



Proposte di linee guida dell'ANAC - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

Premessa

Le linee guida sono volte a fornire alle stazioni appaltanti e agli operatori economici indicazioni circa le **condizioni** e i **presupposti in base ai quali si può fare ricorso alla procedura negoziata senza bando nei casi di infungibilità di beni e servizi**.

Nell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), allegata alle linee guida in esame, l'ANAC rileva 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. Nell'AIR sono riportati, da un lato, i dati, contenuti nella relazione annuale dell'Autorità del 2014 ([COM\(2014\) 38 final](#)), riguardanti le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, che ammontano a circa 15 miliardi di euro e, dall'altro, i dati della Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione in cui si rileva che "in Italia il ricorso a procedure negoziate (soprattutto senza pubblicazione del bando) è più frequente della media: nel 2010 rappresentava infatti il 14% del valore dei contratti, contro il 6% della media dell'Unione".

Le direttive europee del 2014, sulla scia di quanto previsto dalle direttive del 2004, ammettono l'utilizzo della procedura negoziata senza bando al ricorrere di talune fattispecie puntualmente elencate tra le quali l'articolo 63 del Codice, riprendendo la normativa europea, per quanto di interesse in questa sede, ricomprende le seguenti ipotesi:

- 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 rappresentazione artistica unica, dell'assenza di concorrenza per motivi tecnici, della tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale; tali ultime due ipotesi si applicano solo quando 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 (comma 2, lettera b);
- per forniture, nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi 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 comunque di regola superare i tre anni (comma 3, lettera 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 disciplinata dal Codice (comma 5).

Le linee guida sono state adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice, che attribuisce all'ANAC il compito di garantire la promozione dell'efficienza e della qualità delle stazioni appaltanti attraverso linee guida che, a seconda della loro rilevanza in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti, vengono trasmesse alle Camere.

Alle linee guida, che sono state poste in consultazione pubblica prima della loro adozione da parte dell'ANAC, sono allegati l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e i contributi inviati dai diversi soggetti all'ANAC.

Le linee guida sono state trasmesse al Consiglio di Stato e alle competenti Commissioni parlamentari della Camera e del Senato.

Struttura e contenuto

Struttura delle linee guida

Le linee guida sono articolate in cinque paragrafi:

- il paragrafo 1, riguardante le possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi;
- il paragrafo 2.1, che contiene le indicazioni per la scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara;
- il paragrafo 2.2, dedicato alla programmazione e alla progettazione dell'acquisto di beni e servizi;
- il paragrafo 2.3, concernente le consultazioni preliminari di mercato;
- il paragrafo 2.4, che si concentra sulle modalità di superamento del rischio di *lock-in*.

Le linee guida, infatti, intendono fornire indicazioni riguardanti le procedure da seguire per l'accertamento di situazioni di infungibilità e gli 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*).

L'infungibilità delle forniture e dei servizi

I concetti di infungibilità ed esclusività, da un punto di vista giuridico ed economico, sono diversi in quanto l'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, sulla base della titolarità di diritti di esclusiva (brevetti) che consentono lo sfruttamento di un dato prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno, pertanto può assumere tale caratteristica anche in assenza di brevetti.

Un bene o un servizio possono essere infungibili sostanzialmente per due motivi:

- in quanto **non vi sono possibili sostituti** per ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale;
- **a causa di decisioni passate da parte del contraente** che lo vincolano nei comportamenti futuri o a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico. In tale ultimo caso, si fa riferimento al fenomeno del *lock-in*.

Il *lock-in* si verifica sovente nel settore informatico: nella [comunicazione del 25 giugno 2013](#) dal titolo "Contro il *lock-in*: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici", la Commissione europea rileva che "il *lock-in* 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". In sostanza, tale situazione si verifica in presenza di elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore, sia per comportamenti della stazione appaltante, legati ad esempio a costi di investimento non recuperabili o di formazione, sia per comportamenti del fornitore riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente.

L'infungibilità di forniture e di servizi provoca, in ogni caso, una restrizione delle condizioni di concorrenza del mercato di riferimento con condizioni di acquisto meno favorevoli per gli utenti. Per tale ragione, nelle linee guida si sottolinea la necessità di 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 riguardo, merita ricordare il contenuto del **considerando 50 della direttiva 2014/24/UE** in cui si sottolinea 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".

L'affidamento tramite la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara

In considerazione del fatto che l'infungibilità di forniture e di servizi può giustificare il ricorso a una procedura di affidamento, che si configura come derogatoria rispetto a quelle ordinarie disciplinate dal Codice, quale la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, nelle linee guida si raccomanda un **accertamento dei presupposti** per il ricorso a tale procedura, che deve essere condotto con rigore e **debitamente motivato nella delibera o determina a contrarre**, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

L'Autorità si è occupata in diverse occasioni delle condizioni che si devono verificare per poter ricorrere a una procedura negoziata senza bando nei casi di infungibilità della fornitura o del servizio da acquistare. Nelle linee guida è richiamata, in particolare, la [deliberazione del 6 giugno 2014, n. 22](#), in cui l'Autorità ha ritenuto, tra l'altro, nell'ambito di un contratto di appalto per il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico, che il ricorso alla procedura negoziata appariva privo di adeguata motivazione e dei presupposti di legge.

Spetta, pertanto, alla **stazione appaltante** procedere alla **verifica dei presupposti** che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio:

- nella fase di individuazione dei propri fabbisogni **nell'ambito dell'programmazione dell'acquisto di beni e servizi**. In proposito, si segnala che, a differenza delle norme previgenti, il nuovo Codice prevede che le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare il programma biennale degli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro, nonché i relativi aggiornamenti annuali (articolo 21, commi 1 e 6, del [decreto legislativo n. 50 del 2016](#)). E' possibile procedere ad approvvigionamenti al di fuori delle modalità previste esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa. Gli approvvigionamenti devono essere comunicati all'Autorità nazionale anticorruzione e all'Agenzia per l'Italia digitale ([articolo 1, comma 516, della legge 208/2015](#));

Il [decreto legislativo n. 163 del 2006](#), all'articolo 128, prevedeva solo l'obbligo di programmazione triennale dei lavoratori pubblici. L'[articolo 1, comma 505, della legge 208/2015](#) (legge di stabilità 2016), non abrogato dal citato [decreto legislativo n. 50 del 2016](#), ha disciplinato una procedura per l'adozione di un programma biennale degli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato superiore a 1 milione di euro, e dei suoi aggiornamenti annuali. Si ricorda, inoltre, che - ai sensi del comma 513 della citata legge di stabilità - l'Agenzia per l'Italia digitale (Agid) predispone il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione che è approvato dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro delegato. Il Piano contiene, per ciascuna amministrazione o categoria di amministrazioni, l'elenco dei beni e servizi informatici e di connettività e dei relativi costi, suddivisi in spese da sostenere per innovazione e spese per la gestione corrente, individuando altresì i beni e servizi la cui acquisizione riveste particolare rilevanza strategica.

- **nella fase di progettazione**, laddove devono essere attentamente valutati, per quanto riguarda i rischi di infungibilità, aspetti legati a materiali di consumo, pezzi di ricambio e alla facilità di sostituire il fornitore. Secondo le linee guida, tale valutazione può essere svolta nell'ambito della **valutazione del ciclo di vita del prodotto**.

Il concetto di ciclo di vita del prodotto rappresenta un'importante innovazione nella disciplina in materia di appalti pubblici, che è stata introdotta dalle direttive europee del 2014. Nell'ambito delle definizioni del Codice, nel "ciclo di vita" rientrano tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione (art. 3, comma 1, lett. hhhh).

- attraverso lo svolgimento di **consultazioni preliminari di mercato**, al fine di verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede. In proposito, le linee guida precisano che la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nel sito *web*, per un periodo non inferiore a quindici giorni ovvero scegliendo altre forme idonee a garantire la trasparenza del proprio operato e la più ampia diffusione dell'iniziativa e la maggiore partecipazione alla stessa. La stazione appaltante non può basare la motivazione della propria scelta di derogare all'evidenza pubblica sulla base dei risultati di consultazioni condotte in passato; pertanto, la **dimostrazione dell'infungibilità** del servizio o della fornitura **si deve basare su valutazioni attuali**, non legate ai risultati di precedenti verifiche o a ipotesi circa futuri sviluppi nel mercato, che, pure, vanno presi in considerazione per la determinazione della durata dell'affidamento.

L'articolo 66 del Codice consente, prima dell'avvio di una procedura di appalto, lo svolgimento, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. Per tali finalità, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel medesimo codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

La stazione appaltante, **nella delibera o determina a contrarre**, fornisce un **puntuale riscontro degli esiti dell'indagine di mercato** e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio. Nello stesso atto vanno indicati il valore stimato dell'affidamento e la durata dello stesso considerato che l'articolo 35, comma 7, del Codice dispone che la quantificazione di tale valore deve avvenire all'avvio della procedura di affidamento del contratto.

Il superamento del rischio di lock-in

Come già rilevato, non esiste una regola generale per prevenire e superare i fenomeni di *lock-in*, ma occorre **procedere caso per caso**. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di assegnare un **affidamento a due o più fornitori (multi-sourcing)**, ma - come evidenziato nelle linee guida - "questo

sistema non è in grado di fornire soluzioni valide per tutte le cause di *lock-in* e non dovrebbe essere utilizzato in settori esposti a rischio di collusione, in quanto le imprese potrebbero incontrare minori difficoltà a perseguire soluzioni collaborative di spartizione del mercato".

Una soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'*information and communication technology* (ICT) è quella di agire sulle **specifiche tecniche**, mediante gare su *standard* e non su sistemi prioritari. Nella citata comunicazione del 25 giugno 2013, la Commissione raccomanda di valutare gli *standard* con metodo, in modo corretto e trasparente al fine di scegliere quelli più appropriati ed evitare il *lock-in*.

Nel citato considerando 50 della [direttiva n. 24 del 2014](#), si precisa che, "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".

Nell'analisi di impatto della regolamentazione, allegata alle linee guida in esame, si precisa che le ragioni di natura tecnica non possono giustificare *tout court* 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. L'articolo 68 del Codice disciplina l'inserimento nei documenti di gara delle specifiche tecniche, che devono consentire pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (art. 68, comma 4).

Ne consegue, pertanto, che qualora gli *standard* siano imposti da specifiche disposizioni europee o nazionali o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti *standard*, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura negoziata senza bando, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico), ma debbono far ricorso ad una delle procedure di cui all'[art. 59 d.lgs. 50/2016](#), osservando quanto disposto dall'art. 68, comma 6, del Codice in merito alle specifiche tecniche da richiedere che, salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, 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 tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile; in tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente».

Di contro, **quando il rispetto di particolari vincoli** imposti dal legislatore nazionale o europeo o da accordi internazionali, **determina l'impossibilità di rivolgersi a più fornitori**, allora le stazioni appaltanti potranno utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.

Senato: Dossier n. 407

Camera: Documentazione e ricerche n. 271

21 novembre 2016

Senato	Servizio Studi del Senato	Studi1@senato.it - 066706-2451	 SR_Studi
	Ufficio ricerche nei settori ambiente e territorio		
	Servizio Studi del Senato	Studi1@senato.it - 066706-2451	 SR_Studi
	Ufficio ricerche nei settori infrastrutture e trasporti		
Camera	Servizio Studi Dipartimento Ambiente	st_ambiente@camera.it - 066760-9253	 CD_ambiente

La documentazione dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati è destinata alle esigenze di documentazione interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari. Si declina ogni responsabilità per la loro eventuale utilizzazione o riproduzione per fini non consentiti dalla legge. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che sia citata la fonte.