



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

RELAZIONE AIR

Linee guida per il ricorso a procedure negoziate

senza previa pubblicazione di un bando

nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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 quanto riportato nell'ultima Relazione annuale, nel 2014 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ammontano a circa 15 miliardi di euro. Questo dato 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, di cui all'art. 122, e le ulteriori fattispecie previste dall'art. 57 (o dall'art. 221) per le quali la stazione appaltante deve invitare almeno tre operatori.

Da un'analisi dei giustificativi per il ricorso ad affidamenti senza previa pubblicazione di un bando di gara, presenti nella banca-dati dell'Autorità, emerge che oltre il 50% degli affidamenti relativi a presunti casi di infungibilità riguarda le forniture, circa il 40% i servizi e meno del 10% i lavori. Oltre il 40% degli affidamenti complessivi è relativo al settore sanitario¹, oltre il 15% al settore informatico², una quota non trascurabile attiene ai servizi di riparazione e manutenzione³; 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

¹ 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 sostituiti 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).

² Poco meno dell'11% ha un CPV che inizia con 72 (Servizi informatici: consulenza, sviluppo di software, Internet e supporto) e poco meno del 5% con 48 (Pacchetti software e sistemi di informazione).

³ CPV 50.

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 legale⁴. L'Autorità ha inoltre potuto constatare l'esistenza di una relazione tra la diffuse criticità riscontrate in fase di programmazione e progettazione ed il ricorso alla procedura negoziata oltre i limiti consentiti dal legislatore.

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 (Tab.18). Si tratta di appalti di dimensioni medie elevate e di modalità di affidamento strutturalmente penalizzanti per le PMI».

3. Obiettivi ed esiti attesi delle linee guida

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 con le linee guida 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

⁴ Per quanto concerne il settore postale, l'Autorità ha emanato la Determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, volta a garantire, tra l'altro, una maggiore concorrenza in questo settore.

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 appello⁵

Nel lungo periodo l'Autorità auspica che grazie ai chiarimenti forniti dalle linee guida il mercato possa diventare più 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 linee 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 (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.

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,

⁵ Relazione A.N.M.A., Stato e prospettive del contenzioso sugli appalti 2015.

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»⁶.

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 l'infungibilità di lavori, forniture o servizi (art. 32, paragrafo 2, lett. b)⁷ e paragrafo 3 lett.b)⁸. 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)⁹.

⁶ Cfr. L'analisi di impatto della regolamentazione che accompagna il d.lgs, 50/2016 (Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione).

⁷ 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»

⁸ 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»

⁹ Più precisamente il 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

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 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)¹⁰;
- ✓ 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

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»

¹⁰ 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).

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)¹¹.

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. Le osservazioni pervenute e le scelte operate

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

¹¹ 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 impreveduta, 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 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).

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 ed ha suggerito come poter superare fenomeni di lock in.

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

1. 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;
2. previsione di un'adeguata programmazione;
3. condizioni che giustificano il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di gara.

6.1 Accertamento infungibilità e consultazioni preliminari di mercato

Rai Way spa CONSIP, Federico Cozza, Studio legale Giudanella & Partners 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 pubblicazione 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 spa 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 discriminante tra un prodotto/servizio immediatamente pronto all'uso e altro disponibile solo dopo che l'operatore economico abbia implementato tutte le funzionalità. **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.

Opzione scelta

L'Autorità in accoglimento delle predette osservazioni ha inserito nelle linee guida un apposito paragrafo, in cui ha indicato alle stazioni appaltanti cosa fare per accertare preventivamente il requisito dell'infungibilità. Quanto alle modalità operative per procedere a tali consultazioni l'Autorità ha osservato che le stesse sono state definite dal d.lgs. 50/2016 (art. 66), conseguentemente non si è 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 quello di fare ricerca sul mercato superando eventuali asimmetrie informative.

6.2 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 sottolineato l'importanza di un'adeguata programmazione, ai fini della determinazione dell'infungibilità del bene.

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'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 spa 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 attegga, 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 remuneratività 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 guida 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.