



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

## **II Consultazione pubblica**

**Linee guida per il ricorso a procedure negoziate  
senza previa pubblicazione di un bando  
nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili**

**Osservazioni pervenute**

## Elenco dei soggetti che hanno inviato contributi

1.	Stazioni appaltanti.....	2
1.	Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza.....	2
2.	CONSIP spa .....	3
2.	Associazione di categoria .....	5
3.	ASMEL Associazione.....	5
4.	FISE Assoambiente .....	7
5.	CRUI - Conferenza dei Rettori delle Università Italiane.....	8
3.	ALTRO.....	8
6.	Carfagna Mario .....	8

### 1. Stazioni appaltanti

#### 1. Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza

Nell'ambito del servizio di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali, l'attuale momento è caratterizzato dal confronto acceso di due componenti aziendali: quella amministrativa, consapevole dell'esigenza di garantire la concorrenza in ogni commessa pubblica e delle responsabilità connesse ad ogni affidamento diretto, e quella tecnica dell'ingegneria clinica, che ritiene indispensabile il ricorso al fabbricante per garantire la sicurezza e la salute degli operatori e, soprattutto, dei pazienti. L'anima 'tecnica', in particolare, supporta la propria posizione con le seguenti osservazioni. Il D.Lgs. 81/2008 ss.mm.ii. (testo unico in materia di sicurezza sul lavoro) prescrive:

- "la regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, macchine ed impianti" (art.15, c. 1);
- "il datore di lavoro prende le misure necessarie affinché: a) le attrezzature di lavoro siano: 1) omissis; 2) oggetto di idonea manutenzione al fine di garantire nel tempo la permanenza dei requisiti di sicurezza di cui all'articolo 70" (art.71, c. 4);
- "le attrezzature di lavoro messe a disposizione dei lavoratori devono essere conformi alle specifiche disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle Direttive comunitarie di prodotto" (art.70).

Le citate disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle Direttive comunitarie di prodotto – rappresentate, nel caso specifico, dal D.Lgs. 46/97 ss.mm.ii. (attuazione della direttiva dispositivi medici) di recepimento della Direttiva n. 93/42 – prescrivono:

- "i dispositivi possono essere ... messi in servizio unicamente se ... sono oggetto di un'adeguata manutenzione" (art. 3);
- "i dispositivi devono essere progettati e fabbricati in modo che la loro utilizzazione, se avviene alle condizioni e per gli usi previsti, non comprometta lo stato clinico o la sicurezza dei pazienti, né la sicurezza e la salute degli utilizzatori ed eventualmente di terzi" (allegato I, paragrafo 1).

La Raccomandazione n. 9/Settembre 2008 del Ministero della Salute per la prevenzione degli eventi avversi conseguenti al malfunzionamento dei dispositivi medici/apparecchi elettromedicali ricorda che:

- “il malfunzionamento dei dispositivi medici e nello specifico degli apparecchi elettromedicali rappresenta un problema grave... In particolare tra le diverse possibili cause di malfunzionamento non imputabili al fabbricante del dispositivo ... è emersa la mancata o errata manutenzione dei dispositivi medici”;
- “è, quindi, assolutamente imprescindibile che la manutenzione delle apparecchiature sia gestita in modo corretto ed efficace”;
- “i tecnici biomedici direttamente impiegati per le attività di manutenzione, siano essi interni o esterni, devono possedere un’esperienza comprovata e specifica nel settore e devono essere adeguatamente formati, preferibilmente presso gli stessi produttori delle tecnologie di cui realizzano la manutenzione”.

Il punto 3.37 della norma CEI 62-148 (Apparecchi elettromedicali - Verifiche periodiche e prove da effettuare dopo interventi di riparazione degli apparecchi elettromedicali), definisce «assistenza» la “combinazione di tutte le modalità necessarie a mantenere l’apparecchio EM o il sistema EM nel rispetto delle prescrizioni indicate dal fabbricante”. Ponendo l’art.1, c. 2, lett. f), del medesimo D.Lgs. 46/97 ss.mm.ii. in capo al fabbricante l’onere di realizzazione di dispositivi medici conformi e risultando la manutenzione preventiva e correttiva momento fondamentale per il mantenimento della marcatura CE sull’apparecchiatura, l’affidamento del servizio di manutenzione al costruttore, ovvero a ditta esclusivista dallo stesso formalmente autorizzata, conseguirebbe dalla necessità di far permanere in capo al fabbricante la responsabilità del mantenimento dei requisiti essenziali di sicurezza del dispositivo medico, come indicati nell’allegato I della Direttiva CEE 93/42. La stessa giurisprudenza ha manifestato orientamenti altalenanti in proposito. Il Consiglio di Stato, ad esempio, con sentenza n. 3488 del 10/07/2015, ha ritenuto sussistenti le condizioni di infungibilità tecnica del servizio di manutenzione in capo al fabbricante di apparecchiature elettromedicali e, pertanto, legittimo l’affidamento diretto, nel caso di una ditta esclusivista del servizio di manutenzione del RIS-PACS di produzione della ditta Carestream Health. 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. Non risulta, infatti, semplice il controllo di dipendenza dall’affidatario dei tecnici utilizzati negli interventi manutentivi diversi per le numerose apparecchiature elettromedicali (che per un’azienda di medie dimensioni sono dell’ordine delle migliaia). Appare, quindi, quanto mai 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.

## **2. CONSIP spa**

Nell’ambito della presente consultazione, Consip intende formulare le seguenti osservazioni.

Si ritiene, in particolare, che le Linee Guida debbano illustrare alle Amministrazioni 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, si ritiene che codesta Autorità dovrebbe indirizzare le Amministrazioni:

- A) su come correttamente individuare il fabbisogno e prevenire fenomeni di lock-in salvaguardando, al contempo, l’interoperabilità dei sistemi e gli investimenti fatti;
- B) nella scelta della procedura:
  - B.1) allo scopo di accertare l’effettiva infungibilità di un bene o di un servizio (sulla scorta dei parametri dettati dall’ANAC), ad avviare, necessariamente, una consultazione di mercato preliminare alla scelta della procedura medesima;

B.2) qualora emerga l'esistenza di privative industriali (esclusiva), a valutare le possibili alternative che permettano di soddisfare il medesimo bisogno.

E' opportuno, peraltro, che ANAC, anche alla luce del parere n. 2284/2016 del Consiglio di Stato, chiarisca le eventuali differenze tra "indagine di mercato" e "consultazione di mercato", fornendo, se del caso, suggerimenti in ordine alle modalità di effettuazione delle indagini di mercato, al pari di quanto già descritto per le consultazioni.

Per quanto concerne il punto B), è fondamentale che sia chiarito 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.

Si reputa altresì opportuno che ANAC ribadisca la sussistenza in capo all'Amministrazione di uno stringente onere motivazionale relativamente a ciascuno dei precedenti passaggi procedurali, anche ai fini dello scrutinio di legittimità dell'agire amministrativo.

Tutto quanto innanzi posto, si rappresenta quanto segue avuto specifico riguardo al settore ICT.

Come in tutti i settori merceologici, anche nell'ICT i fattori da cui deriva il fenomeno del lock-in sono di duplice natura: tecnica, legata alla infungibilità del bene o servizio in acquisizione, e commerciale, legata a fattori di esclusività nella fornitura dei beni o di erogazione dei servizi.

Le aree soggette a rischio lock-in possono essere esaminate in primo luogo con riferimento all'architettura dei servizi ICT:

- le Piattaforme hardware (risorse computazionali, storage, network, ecc.), seppur introdotte nei mediante gare aperte, possono divenire aree soggette a lock-in per fattori legati ai servizi di manutenzione o alla continuità tecnologica nel caso di aggiornamento o estensione;
- il Software di base (sistema operativo, piattaforma di virtualizzazione, ecc.) può divenire area soggetta a lock-in per questioni legate alle competenze che i tecnici delle amministrazioni acquisiscono sul campo;
- le Applicazioni che possono essere di duplice natura: Applicazioni Custom, cioè sviluppate ad-hoc da un fornitore per l'amministrazione, che diventa il "proprietario intellettuale" del software sviluppato; Applicazioni Buy, acquistate generalmente su licenza a tempo illimitato legata ad una certa versione del prodotto e configurate secondo le esigenze della committente, spesso oggetto di lock-in in quanto, una volta inserite all'interno di un sistema informativo complesso, diventano infungibili rispetto ad altre soluzioni che pur offrirebbero le stesse funzionalità.

Recentemente sta emergendo una nuova forma di lock-in con la realizzazione di prodotti denominati Appliance, cioè sistemi integrati costituiti da hardware, software di base e di sistema e software applicativo, che, se da un lato semplificano la progettazione e la gestione operativa dei sistemi e forniscono funzionalità superiori e prestazioni migliori rispetto alle soluzioni costruite con hardware e software non integrati in modo nativo, dall'altro possono introdurre un lock-in molto profondo, in quanto riguarda più strati della soluzione.

In secondo luogo il lock-in può essere esaminato in relazione alle diverse fasi del ciclo di approvvigionamento di un Servizio ICT, fasi nelle quali i due aspetti di infungibilità ed esclusività possono influire in modo diverso:

- in fase di Acquisizione della fornitura, cioè nella fase di acquisto di un nuovo bene o di costruzione di un nuovo servizio ICT, il fattore principale è quello dell'infungibilità; è necessario evitare scelte che indentifichino univocamente beni o servizi di un unico produttore o fornitore. In ogni caso, poiché in molti ambiti ICT non sono stati ancora definiti e condivisi standard, anche l'esito di una gara aperta può portare all'acquisizione di una soluzione con caratteristiche proprietarie, generando quindi un inizio di lock-in;
- in fase di Estensione della fornitura o di Evoluzione delle funzionalità delle soluzioni acquisite, l'elemento più critico è ancora quello dell'infungibilità; il lock-in può diventare inevitabile a meno di non voler disperdere gli investimenti effettuati fino a quel momento; la soluzione, non sempre semplice da adottare, è quella di pianificare la durata degli investimenti e le

esigenze di ampliamento ed evoluzione funzionale delle forniture nel tempo, nonché costruire progressivamente e tempestivamente vie di uscita al lock-in per poter scegliere soluzioni alternative al termine del periodo considerato sufficiente per il recupero degli investimenti. Anche l'esclusività può rappresentare un fattore critico, laddove i produttori non costituiscano una rete commerciale di distribuzione dei loro prodotti e non diffondano competenze per l'erogazione dei servizi collegati;

- nella Manutenzione, il lock in riguarda principalmente l'esclusività in quanto molti produttori di soluzioni non consentono a fornitori diversi di erogare questi servizi. Questa esclusività viene giustificata con la tutela dei diritti e proprietà intellettuali dei prodotti forniti. Si tratta di un fenomeno che si può contrastare liberalizzando l'erogazione di questi servizi da parte di fornitori diversi che si dovranno rivolgere ai produttori solo in rari casi di necessità di modifiche o aggiornamenti profondi dei prodotti forniti. È questo un profilo che coinvolge aspetti di tutela della concorrenza di fronte al quale le amministrazioni non hanno un'immediata possibilità di intervento.

È condivisibile che l'analisi di possibili fornitori diversi dal produttore o dal fornitore iniziale della soluzione sia accompagnata, oltre che da un'indagine rivolta verso il produttore e i comportamenti delle altre amministrazioni, anche attraverso una Consultazione di mercato. Tuttavia la Consultazione di mercato dovrà partire da una solida base tecnica che identifichi se la consultazione stessa riguardi l'infungibilità, l'esclusività o entrambi i fattori. Infine sarebbe bene strutturare la Consultazione in modo da raccogliere in quella sede informazioni sufficienti per garantire che l'eventuale successiva gara possa cogliere gli obiettivi dell'amministrazione in termini di funzionalità richieste, prezzi e tempi di approvvigionamento, e che non esistano vincoli di natura tecnica e/o commerciale che possano rendere vano o poco efficace l'esperimento di una gara aperta. Il passaggio da forniture di soluzioni a forniture di servizi può costituire una possibile via di uscita dal lock-in. Recentemente sono stati immessi sul mercato ICT i cosiddetti servizi in Cloud Computing che forniscono ambienti elaborativi, piattaforme o applicazioni in forma di servizio, favorendone la fruizione a consumo. La prima difficoltà nell'acquisire servizi in Cloud Computing risiede nell'inadeguatezza dei sistemi informativi delle amministrazioni ad utilizzare questa nuova forma di servizi senza una preliminare trasformazione dei propri sistemi. Inoltre va rimarcato che non esiste ancora una completa definizione di standard né per la fruizione di questi servizi né per far interagire più servizi diversi. Anche in questa nuova prospettiva si deve far attenzione a non generare lock-in che potrebbero coinvolgere sia le soluzioni, quindi l'infungibilità, sia i fornitori, quindi l'esclusività.

## **2. Associazione di categoria**

### **3. ASMEL Associazione**

In ordine al documento messo in consultazione si formulano le seguenti osservazioni.

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'Avviso volontario per la trasparenza ex ante sarebbe pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, in applicazione dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, recepito nell'ordinamento interno con l'art. 121, comma 5, del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Nondimeno, tale disposizione richiama ancora il previgente D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo che "La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

- a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'art. 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;
- c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

Le Linee Guida potrebbero indicare le disposizioni vigenti da osservare per ovviare a tale fattispecie (art. 73, comma 4, o art. 98, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ad esempio).

Per quanto d'interesse, la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva fa sì che tutti gli operatori del settore potenzialmente interessati" siano in condizione di venire a conoscenza della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di affidare l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara" (punto 61 della sentenza dell'11 settembre 2014, n. C-19/13 - Corte di Giustizia CE).

Il "termine sospensivo di (almeno) dieci giorni" pone gli interessati "in grado di contestare in giudizio l'aggiudicazione di un appalto prima che il contratto sia concluso" (punto 61 della citata sentenza) e, in particolare, di presentare domanda di provvedimenti cautelari prima di tale conclusione (sentenze Commissione/Spagna, C-444/06, EU:C:2008:190, punti 38 e 39, e Commissione/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, punto 33, richiamate nel punto 60 della citata sentenza dell'11 settembre 2014).

Con tale procedimento, il legislatore dell'Unione si propone di conciliare più interessi, ossia quelli dell'impresa lesa, attribuendole il diritto di avviare un procedimento sommario precontrattuale e di ottenere l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, con quelli dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata, limitando l'incertezza giuridica che potrebbe derivare dalla privazione di effetti del contratto (punto 63 della sentenza dell'11 settembre 2014, n. C-19/13 - Corte di Giustizia CE).

Per di più, la citata pronuncia ha dichiarato che:

"L'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, letto alla luce del principio della parità di trattamento e del diritto ad un ricorso effettivo, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro riconosca, in capo all'organo responsabile delle procedure di ricorso, la libertà di valutare la misura in cui un contratto concluso senza previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea debba essere privato dei suoi effetti, qualora detto organo rilevi che l'amministrazione aggiudicatrice, nonostante la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea di un avviso in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e l'osservanza di un termine sospensivo minimo di dieci giorni fra l'aggiudicazione di tale appalto e la firma del contratto, ha violato in maniera deliberata e intenzionale le norme in materia di pubblicità e di confronto concorrenziale di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi".

Pertanto, se, in esito al proprio controllo, l'organo responsabile delle procedure di ricorso constata che non sussistono le condizioni previste all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665, esso deve allora dichiarare che il contratto è privo di effetti in osservanza della regola di cui al paragrafo 1, lettera a), del medesimo articolo. Esso determina le conseguenze della dichiarazione di

privazione di effetti del contratto in forza dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 2, della direttiva 89/665, conformemente al diritto nazionale.

Per contro, qualora suddetto organo rilevi che sussistono le condizioni in parola, esso è tenuto a conservare gli effetti del contratto in applicazione dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, della direttiva 89/665.

In conclusione, la pubblicazione dell'Avviso, oltre ad essere conforme alle citate disposizioni comunitarie, consentirebbe di conseguire i predetti risultati.

#### **4. FISE Assoambiente**

Effetti del fenomeno del lock-in sulla concorrenza - Osservazioni FISE Assoambiente

In relazione alla consultazione in oggetto, FISE Assoambiente, l'Associazione che storicamente rappresenta a livello nazionale ed europeo le imprese italiane che operano nel settore della gestione dei rifiuti, delle bonifiche e dei servizi di igiene ambientale, evidenzia quanto segue.

Con riferimento agli affidamenti senza previa pubblicazione di un bando, ed ai possibili abusi che ne possono derivare, si rileva che il fenomeno economico "lock-in", ovvero l'impossibilità o difficoltà di cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale, si manifesta in diverse forme nel settore della gestione dei rifiuti urbani oggetto di privativa comunale.

Sebbene le linee guida oggetto della presente consultazione abbiano ad oggetto specifico il sistema derogatorio delle procedure negoziate (art. 63 del D.lgs 50/2016), la stessa ANAC ha evidenziato che i casi di presunta infungibilità negli affidamenti nei servizi si riscontrano anche nel settore dei rifiuti; pertanto si ritiene che le evidenze che seguono sono in piena linea con il contesto di riferimento. Nella regolazione dei servizi pubblici a rilevanza economica, quali quelli attinenti alla gestione dei rifiuti urbani, si è consolidata negli ultimi anni una equiparazione, nelle modalità di affidamento dei servizi, tra gestioni domestiche - tramite società c.d. in house - e le altre modalità organizzative disponibili (esternalizzazione e gara a doppio oggetto).

Ebbene, nel modello organizzativo in house providing (molto diffuso nel settore della gestione dei rifiuti urbani) fenomeno possibile è quello di "estromissione" degli Enti locali proprietari dalla gestione dell'attività svolta dalle imprese affidatarie. Sebbene infatti gli strumenti di "controllo analogo", che incentivano le forme di affidamento diretto, dovrebbero meglio conformare l'attività economica del soggetto affidatario agli interessi pubblici di buona amministrazione, può accadere che gli Enti locali affidanti non possiedono le competenze necessarie per garantire che l'impresa effettui il servizio nel rispetto del contratto di servizio, né hanno l'expertise tecnica per giudicare:

- a. l'adeguatezza delle politiche gestionali
- b. un'analisi comparativa dei risultati gestionali conseguiti.

Conseguenza del fenomeno è che gli Enti preposti alla erogazione dei servizi ambientali (in qualità di clienti del servizio), anche qualora auspicato, hanno elevate difficoltà a cambiare gestore (fornitore del servizio).

In tale quadro si evidenzia una ulteriore criticità concorrenziale connessa al fenomeno "lock-in".

Nel comparto dei servizi di gestione dei rifiuti urbani, "Infungibilità del servizio" pare affine e sovrapponibile con il concetto di "mancata conoscenza o mancata volontà di conoscere il mercato di riferimento per il soddisfacimento del bisogno", dove spesso il ricorso a procedure ad evidenza pubblica è considerato una via secondaria e dove, senza alcun limite si soglia di valore del contratto, non vengono svolte le analisi del mercato di riferimento che sarebbero invece indispensabili per una adeguata programmazione e competizione tra operatori.

In altre parole, per il comparto dell'igiene urbana si assiste, in alcune aree del Paese, al frequente fenomeno/convincimento per le amministrazioni locali che operano per il tramite di società in house con contratti in scadenza che "sarebbe più difficile cambiare che non", rispetto ad ipotesi, ben auspicabili, di procedere mediante procedure ad evidenza pubblica più aderente ai principi europei di concorrenza. Ciò è aggravato dal fatto che gli affidamenti dei servizi rifiuti alle società in house sono a volte più lunghi rispetto a quanto necessario a copertura degli investimenti, con effetto di impedire le valutazioni sulle opportunità del cambiamento. L'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con difficoltà di slancio economico per gli operatori di settore e possibili

condizioni tariffarie meno favorevoli per le utenze. Come richiamato dalle linee guida in consultazione, obiettivo delle stesse è fornire indicazioni circa le condizioni che debbono verificarsi affinché si possa legittimamente, fare ricorso alle deroghe evitando un fenomeno di “lock-in”. Ebbene, concludendo, la “possibilità” di svolgere indagini di mercato, non obbligatorie nel settore dei servizi pubblici a rilevanza economica, deve trovare una via impositiva “nuova” dove il concetto di “privativa comunale” della gestione dei rifiuti urbani, intesa come responsabilità comunale nella missione ad esso affidata non si traduca nella precostituzione di scelte sulle modalità di affidamento di servizi pubblici a rilevanza economica.

## **5. CRUI - Conferenza dei Rettori delle Università Italiane**

Riferimento al paragrafo 2, pagina 6, nota 7 del documento nella II Consultazione.

L'argomento riguarda le apparecchiature (specialmente quelle medico-sanitarie) già acquistate e in uso, per le quali non è possibile logicamente promuovere la trifasicità “programmazione-progettazione-offerta strutturata sul ciclo della vita”, indicata nei paragrafi 2.2. e ss. del documento.

In tali casi, per evitare il lock-in appare opportuno che trovi applicazione “medio tempore” lo stesso paradigma procedurale delle indagini di mercato da condurre di regola per i futuri acquisti ai fini della previa verifica dell'eventuale sussistenza dell'infungibilità (art. 63) o per l'avvio della procedura ad evidenza pubblica (negoziata nelle soglie indicate dall'art. 36). In particolare, per le apparecchiature già in uso, una volta acquisita “medio tempore” e mediante preliminari indagini di mercato l'eventuale “compatibilità” per l'assistenza tecnica e/o per i materiali di consumo, l'amministrazione, in contrappunto alla questione legata eventualmente all'abbassamento “in parte qua” della qualità, si troverebbe di certo dinnanzi all'ulteriore problema legato alla sicurezza, che è garantita mediante l'impiego di materiali “originali” previsti nel cd. Manuale d'uso. A tale ultima criticità parrebbe un rimedio il compimento da parte dell'amministrazione di una conseguente istruttoria documentata, condotta dal RUP con il supporto delle tecniche necessarie, finalizzata alla specifica verifica tecnica ai fini della sussistenza della sicurezza con riguardo alle “equivalenze” dichiarate dagli O.E. nella citata indagine. A valle di tale istruttoria, l'amministrazione potrebbe procedere: alla procedura negoziata, nel rispetto dei limiti ex art. 36, avente ad oggetto l'assistenza tecnica e/o materiali di consumo “compatibili”, mediante l'invito degli O.E. che hanno partecipato all'indagine di mercato già esperita; ovvero alla gara aperta o ristretta, nella quale possono partecipare tutti gli O.E. interessati, compresi quelli che abbiano già risposto all'indagine di mercato conoscitiva della mera sussistenza dell'eventuale “compatibilità”.

## **3. ALTRO**

### **6. Carfagna Mario**

Nell'incipit del comma “2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi”, si legge che “le amministrazioni devono compiere un'attenta programmazione dei propri fabbisogni”, ma nell'articolato del comma tutto viene finalizzato e quindi limitato a “prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/o fenomeni di lock-in”.

A mio avviso è invece essenziale che la programmazione e la progettazione suddette siano anche (o almeno in subordine) finalizzate alla ricerca e alla valutazione da parte dell'amministrazione appaltante di quelle Best Available Technologies (BAT), che potrebbero evitare una forzosa limitazione del reale soddisfacimento dei fabbisogni dell'amministrazione stessa e della tutela dell'interesse pubblico, anche se dovessero essere (eventualmente) infungibili e/o esclusive.

Ritengo d'altra parte essenziale che le Linee Guida debbano indicare con chiarezza alle amministrazioni che non è loro consentito di escludere a priori da una gara pubblica una tecnologia



che potrebbe essere più rispondente ai loro fabbisogni e all'interesse pubblico, solo a causa della sua (eventuale) esclusività e/o infungibilità.

D'altro canto, il quarto capoverso del comma "2.3 Consultazioni preliminari di mercato", prescrive: "In questi casi, la stazione appaltante deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore". Questo comma, a mio avviso, andrebbe integrato anche con la prescrizione opposta, cioè che la stazione appaltante, se ragionevolmente non può non essere a conoscenza di una tecnologia molto più idonea (BAT), rispetto a quella/e dalla stessa indicata/e nei documenti di gara, dovrebbe informare della gara e consentire la partecipazione alla stessa al detentore/fornitore della BAT, anche se detta BAT dovesse essere infungibile e/o esclusiva.

Inoltre, leggendo il primo paragrafo della nota 1 a pag. 3 delle Linee Guida "Le presenti linee-guida non trattano il fenomeno, pure rilevante, per cui i requisiti di partecipazione, le specifiche tecniche e/o i criteri di valutazione delle offerte finiscono per individuare un solo possibile vincitore", sebbene lo stesso paragrafo sia condivisibile (per le motivazioni indicate nel paragrafo seguente della nota), ritengo opportuno specificare che non dovrebbe essere viceversa legittimo per un'Amministrazione rendere meno stringenti i suddetti requisiti, specifiche e criteri, per favorire tecnologie ampiamente disponibili, a danno di una o più tecnologie BAT che, seppur esclusive e/o infungibili, siano le uniche (i) a garantire il rispetto del principio di precauzione nella tutela dell'interesse pubblico, specie nel prevenire delitti di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p. e (ii) a garantire il reale soddisfacimento dei fabbisogni dell'Amministrazione, anche in termini di complessivo contenimento dei costi.

Infine, proprio per tutelare la leale competizione, l'innovazione e l'avanzamento tecnologico in settori chiave dell'UE, eviterei di focalizzare le "Linee guida per il ricorso a procedure negoziate" alla sola indicazione delle modalità di limitazione delle procedure negoziate e suggerirei invece di completare le dette Linee Guida con una serie di raccomandazioni sulla individuazione e valutazione di tutte le BAT esistenti, sulle modalità di loro inclusione nella gara, se risultate idonee, e sulla necessità di procedure non opache di loro esclusione tramite valutazioni personali superficiali e/o arbitrarie, specie quando tale esclusione leda chiaramente il principio di precauzione e determini la protratta reiterazione dell'uso di tecnologie obsolete, specie se hanno già dato luogo a delitti di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p., o ad altre situazioni di grave nocumento dell'interesse pubblico.

Evito, nel fornire queste osservazioni, di riferirmi a esempi concreti e reali, ma chiarisco che esiste una specifica (e molto grave) casistica di riferimento, di cui è stata già data da altri sommariamente informazione a codesta Autorità nelle scorse settimane e in relazione alla quale sono stati poi forniti dei primi approfondimenti, a seguito di specifica richiesta dell'ANAC. Non lascerò comunque nulla di intentato nelle prossime settimane per indurre codesta Autorità a prendere iniziative proporzionate alla gravità dei fatti che saranno ulteriormente esposti e mi limito in questa sede a chiedere di intervenire nella stesura finale di queste Linee Guida affinché siano efficaci anche nel prevenire distorsioni diverse da quelle già efficacemente contrastate nella loro corrente stesura.