste per i casi di infungibilità di beni e servizi, alle procedure da seguire per l'accertamento di situazioni di infungibilità e agli accorgimenti che le stazioni appaltanti devono adottare per evitare di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del lock-in).

Le indicazioni fornite mirano nel breve periodo a richiamare le stazioni appaltanti al rispetto delle norme comunitarie e nazionali in materia di affidamenti di contratti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara al fine di evitare indebite e non consentite restrizioni della concorrenza. Queste ultime ostacolano l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, tutelate dal diritto comunitario, restringono l'accesso al mercato degli appalti pubblici per le imprese, specie quelle medio-piccole e possono favorire anche la produzione di fenomeni corruttivi. Per prevenire tali situazioni ed assicurare la più ampia apertura dei mercati assume particolare rilievo il richiamo a una corretta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni, nonché la verifica delle adeguate modalità di verifica delle possibilità offerte dal mercato per soddisfare gli stessi. Una corretta programmazione e progettazione degli acquisti, che tengano conto anche del ciclo di vita del prodotto, dovrebbero ridurre le ipotesi di ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando. Il corretto utilizzo della procedura *de qua* mira, inoltre, a ridurre il contenzioso relativo alle procedure di appalto, che pesa per circa il 9% del totale del contenzioso amministrativo di primo grado e per circa il 17% del totale del contenzioso in appello[4]

Nel lungo periodo l'Autorità auspica che grazie ai chiarimenti forniti il mercato possa diventare può virtuoso, contendibile e competitivo in quanto capace di riconoscere e prevenire la formazione di fenomeni di *lock-in*. Sotto tale punto di vista le Linee guida concorrono a dare concreta attuazione alla strategia Europa 2020, tesa, tra l'altro, a ottenere un miglior livello di concorrenza e una maggiore trasparenza nei mercati degli appalti pubblici.

4. Procedure di consultazione effettuate

Il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare la consultazione on-line relativa alle guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo dal 27 ottobre 2015 al 30 novembre 2015, sono pervenuti all'Autorità dieci contributi, di cui di cui sette da parte di stazioni appaltanti

[4] Relazione A.N.M.A., Stato e prospettive del contenzioso sugli appalti 2015.

(Banca d'Italia, Comune di Cagliari, Comune di Monemurlo, Regione Campania, Consip, Protezione Civile, Rai Way S.p.A.) uno da un operatore economico (Dicarlobus srl) due da altri soggetti (Federico Cozza e Studio legale Giurdanella & Parteners). Le osservazioni del Comune di Cagliari e della società Dicarlobus srl non sono state ritenute pertinenti con l'oggetto delle linee guida e, pertanto, non sono state trattate.

Il documento di consultazione è stato redatto tenendo conto del dettato normativo di cui al d.lgs. 163/2006, che disciplina la procedura negoziata senza pubblicazione del bando agli artt. 57 e 221, tuttavia, l'imminente recepimento delle direttive 23/2014/UE; 24/2014/UE; 25/2014/UE ha reso opportuno attendere l'emanazione del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di verificare la trasposizione delle predette disposizioni. Constatato che, per quanto qui rileva, il d.lgs. 50/2016 si pone in sostanziale continuità con il d.lgs. 163/2006, si è ritenuto di poter procedere all'adozione delle linee guida, previo aggiornamento dei riferimenti normativi in esse contenuti ed esame delle osservazioni pervenute alla luce del nuovo Codice.

Con parere interlocutorio n. 2284 del 3.11.2016 il Consiglio di Stato ha esaminato il testo delle predette guida, sottolineando, in via preliminare la necessità, prima della definitiva approvazione delle stesse, di reiterare, se del caso con un termine breve, la consultazione degli stakeholders in quanto la prima ha visto la partecipazione di dieci soggetti, a fronte di un tema che è di grande interesse pratico per un ben più ampio novero di stazioni appaltanti e operatori economici, e si è svolta sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006. Il Consiglio di Stato, inoltre, ha suggerito di acquisire elementi di conoscenza da parte dell'Autorità garante della concorrenza sul fenomeno del lock-in, in considerazione del fatto che quest'ultimo si traduce in una pratica restrittiva della concorrenza, e l'avviso dell'AGID, avuto riguardo alla circostanza che il fenomeno del lock-in si registra in larga misura nel settore dei servizi informatici.

L'Autorità ha provveduto a richiedere i predetti pareri e ha effettuato la nuova consultazione, richiedendo osservazioni in particolare sulle seguenti tematiche:

a) cause dell'infungibilità di un bene o di un servizio;
b) effetti del fenomeno del lock-in sulla concorrenza;
c) come prevenire il lock-in o uscire da esso in caso di forniture e servizi informatici e di obblighi legali di interoperabilità. Se sia possibile a tal fine, il passaggio dall'utilizzo di sistemi di telecomunicazione basati su tecnologie standard e non proprietarie nonché il ricorso all'affidamento c.d. multisourcing;
d) possibile utilizzo del criterio del ciclo della di vita del prodotto quale strumento per prevenire fenomeni di lock-in;
e) ricorso alla procedura negoziata. Si osserva al riguardo che in concreto si potrebbe determinare un ricorso abusivo alla procedura de qua, giustificato in ragione ora della natura complementare delle forniture (art. 63, comma 3, lett. b) ora della ripetizione di servizi analoghi (art. 63, comma 5) ora dall'assenza di concorrenza per motivi tecnici (art. 63, comma 2, lett. b) n.2). Di qui la necessità di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e, quindi, l'osservanza di quanto disposto dall'art. 29 del Codice;
f) effetti della programmazione e progettazione dell'acquisto di beni e servizi nel contrasto al lock-in e agli affidamenti diretti;
g) consultazioni preliminari di mercato.

Alla nuova consultazione hanno partecipato sei soggetti: due stazioni appaltanti (Azienda Ospedaliera regionale S. Carlo di Potenza, Consip); tra associazioni di categoria (Asmel Associazione, Fise Assoambiente, Conferemza dei Rettori delle Università Italiane); un soggetto privato (Carfagna Mario).

In data 15.12.2016 (prot. n. 186117) è pervenuto all'Autorità il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e successivamente e, successivamente, in data 6.04.2017 (prot. n. 50765) è pervenuto anche il parere dell'Agenzia per l'Italia Digitale.

L'Autorità ha quindi provveduto ad aggiornare il testo delle linee guida e della relativa relazione AIR alla luce delle osservazioni ricevute nel corso della seconda consultazione e dei predetti pareri. Il nuovo documento è stato inviato al Consiglio di Stato per un parere, il quale, nel parere n. 1708 del 19.07.2017, ha concluso: «Il testo delle nuove linee guida appare congruo con gli obiettivi perseguiti, assistito da appropriata consultazione e istruttoria, e non dà luogo a rilievi. Resta ferma la necessità di un monitoraggio successivo da parte dell'ANAC sulla osservanza, da parte delle stazioni appaltanti, di tali linee guida, e, più in generale, sul fenomeno delle procedure negoziate senza bando, anche alla luci di quanto sopra esposto, in ordine a quella che sembra essere, a prima lettura, una lievitazione in aumento di 5 miliardi del valore degli affidamenti senza gara dal 2014 al 2016».

5. Il contesto normativo comunitario e nazionale

L'art. 31 della direttiva 18/2004/CE e l'art. 68 d.lgs, 163/2006 prevedevano la possibilità di derogare alle normali procedure ad evidenza pubblica, mediante affidamenti con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, al ricorrere delle ipotesi ivi previste. La direttiva 18/2004/CE è stata abrogata dalla direttiva 2014/24/UE, che si inserisce insieme alle direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE, nell'ambito della strategia Europa 2020. «Gli appalti pubblici sono, dunque, a servizio delle politiche dell'UE, non solo per assicurare una maggiore efficienza della spesa pubblica per lavori, servizi e forniture, sempre più necessaria a fronte del contingentamento delle risorse finanziarie disponibili, ma anche di altre politiche pubbliche: l'innovazione, l'accesso al mercato e la crescita delle PMI, lo sviluppo della concorrenza, la tutela ambientale e la responsabilità sociale. (....) La visione strategica in cui si inseriscono le nuove direttive del 2014 in materia di appalti pubblici, il cui percorso di approvazione prende avvio con la comunicazione della Commissione 896 del 20 dicembre 2011, riflette l'obiettivo di promuovere un mercato sempre più sano e competitivo, aperto a tutte le imprese europee e, gradualmente, a quelle extra europee, dove concorrenza e accessibilità possano promuovere innovazione, nuove imprese, occupazione e crescita»[5].

Conseguentemente la direttiva 2014/24/UE (art.32) ammette la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza la preventiva pubblicazione del bando di gara, ma quest'ultima continua ad essere un'eccezione rispetto all'obbligo generale delle stazioni appaltanti di individuare il soggetto terzo con cui intendono contrarre attraverso un confronto concorrenziale. Ne deriva che i presupposti fissati dal legislatore per la sua ammissibilità debbono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva. In particolare tra i predetti presupposti è indicata anche

[5] Cfr. L'analisi di impatto della regolamentazione che accompagna il d.lgs, 50/2016 (Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione).

l'infungibilità di lavori, forniture o servizi (art. 32, paragrafo 2, lett. b) [6] e paragrafo 3 lett.b)[7]. Tale infungibilità deve derivare da situazioni concrete, che non dipendono da comportamenti di acquisto passati della stessa amministrazione o da clausole contenute nella *lex specialis* di gara, rispetto alle quali le stazioni appaltanti hanno un obbligo stringente di motivazione, dovendo indicare ad esempio le ragioni per le quali non sia possibile ricorrere a canali distributivi alternativi, anche esteri, o prendere in considerazione lavori, forniture o servizi comparabili dal punto di vista funzionale, con quelli coperti da privativa ovvero specificare rigorosamente le ragioni tecniche che giustificano l'esclusività (cfr. Considerando 50)[8].

Dalla lettura in combinato disposto dell'art. 32 e del Considerando 50 emerge che secondo il diritto comunitario la procedura in esame può essere utilizzata soltanto in situazioni eccezionali in quanto crea degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza. Più precisamente le stazioni appaltanti possono legittimamente ricorrere a essa quando la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, come accade quando un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte e le rappresentazioni artistiche, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'infungibilità può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale infungibilità possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di infungibilità non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto, come accade quando la concorrenza sia assente per motivi tecnici o per la presenza di diritti esclusivi, non derivanti da

---

[6] L'articolo 32, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/24/UE prevede: «b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

a) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
b) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
c) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto»

[7] L'articolo 32, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24/UE prevede: «nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligasse l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola generale, superare i tre anni»

[8] Più precisamente il II Considerando 50, direttiva 2014/24/UE, precisa che: «Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici che si avvalgono di questa eccezione dovrebbero indicare i motivi per cui non esistono soluzioni alternative o sostituibili praticabili quali il ricorso a canali di distribuzione alternativi anche al di fuori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o la possibilità di prendere in considerazione lavori, forniture e servizi comparabili dal punto di vista funzionale. Se la situazione di esclusività è dovuta a ragioni tecniche, queste dovrebbero essere rigorosamente definite e giustificate caso per caso. Potrebbe rientrarvi, ad esempio, il caso in cui sia tecnicamente quasi impossibile che un altro operatore economico consegua i risultati richiesti o la necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui solo un unico operatore economico dispone. Le ragioni tecniche 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»

limitazioni artificiali dei parametri dell'appalto, o quando il cambio del fornitore impone all'amministrazione la scelta di soluzioni che comportano incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. Quest'ultima rappresenta, però, una deroga che non può essere ripetuta all'infinito. Si deve, infine, osservare che il successivo art. 42, nel disciplinare le specifiche tecniche, ha introdotto la previsione per cui queste ultime possono altresì indicare se sarà richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale.

Il d.lgs. 50/2016, che ha recepito le direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/EU, 2014/25/UE, ha previsto che è possibile utilizzare la procedura in esame, per quanto qui rileva:

- ✓ per lavori, forniture o servizi, quando possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico in considerazione dello scopo dell'appalto, consistente nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica o a causa dell'assenza di concorrenza per motivi tecnici o a causa della necessità di tutelare diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, purché non esistano altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto (art. 63,comma 2, lett. b)[9];
- ✓ per forniture, nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni (art. 63, comma 3, lett. b);
- ✓ per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta (art. 63, comma 5)[10].

---

[9] Per diritto esclusivo si intende: «il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività» (art. 3, lett. III, d.lgs. 50/2016); per diritto speciale si intende: «il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività; Per diritto esclusivo si intende il diritto costituito per legge, regolamento o provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare ad uno o più soggetti l'esercizio di una certa attività» (art. 3, lett. mmm, d.lgs. 50/2016).

[10] In tal caso il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati e la possibilità di avvalersi della procedura in esame deve essere indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

Il testo previgente del d.lgs. 163/2006 prevedeva «per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il

Va, tuttavia, precisato al riguardo che le ragioni di natura tecnica non possono tout court giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, atteso che secondo l'art. 68 del d.lgs. 50/2016 le stazioni appaltanti devono indicare nei bandi le specifiche tecniche che definiscono le caratteristiche dei lavori, forniture o servizi che si intende acquisire, al fine di consentire la più ampia partecipazione alle procedure. Tali caratteristiche, infatti, debbono essere fissate in termini di requisiti funzionali e debbono consentire pari accesso agli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non debbono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, mediante la previsione di specifiche tecniche che di fatto favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche del bene, del servizio o del lavoro abitualmente offerti da quest'ultimo. Ne consegue che «a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione o "equivalente"» (comma 6 dell'art. 68).

Dalla lettura dell'articolato in esame si ricava che per prevenire fenomeni di *lock-in* i bandi di gara e i successivi contratti non possono derogare alle norme sulle specifiche tecniche contenute nell'art. 68, come definite dal punto 1 dell'Allegato XIII del Codice.

6. I pareri ricevuti, le osservazioni pervenute e le opzioni seguite

Nel documento di consultazione l'Autorità ha innanzitutto precisato la nozione di infungibilità ed esclusività, chiarendo che i due termini non sono sinonimi in quanto l'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. In altri termini, un bene può essere fungibile a un altro soggetto a privativa industriale, in quanto permette di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo. Un bene o servizio può essere infungibile, anche se non vi è alcun brevetto sullo stesso.

Successivamente ha analizzato le possibili cause dell'infungibilità, osservando, in particolare che l'infungibilità, nata a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico è conosciuta nella letteratura economica e antitrust con il termine di lock-in. In generale un effetto lock-in può derivare da una pluralità di ragioni, che devono quindi essere analizzate caso per caso, conseguentemente il documento di consultazione, oltre ad indicare le modalità con cui le stazioni appaltanti devono affrontare – nelle procedure di gara - presunte situazioni di infungibilità, indica come prevenire situazioni di infungibilità e/o lock-in, almeno per i casi più comuni.

Infine l'Autorità ha chiarito l'ambito del legittimo ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara nel caso in cui l'affidamento abbia ad oggetto beni e/o servizi ritenuti infungibili ed ha suggerito come poter superare in tal caso fenomeni di lock in.

---

valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale» (art. 57, comma 5, lett. a).

Le osservazioni pervenute durante la consultazione hanno evidenziato in generale la necessità di approfondire le seguenti tematiche:

1. infungibilità tecnica del servizio di manutenzione;
2. modalità di interloquire con il mercato al fine di accertare l'eventuale infungibilità di un bene o di un servizio e la presenza di operatori economici capaci di fornirlo;
3. previsione di un'adeguata programmazione;
4. condizioni che giustificano il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di gara;
5. elementi che caratterizzano e differenziano le consultazioni di mercato dall'indagine di mercato.

Non sono state accolte le osservazioni che, pur essendo pertinenti alla tematiche sopra evidenziate, attengono in realtà ad applicazioni specifiche delle stesse e non a questioni di carattere generale.

6.1 *I pareri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Agenzia per l'Italia Digitale*

Sul tema del ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato con parere espresso ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 ha stigmatizzato la prassi di alcune amministrazioni di derogare con eccessiva leggerezza al principio dell'evidenza pubblica, estendendo ingiustificatamente l'ambito di applicazione dell'abrogato art. 57 del D.lgs. n. 163/2006 ora trasfuso, con qualche modifica, nel testo dell'art. 63 del D.lgs. n. 50/2016. L'esperienza maturata da tale Autorità ha, infatti, evidenziato situazioni in cui il più delle volte la distorsione della concorrenza è riconducibile alla condotta delle stesse amministrazioni che, utilizzando motivazioni apodittiche e lacunose per giustificare la necessità tecnica o economica della deroga, manifestano una precisa volontà di negoziare direttamente con il fornitore storico. Conseguentemente ha ritenuto apprezzabile l'attenzione posta dal documento di consultazione non soltanto all'onere motivazionale delle amministrazioni ma anche alle relative fasi di programmazione e progettazione. Sotto tale profilo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sottolineato la rilevanza degli *aftermarket* sull'economia generale del contratto; ha rilevato, inoltre, l'opportunità che il confronto competitivo abbia ad oggetto l'intero ciclo di vita del prodotto, considerando anche gli eventuali *switching cost* che l'amministrazione dovrebbe sostenere, nell'ipotesi in cui decidessi di bandire una nuova gara alla scadenza del contratto e risultasse aggiudicatario un diverso operatore ed ha osservato gli effetti positivi e negativi di un approccio *multi-sourcing*.

L'ANAC ha condiviso le opzioni indicate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed ha, pertanto, conformemente integrato le indicazioni fornite al mercato.

Sul tema della prevenzione dei fenomeni del *lock-in* e delle possibili soluzioni per uscirne, l'Agenzia per l'Italia Digitale ha fornito utili elementi analizzando la problematica in esame in caso di forniture e servizi informatici. In particolare l'AGID ha confermato la centralità di un'adeguata fase di progettazione, che impone un'analisi di fattibilità, prevedendone il contenuto minimo; ha indicato un insieme articolato di interventi e misure, che possono costituire una buona strategia per evitare di incorrere in una condizione di lock-in e per superarla. In tale ambito l'AGID ha sottolineato

l'importanza di promuovere l'uso di standard nelle gare d'appalto ed ha suggerito il contenuto di alcune clausole che potrebbero essere inserite nei capitolati di gara.

L'ANAC ha condiviso le predette opzioni e le ha declinate nel documento assunto. L'Autorità, invece, non ha ritenuto opportuno introdurre strumenti di graduazione dell'attuazione delle misure indicate, in considerazione del carattere non vincolante delle stesse. Parimenti non ha ritenuto di ampliare il riferimento al pre-commercial procurement, in quanto esula dallo scopo delle presenti linee guida e sul punto l'Autorità è già intervenuti con il Comunicato del Presidente del 9 marzo 2016.

6.1 Accertamento infungibilità e consultazioni preliminari di mercato

Rai Way spa CONSIP, Federico Cozza, Studio legale Giudanella & Parteners hanno rilevato la necessità di compiere analisi di mercato per escludere o determinare l'infungibilità del bene o del servizio.

In particolare **Rai Way** ha osservato che non vi sono specifiche disposizioni che regolano le modalità di svolgimento delle indagini di mercato, i cui esiti spiegano utili effetti per il riscontro dei prezzi soprattutto in quei settori merceologici che sfuggono alle categorie Consip e ai dati ricavabili dal sistema Acquisti in rete. In tale ambito secondo Rai Way, potrebbe assumere un qualche significato estendere, anche attraverso i preannunciati poteri regolamentari di soft law attribuiti all'ANAC, la previsione di cui all'art. articolo 40 della direttiva 2014/24/UE a tutte le ipotesi in cui una stazione appaltante ravvisi i presupposti per il ricorso ad una procedura negoziata senza pubblicata del bando (ad eccezione delle infungibilità "assolute" quali brevetti e privative industriali) mediante preventiva pubblicazione dell'informativa nel portale Acquisti in rete in una sezione "ricerche di mercato", all'interno della quale le stazioni appaltanti possano esporre le ragioni dell'infungibilità tecnica, con esternazione erga omnes, e facilitando così la conoscenza di esse a vantaggio degli operatori in grado di offrire il prodotto o servizio divisato indicandone le condizioni economiche e permettendo anche la diffusione dei loro esiti per tutti i benefici che ne possano discendere per i riconnessi utili effetti per il riscontro dei prezzi.

Rai Way ha osservato, inoltre, che il considerando 50 della direttiva 2014/24/UE contempla diverse cause le quali possono generare quella situazione di esclusività che consente l'affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando. In particolare si tratta: a) della "quasi impossibilità tecnica" che un altro operatore consegua i risultati richiesti; b) della "necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui un solo operatore economico dispone"; c) dei "requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei servizi, dei lavori e delle forniture da appaltare".

Sul punto a) la società ritiene che il "quasi" relativizza e rende opinabile l'impossibilità, dovendo quest'ultima essere prospettata a monte, cioè prima dell'affidamento per poterlo giustificare, rimettendo la valutazione alla stazione appaltante (appunto "richiedente") che ne darà congrua motivazione. Si pone, peraltro, il problema del "se" nella valutazione dei "risultati richiesti" debba rientrare anche la valutazione economica del costo per raggiungerli. Sul punto b) la società ritiene che tale previsione non si riduca ai casi di brevetto e privativa industriale. Sarebbe stato, infatti, agevole per il normatore comunitario fare riferimento alle suddette fattispecie caratterizzate da diritti di esclusiva. Avendo, invece, utilizzato espressioni estese come "conoscenze, strumenti o mezzi specifici", deve ritenersi che

abbia inteso far riferimento anche a situazioni fattuali diverse dalla privativa giuridica. Sul punto c) la società ha osservato che in genere solo l'operatore che ha costruito e reso attivi i sistemi tecnici principali nella maggioranza dei casi possiede gli apparati e le conoscenze tecniche per assicurare l'interoperabilità di un nuovo sistema da collegare ai precedenti. Conseguentemente, l'interoperabilità, ed i costi connessi alla sostituzione dell'intero sistema, si pongono come la principale ragione del lock in. Inoltre, secondo la società, tanto maggiore è la durata nel tempo del bene, tanto più risulterebbe inevitabile l'acquisto di sistemi interoperabili dal solo operatore in grado di fornirli, non essendo possibile imporre alle stazioni appaltanti il ricambio di sistemi complessi che ancora funzionano bene e sono efficienti, ancorché siano trascorsi anni dall'entrata in esercizio, soprattutto laddove il costo del ricambio integrale sia molto elevato e non sostenibile con le risorse rese disponibili.

CONSIP ha chiesto di precisare le forme di pubblicità da adottare per la consultazione del mercato; il dettaglio di informazioni da mettere a disposizione sul proprio fabbisogno; il rilievo, ai fini della infungibilità, dell'integrale copertura delle funzionalità attese ovvero solo di talune principali (fermo restando che le rimanenti verrebbero comunque richieste in una successiva gara ad evidenza pubblica); la possibilità o meno di dare seguito a prove funzionali sui prodotti; il fattore tempo come discrimine tra un prodotto/servizio immediatamente pronto all'uso e altro disponibile solo dopo che l'operatore economico abbia implementato tutte le funzionalità. In particolare nel corso della seconda consultazione Consip ha chiesto di precisare gli elementi che differenziano l'indagine di mercato dalle consultazioni di mercato; di invitare le Amministrazioni qualora emerga l'esistenza di privative industriali (esclusiva), a valutare le possibili alternative che permettano di soddisfare il medesimo bisogno; di chiarire che l'assenza di concorrenza per motivi tecnici non esclude, di per sé, che il medesimo bene/servizio possa essere commercializzato e/o distribuito da una pluralità di operatori economici, di talché le due fattispecie finiscono, sovente, per costituire condizioni indefettibili e non alternative tra loro ai fini di integrare i presupposti per legittimamente ricorrere alle procedure negoziate. Consip, infine, ha reputato opportuno che Autorità ribadisca la sussistenza in capo all'Amministrazione di uno stringente onere motivazionale relativamente a ciascuno dei precedenti passaggi procedimentali, anche ai fini dello scrutinio di legittimità dell'agire amministrativo.

Federico Cozza ha chiesto di precisare se le stazioni appaltanti possono utilizzare per le consultazioni di mercato l'"avviso volontario per la trasparenza preventiva" di cui all'art. 79 bis D.Lgs. 163/2006; se la pubblicazione di tale avviso in questo caso possa precedere l'atto di affidamento dell'appalto da parte della stazione appaltante o debba invece seguirlo, come previsto nell'art. 79 bis ovvero nel caso in cui si ritenga non legittimo l'utilizzo a questo fine di tale istituto, quale sia la corretta forma di pubblicità utilizzabile per effettuare indagini di mercato su scala comunitaria.

Analoga richiesta è pervenuta da **Asmel Associazione**, secondo cui le linee guida potrebbero prevedere che le Stazioni appaltanti debbano procedere alla pubblicazione di un apposito avviso volontario per la trasparenza preventiva qualora intendano affidare un contratto di appalto, con procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara, utilizzando il formato stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CE e di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CE.

L'Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza ha osservato che nell'ambito del servizio di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali si riscontrano due diverse posizioni aziendali:

quella amministrativa, tesa a garantire la concorrenza in ogni commessa pubblica, e quella tecnica propria dell'ingegneria clinica, che ritiene indispensabile il ricorso al fabbricante per garantire la sicurezza e la salute degli operatori e, soprattutto, dei pazienti. Secondo l'Azienda le indagini pre-affidamento non risultano utili a eliminare i dubbi circa l'infungibilità del servizio, essendo le manifestazioni di interesse quasi sempre avanzate da ditte titolari di contratti di global sulle manutenzioni delle apparecchiature elettromedicali, che ricorrono (certamente per le alte tecnologie) ai fabbricanti delle stesse in forme di subappalto spesso non autorizzato in quanto eccedente i limiti di norma. Conseguentemente appare, necessario che le linee guida forniscano alle Amministrazioni utili ed inequivocabili indirizzi per evitare che la scelta di un operatore economico individuato mediante gara - non aderendo alla contraria posizione degli ingegneri clinici e, spesso, dei sanitari - si traduca in un'assunzione di responsabilità del funzionario amministrativo (incompetente in materia) potenzialmente gravi in caso di diagnosi errate e/o danni alle persone addebitabili a non perfetta manutenzione delle tecnologie elettromedicali.

Opzione scelta

L'Autorità in accoglimento delle predette opzioni ha inserito nelle linee guida un apposito paragrafo, in cui ha indicato alle stazioni appaltanti cosa fare per accertare preventivamente il requisito dell'infungibilità.

Circa le consultazioni preliminari di mercato l'Autorità ha osservato che le stesse sono state disciplinate dal d.lgs. 50/2016 (art. 66), conseguentemente non ha ritenuto utile il riferimento alla disciplina dettata dall'art. 79 bis d.lgs. 163/2006, trasfuso nell'art. 70 del d.lgs. 50/2016, la cui finalità è quella di garantire una trasparenza preventiva delle procedure e non quella di interloquire con il mercato superando eventuali asimmetrie informative. È bene precisare in questa sede anche gli elementi che differenziano le indagini di mercato dalle consultazioni preliminari di mercato. Si tratta di due strumenti distinti previsti rispettivamente dagli artt. 36 e 66 d.lgs. 50/2016. Le prime sono funzionali ad individuare gli operatori economici che la stazione appaltante deve consultare, se intende procedere mediante procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) e c) e trovano la propria disciplina di dettaglio nelle guida n. 4 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" adottate dall'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, a cui si rinvia. Le consultazioni preliminari di mercato, invece, sono concepite come strumento per acquisire informazioni utili, al fine di preparare la procedura di affidamento e contemporaneamente per comunicare agli operatori economici gli appalti programmati e i relativi requisiti.

In considerazione del carattere generale delle indicazioni fornite, l'Autorità non ha ritenuto opportuno accogliere l'opzione dell'Azienda Ospedaliera in quanto quest'ultima, a ben vedere, concerne problematiche specifiche legate all'acquisto di apparecchiature elettromedicali, che non possono essere risolte nel contesto in esame.

6.3 Previsione di un'adeguata programmazione

Lo **Studio legale Giudanella & Parteners** ha sottolineato la necessità di richiedere alle stazioni appaltanti di svolgere un'adeguata programmazione al fine di evitare indebite restrizioni della

concorrenza e un'ingente spesa per la P.A. Difatti la mancanza di programmazione viola il principio di buon andamento ex. art. 97 Cost. e inoltre viola i principi di trasparenza, pubblicità, certezza del diritto, libera concorrenza ed economicità della P.A. Secondo lo studio l'obbligo di programmazione triennale, anche in materia di appalti servizi e forniture, in attesa di uno specifico e auspicato intervento normativo, deve ritenersi già gravante sull'amministrazione, nel caso in cui essa intenda avvalersi del sistema derogatorio previsto dall'art. 57. E dunque, in assenza di prova dell'esistenza di precedenti atti di programmazione, la stazione appaltante non potrà legittimamente procedere ad acquisti con procedura negoziata senza bando.

Anche la **Regione Campania** e **CONSIP** hanno sottolineano l'importanza di un'adeguata programmazione, ai fini della determinazione dell'infungibilità del bene. In particolare CONSIP spa ha chiesto di illustrare l'iter procedimentale da seguire, dando innanzitutto rilievo alla fase di definizione del fabbisogno (programmazione e pianificazione, per il tramite di indagini di mercato), per poi descrivere le distinte fattispecie di cui all'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016. A tal fine, l'Autorità dovrebbe indirizzare le Amministrazioni su come individuare correttamente il fabbisogno e prevenire fenomeni di lock-in salvaguardando, al contempo, l'interoperabilità dei sistemi e gli investimenti fatti.

Opzione scelta

L'Autorità in accoglimento delle predette osservazioni ha inserito nelle linee guida un apposito paragrafo relativo non solo alla programmazione ma, anche alla progettazione, dell'acquisto di beni e servizi. In tale contesto ha indicato i nuovi obblighi normativi in materia di programmazione e progettazione ed ha sottolineato come queste ultime debbano tener conto del ciclo di vita di un prodotto.

6.3 Condizioni che giustificano il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di gara

Banca d'Italia ha richiesto un approfondimento circa la nozione di requisiti specifici di interoperabilità, facendo presente che la scelta di uno specifico fornitore senza gara potrebbe essere legata all'attuazione di strategie decise a livello internazionale per la realizzazione di piattaforme comuni. La stessa, inoltre, ha chiesto di precisare la procedura da utilizzare nel caso in cui, attraverso un'indagine di mercato effettuata e documentata con le modalità suggerite nel documento, sia stata accertata l'esistenza di un vincolo tecnico che impone la scelta di un determinato bene/servizio. Qualora il bene/servizio in questione sia offerto da una pluralità di fornitori (rivenditori autorizzati dal produttore della tecnologia individuata), non è chiara la procedura da attivare: un'eventuale procedura aperta o ristretta, riservata ai rivenditori, si scontrerebbe con il comma 13 dell'art. 68 d.lgs. 163/2006, così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente e dalla stessa ANAC; d'altra parte, secondo Banca d'Italia, la procedura negoziata ex articolo 57, comma 2, lett.b) d.lgs. 163/2006 presuppone l'esistenza di un unico fornitore. Le procedure negoziate con più fornitori (ove applicabili) sconterebbero invece la difficoltà di individuare i criteri con cui selezionare gli operatori di mercato da invitare.

Federici Cozza ha chiesto di precisare: a) che una stazione appaltante, che abbia correttamente verificato e accertato - in un preciso contesto operativo e temporale - l'infungibilità di un determinato prodotto, è comunque tenuta a verificare anche (se non già fatto contestualmente alla verifica dell'infungibilità) la presenza sul mercato di più operatori economici in grado di fornire il prodotto infungibile. È, infatti, comune il ricorso all'affidamento diretto a un determinato operatore economico,

ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. b), d.lgs. 163/2006 giustificato sulla sola base dell'infungibilità del prodotto, pur in presenza di altri operatori economici in grado di fornire il medesimo prodotto infungibile; b) di approfondire il concetto di "lock in" al di fuori dei confini del settore ICT, prevedendo l'opportunità di valorizzare, nei bandi di gara, soluzioni "aperte" anche dal punto di vista dei materiali di consumo e dell'assistenza tecnica, accennando con l'occasione – eventualmente con rimandi a normativa di settore, non di competenza diretta dell'Autorità ma con evidente ricaduta sulle questioni qui dibattute - anche a quale sia, nel merito, l'effettivo livello di autonomia delle stazioni appaltanti rispetto alle condizioni imposte dal produttore: può una stazione appaltante che abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico ad effettuare l'assistenza tecnica - rivolgersi ad un altro operatore economico che dimostri di possedere i requisiti tecnici per effettuare la medesima assistenza? Può una stazione appaltante utilizzare per un'apparecchiatura materiali di consumo "compatibili", se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull'apparecchiatura in questione ma il produttore dell'apparecchiatura dichiara nel manuale d'uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali "originali"?

Protezione Civile ha chiesto all'l'Autorità di valutare la compatibilità del documento di consultazione con l'approccio dalla stessa seguito in merito alla realizzazione e successiva gestione di reti nazionali di misura di parametri ambientali.

CONSIP ha chiesto dei chiarimenti in merito alla possibilità di vietare, sin dalla fase di presentazione delle offerte, l'utilizzo di prodotti con caratteristiche proprietarie e non sostituibili con altri prodotti; se il pericolo del lock-in si configura, indistintamente, sul sistema nella sua interezza o, diversamente, si atteggia, con maggiore o minore intensità, rispetto a singole componenti del sistema informativo ed ha osservato che, sebbene, l'Autorità suggerisca, per evitare situazioni di lock-in, di operare in ragione di standard, un'iniziativa orientata ad uno standard invece che ad uno specifico marchio non impedisce necessariamente l'insorgere di tale fenomeno. La società, inoltre, ha chiesto dei chiarimenti circa la modalità da seguire nel caso in cui i costruttori affianchino gli standard con caratteristiche proprietarie (ad es. i centralini telefonici di fornitori diversi riescono ad interagire ma solo per quanto riguarda le funzionalità di base; quelle evolute rimangono generalmente escluse).

Il **Comune di Monemurlo** ha osservato che il documento di consultazione tratta soltanto gli affidamenti ICT (15% degli affidamenti per procedura negoziata senza bando su base nazionale), pur facendo menzione nelle premesse ad appalti nel settore sanitario (40%), riparazioni e manutenzioni, rifiuti, servizi ricreativi e culturali, servizi per le imprese, servizi finanziari e assicurativi, postali e di telecomunicazione. Il medesimo Ente, inoltre, ha mosso osservazioni in merito alla programmazione e motivazione dell'affidamento dei servizi alla persona.

Con specifico riferimento al settore dell'ICT il Comune ha chiesto di (i) ribadire che l'affidamento debba sempre consentire l'indizione di gara o procedura selettiva, vietando l'acquisto di prodotti realizzati da una sola ditta (privativa industriale); (ii) imporre alla ditta fornitrice precisi obblighi contrattuali che riguardino l'intera vita del prodotto, comprendendo l'interoperabilità della procedura, le modalità di riutilizzo dei dati, le condizioni di uscita nel caso in cui si renda necessario passare ad un nuovo prodotto: ogni procedura dovrebbe essere facilmente modificabile, installabile su ogni piattaforma ed aggiornabile e i dati dovrebbero essere sempre recuperabili in un formato standard, secondo quanto prescrive la conservazione digitale); (iii) prevedere clausole contrattuali che indichino una durata temporale del contratto, idonea ai fini della rimuneratività del fornitore ma anche alla

valutazione obiettiva del prodotto da parte dell'Ente durante il periodo di utilizzo, considerandone costi e benefici

Opzione scelta

L'Autorità ha già indicato nel documento di consultazione che spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare, dandone adeguata ed idonea motivazione nella determina a contrarre. La stazione appaltante, inoltre, non può accontentarsi di eventuali dichiarazioni presentate dal fornitore, riguardanti l'infungibilità del bene, ma deve verificare nel caso di specie l'impossibilità effettiva a ricorrere a fornitori o a soluzioni alternative attraverso indagini di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati esteri. In considerazione delle osservazioni sopra svolte l'Autorità ha precisato nelle linee guida che la stazione appaltante deve valutare se ricorrono i presupposti per l'utilizzo della procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016 nel caso in cui la stessa abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico a effettuare l'assistenza tecnica – ma vi siano altri operatori economici che dimostrano di possedere i requisiti tecnici necessari per effettuare la medesima assistenza ovvero nel caso in cui possa utilizzare materiali di consumo "compatibili", se il produttore di questi ultimi certifica che sono utilizzabili sull'apparecchiatura in questione. In tali ipotesi, infatti, sarebbe astrattamente possibile per l'amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma stante le dichiarazioni del produttore, non è detto che la stessa otterrebbe il medesimo grado di qualità delle prestazioni; tuttavia l'eventuale minor qualità potrebbe essere compensata da un costo più basso.

Nel documento di consultazione l'Autorità ha già indicato che attraverso le consultazioni preliminari di mercato la stazione appaltante viene a conoscere se determinati beni o servizi hanno un mercato di riferimento, le condizioni di prezzo mediamente praticate, le soluzioni tecniche disponibili, l'effettiva esistenza di più operatori economici potenzialmente interessati alla produzione e/o distribuzione dei beni o servizi in questione. Ciò posto, in considerazione delle predette osservazioni, l'Autorità ha ritenuto opportuno integrare le linee guide precisando che nell'ipotesi in cui particolari standard tecnici siano imposti, ad esempio, da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali ovvero da ragioni di sicurezza nazionale o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti standard, la stazione appaltante non può utilizzare la procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico), ma deve far ricorso ad una delle procedure di cui all'art. 59 d.lgs. 50/2016, osservando quanto disposto dall'art. 68, comma 6, d.lgs. 50/2016 in merito alle specifiche tecniche da richiedere. Di contro, quando il rispetto di particolari vincoli imposti dal legislatore nazionale o comunitario o da accordi internazionale, determina l'impossibilità di rivolgersi a più fornitori, allora la stazione appaltante potrà utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.

L'Autorità non ha accolto le osservazioni del Comune in merito all'ampliamento dell'oggetto delle linee guida in quanto l'Autorità o già si è pronunciata sulle tematiche indicate (ad esempio Determinazione n. 32 del 20.01.2016 recante linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali; Determinazione n. 7 del 28.04.2015, recante linee guida per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli immobili; Determinazione n. 3 del 09.12.2014, recante linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali; documento di consultazione recante linee guida operative e clausole-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi) o valuterà di

pronunciarsi dopo l'avvenuto consolidamento del recepimento delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Neppure ha accolto le osservazioni relative al settore dell'ICT in quanto la prima è a ben vedere in contrasto con il dettato normativo, che consente l'acquisto di prodotti forniti unicamente da un determinato operatore economico (art. 63, comma 2, lett.b) d.lgs. 50/2016); la seconda e la terza riguardano in realtà aspetti già trattati nel documento di consultazione e ribaditi nelle linee guida nel senso indicato dal Comune.