

Numero 01708/2017 e data 19/07/2017 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2017

NUMERO AFFARE 01887/2016

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Linee guida dell'ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili;

LA SEZIONE

Vista la nota n. 0130648 dell'8 settembre 2016 e la nota n. 0143318 del 3 ottobre 2016 con cui il Presidente dell'ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sulle linee guida relative alle procedure negoziate senza bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili;

Visto il parere interlocutorio della Sezione reso da apposita commissione speciale nell'adunanza del 26 ottobre 2016 (affare n. 1887/2016; 8 novembre 2016 n. 2284 data e numero di spedizione);

Vista la nota n. 0083518 del 21 giugno 2017 con cui il Presidente dell'ANAC ha trasmesso il nuovo testo delle linee guida in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, presidente Rosanna De Nictolis;

PREMESSO E CONSIDERATO

1. Sono all'esame di questo Consesso le linee guida dell'ANAC *“per il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili”*.

1.1. Le stesse sono pervenute una prima volta, corredate di due lettere di accompagnamento del Presidente dell'ANAC (in data 3 ottobre 2016 e in data 8 settembre 2016), dell'AIR e dei contributi pervenuti all'ANAC a seguito della consultazione pubblica che ha preceduto l'elaborazione delle linee guida.

La bozza originaria era il frutto di un procedimento avviato nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, per il quale la consultazione pubblica si era svolta dal 27 ottobre 2015 al 30 novembre 2015, sulla base di un documento di consultazione predisposto tenendo conto dei previgenti artt. 57 e 221, d.lgs. n. 163/2006.

1.2. Con il parere interlocutorio reso nell'adunanza del 26 ottobre 2016, questo Consesso aveva osservato che le linee guida trasmesse si basavano su una consultazione degli *stakeholders* non più attuale perché svoltasi un anno prima, nel vigore del codice dei contratti pubblici del 2006, e peraltro con la partecipazione di soli 10 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 che anche l'AIR non era attuale, riportando dati riferiti al 2014 e per di più aggregati, e non tenendo conto del nuovo codice dei contratti pubblici. Si evidenziava in tale parere il mutamento di contesto, sia sotto il profilo che la procedura negoziata in caso di esecutore infungibile è disciplinata in termini più stringenti nel nuovo codice rispetto al previgente, sia sotto il profilo del diverso ruolo delle linee guida dell'ANAC secondo i due codici del 2006 e del 2016.

Si invitava pertanto l'ANAC a rinnovare la consultazione degli *stakeholders* e ad

aggiornare l'AIR, evidenziando l'utilità di acquisire il parere, facoltativo, dell'AGID e dell'AGCM. Si formulavano comunque alcune osservazioni sul testo trasmesso.

1.3. Nella nota di trasmissione delle nuove linee guida, a firma del Presidente dell'ANAC, si evidenzia che a seguito del parere interlocutorio del Consiglio di Stato l'ANAC ha avviato una nuova consultazione degli *stakeholders* e ha chiesto il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), i cui suggerimenti sono stati inseriti nelle linee guida.

Inoltre l'AIR, che in precedenza riportava dati del 2014, è stata aggiornata con i dati del 2016.

2. Oggetto delle linee guida in esame sono le procedure negoziate senza bando di cui all'art. 63, codice dei contratti pubblici, limitatamente al caso di "esecutore infungibile".

Come già osservato dal precedente parere interlocutorio, in relazione all'affidamento diretto in caso di esecutore "infungibile", il nuovo art. 63, rispetto al previgente art. 57, fissa requisiti più stringenti. Non basta invocare ragioni di natura tecnica o afferenti la tutela di diritti di proprietà intellettuale, occorre anche che sia comprovato che *"non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto"*.

Inoltre la procedura negoziata senza bando si inserisce ora in un contesto normativo complessivo profondamente mutato.

Le stesse linee guida affrontano il tema dell'affidamento diretto a esecutore "infungibile" tenendo conto non solo dell'art. 63 codice, ma di altri, e nuovi istituti, quali "la programmazione per servizi e forniture", "le consultazioni preliminari di mercato", le nuove regole in tema di progettazione, il criterio del

costo del ciclo di vita nell'affidamento dell'appalto.

2.1. Più in dettaglio, le linee guida riguardano le seguenti ipotesi contemplate nell'art. 63:

- comma 2, lett. b) (esecutore determinato per ragioni di natura tecnica, artistica, o di privative);
- comma 3, lett. b) (forniture complementari);
- comma 5 (servizi analoghi).

3. La ragione dell'intervento regolatorio è la constatazione che nella prassi - secondo quanto emerge dall'analisi delle informazioni presenti nella banca dati dell'ANAC - le stazioni appaltanti ricorrono frequentemente alla procedura negoziata senza bando adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore.

Si tratta di situazioni che caratterizzano diversi settori, tra cui, a titolo di esempio, il settore sanitario, le acquisizioni di servizi e forniture informatiche, i servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari.

3.1. Infatti, secondo i dati riportati nei rapporti quadrimestrali dell'Autorità, nel 2016 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ammontano a circa 20 miliardi di euro (importo relativo ai CIG perfezionati), di cui circa due terzi nei settori ordinari. Nell'AIR si riferisce che il dato del 2016 risulta in flessione di circa il 28% rispetto a quello del 2015, e si tratta di una flessione superiore a quella registrata per l'intera contrattualistica pubblica, pari a circa il 9%. Il dato sulle procedure negoziate senza bando per il 2016 va letto alla luce del nuovo codice che ha ridotto i casi di affidamento diretto, in particolare quanto a lavori e servizi complementari, ora considerati varianti. Il dato del 2016 è

aggregato e non si riferisce solo alle procedure negoziate affidate a operatore infungibile, ma anche a tutti gli altri casi dell'art. 63, nonché alle procedure sotto soglia dell'art. 36 (già art. 122 codice del 2006).

Si legge sempre nell'AIR che per le procedure negoziate in 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, circa il 14% il settore informativo, una quota non trascurabile attiene ai servizi di riparazione e manutenzione (il 7,6%). Un ricorso elevato a procedure senza bando, 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, in quello delle poste e telecomunicazioni, caratterizzato fino a un recente passato da sistemi di esclusiva legale.

3.2. Si osserva che, rispetto alla precedente AIR, la nuova riporta, come richiesto nel parere interlocutorio del Consiglio di Stato, i dati disaggregati, sicché è dato meglio comprendere in quale ambito è più frequente l'utilizzo della procedura senza bando con esecutore ritenuto “infungibile”, ed è dunque meglio possibile modulare le linee di intervento.

Si rileva, tuttavia, che nella precedente AIR si leggeva che “*nel 2014 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando 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 ... e le ulteriori fattispecie previste*” di procedura senza bando.

Dal confronto tra le due AIR si evince dunque che mentre nel 2014 risultano aggiudicati appalti con procedure negoziate senza bando per 15 miliardi di euro, nel 2016 il valore complessivo è di 20 miliardi, e ciò nonostante una flessione, rispetto al 2015, di circa il 28%.

Non si evince se sono stati utilizzati gli stessi criteri di rilevamento dei dati relativi al 2014 e al 2016, e se dunque si tratti di poste omogenee. Si suggerisce tuttavia all'ANAC di approfondire tali dati, atteso che - da quello che è dato comprendere - il valore degli affidamenti senza bando sarebbe lievitato in aumento di 5 miliardi in due anni, un dato che, se confermato, andrebbe analizzato per comprenderne le ragioni (normative o fattuali) e verificare se si tratta di ragioni legittime o meno.

Una indicazione, ancorché non supportata da dati numerici, sembra rinvenirsi nel parere dell'AGCM, per come riportato nell'AIR, in cui si afferma che, secondo l'esperienza maturata dall'AGCM, 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.

Si suggerisce pertanto all'ANAC di analizzare tali dati e, ove riscontri un effettivo aumento del valore degli affidamenti senza gara, a voler intraprendere le debite iniziative ivi compresa, se del caso, la segnalazione alla Cabina di regia e al Parlamento.

4. Così ricostruiti i dati fattuali, l'obiettivo delle linee guida, enunciato nell'AIR, è *“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)''.

Il c.d. *lock-in*, secondo la Commissione europea <<*si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente*>> [Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contro il *lock-in*: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici, Com. (2013) 455 *final* del 25 giugno 2013].

Le linee guida forniscono una analisi dei casi di infungibilità delle prestazioni, e danno indicazioni sulle procedure di gara, sulla corretta programmazione e progettazione, sulle consultazioni preliminari di mercato, sugli accorgimenti per prevenire il c.d. *lock-in*.

Le linee guida sono corredate di alcune indicazioni riassuntive che di seguito si riportano:

“Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.

Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.

Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi

ritenuti infungibili e/ o fenomeni di lock-in e al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere a un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni.

Nella fase di progettazione e nella predisposizione dei documenti di gara, le amministrazioni devono considerare, oltre ai costi immediati che si devono sostenere, anche quelli futuri legati a elementi quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio, nonché per il cambio di fornitore. Le stazioni appaltanti procedono agli affidamenti considerando il costo del ciclo di vita del prodotto.

Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte in ossequio ai principi di trasparenza e massima partecipazione, al fine di non falsare la concorrenza.

Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a confermare l'esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell'art. 63, comma 1, codice il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando ovvero individuare l'esistenza di soluzioni alternative. I risultati delle soluzioni individuate a seguito delle consultazioni preliminari di mercato sono riportati nella determina a contrarre.

Non esiste una regola generale per prevenire e superare il lock-in, ma occorre procedere caso per caso. Una delle possibili soluzioni in taluni settori consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (multi-sourcing); un'altra soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari”.

5. Quanto alla natura giuridica di tali linee guida, questo Consesso si limita a richiamare i propri precedenti pareri sullo schema di codice e sulle linee guida in tema di OEPV, SIA e RUP, e ribadisce quanto affermato nel precedente parere interlocutorio. Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e dall'art. 213, codice, è da ritenere che le linee guida in esame appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti.

Invero, l'art. 63, codice costituisce disposizione completa che non rinvia ad atti attuativi.

Le linee guida in esame, pertanto, adottate in virtù della previsione generale di cui all'art. 213, c. 2, codice, hanno lo scopo di fornire un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di ricorso eccessivo alla procedura negoziata senza bando.

Lo stesso schema di linee guida, nella premessa, reca l'indicazione in ordine al carattere non vincolante delle stesse.

6. Quanto al contenuto delle linee guida, le stesse, rispetto alla versione precedente, sono state implementate alla luce del parere dell'AGCM e di quello dell'AGID, nonché delle indicazioni del precedente parere interlocutorio di questo Consesso.

In quest'ultimo si chiedeva, in particolare, un approfondimento in ordine all'utilizzo del criterio del costo del ciclo di vita per prevenire il *lock-in* e un approfondimento circa l'affidamento dei servizi informatici.

6.1. Entrambi tali aspetti sono presi in considerazione nelle nuove linee guida.

Esse, rispetto alle precedenti, indicano con maggior dettaglio:

- il contenuto della motivazione della decisione di fare un affidamento diretto per ragioni di infungibilità dell'operatore economico (par. 2.1.);
- il contenuto della programmazione per servizi e forniture (par. 2.2.);
- il contenuto della progettazione che deve aver riguardo anche al tema dei pezzi di ricambio e della manutenzione, al fine di evitare il lievitare dei costi di c.d. *aftermarket* (con il rischio che un operatore possa adottare strategie opportunistiche, presentando un'offerta particolarmente aggressiva, potendo contare sul successivo recupero di consistenti guadagni negli *aftermarkets*) (par. 2.2.);
- la necessità di procedere agli affidamenti considerando il costo del ciclo di

vita, in modo da mettere in conto sia i costi di *aftermarket* sia i c.d. *switching cost* derivanti dal cambio di fornitore (par. 2.2.);

- le misure per prevenire e superare il *lock in* nel caso di servizi informatici (standard aperti; riuso; *multi-sourcing*; clausola di riscatto dell'infrastruttura informatica; percorsi di uscita da un *lock-in* "inevitabile"; principio di modularità del *software*).

6.2. 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.

P.Q.M.

Si esprime parere favorevole.

L'ESTENSORE
Rosanna De Nictolis

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO
Maria Luisa Salvini