



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 294**

**DEL 22 marzo 2017**

OGGETTO: Dipartimento della Protezione Civile - Affidamento tramite procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, ai produttori della strumentazione scientifica, del servizio di manutenzione e monitoraggio del funzionamento della Rete Accelerometrica Nazionale (RAN) e dell'Osservatorio sismico delle strutture (OSS). Istanza di parere.

**AG 6/17/AP**

### **Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando**

Spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente, da un punto di vista tecnico ed economico, la mancanza di soluzioni alternative ragionevoli che possa giustificare l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, e di darne conto nella determina o delibera a contrarre.

**Art. 63 d.lgs. 50/2016**

### **Il Consiglio**

Visto il decreto legislativo n. 50/2016;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

### **Considerato in fatto**

Con nota acquisita al prot. n. 19954 del 7 febbraio 2017, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile - ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere con la quale chiede se, alla luce dell'art. 63 del nuovo codice degli appalti d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sussistono le condizioni per l'affidamento del servizio di manutenzione e monitoraggio del funzionamento della Rete Accelerometrica Nazionale (RAN) e dell'Osservatorio sismico delle strutture (OSS), tramite procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, al produttore della strumentazione sismica.

Il Dipartimento istante riferisce di aver ottenuto parere favorevole sull'argomento con Parere sulla Normativa AG7/2011, sulla base della normativa previgente, e ravvisa la necessità, anche in considerazione della predisposizione, da parte dell'Anac, di Linee Guida in materia, di acquisire un nuovo parere sull'adozione delle suddette procedure negoziate senza bando di gara.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

A tal fine, rappresenta che le Reti nazionali di carattere scientifico per la misura della risposta dinamica del terreno (RAN) e delle strutture civili pubbliche (OSS) in occasione di terremoti, composte da sub-reti, sono state realizzate gradualmente, dal 1998 in poi, mediante affidamenti con gare aperte di appalto-concorso sulla base di capitolati tecnici a carattere prestazionale, recanti specifiche tecniche redatte in termini di requisiti funzionali, così da adottare tutte le possibili cautele per evitare il lock-in. Il Dipartimento evidenzia che il sistema dell'appalto-concorso permetteva di far emergere la progettualità delle singole società, favoriva la concorrenza e gli aggiudicatari erano diversi nelle varie gare, contando oggi 5 sub-reti principali affidate a diversi produttori della strumentazione.

L'istante precisa che non sussiste l'opportunità né scientifica né tecnica né economica di prevedere sostituzioni generalizzate della strumentazione acquisita, che ha dato ottima prova, ma solo eventualmente di gradualità aggiornamenti degli strumenti usciti nel frattempo di produzione. Le Reti necessitano tuttavia di un servizio di manutenzione continuo, e il mantenimento di un elevato tasso di efficienza comporta il telecontrollo giornaliero delle postazioni, che richiede il possesso del costoso software proprietario, e la tempestività degli interventi di ripristino, laddove necessari.

Il Dipartimento evidenzia quindi che, data l'offerta limitata e la ristrettezza del mercato di riferimento, i pochi produttori presenti personalizzano la propria strumentazione scientifica e il proprio software secondo le esigenze del cliente e quindi, ove il relativo servizio di manutenzione fosse affidato con gara a un diverso operatore economico, ciò comporterebbe la necessità di interfacciarsi comunque con il produttore della strumentazione sismica.

Ritiene pertanto giustificato il ricorso, nel caso di specie, a procedure negoziate senza bando, ai fini dell'affidamento del servizio di manutenzione della strumentazione scientifica in parola direttamente al produttore.

### **Ritenuto in diritto**

Al fine di rendere il parere richiesto, si premette che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede all'art. 63 ("Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara"), co. 2 lett. b), che tale sistema è utilizzabile «quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

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



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) 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».

Il documento preliminare recante le “Linee Guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” premette che un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno, e rammenta che spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. La stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati esteri. Qualora determinati standard siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie 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 di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico).

Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo lock-in, la proposta di Linee Guida cita esempi tipici, quali il possesso di informazioni riservate, l'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo, la conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o la cattura di fatto dello stesso. Per questo si sottolinea che la progettazione di beni e servizi diviene una fase fondamentale e il progetto non deve limitarsi a considerare solo l'immediata utilizzabilità di un prodotto o servizio, ma, specie per quelli che hanno una durata protratta nel tempo, deve guardare anche agli impegni che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro e, in particolare, per quanto riguarda i rischi di infungibilità, aspetti legati a materiali di consumo, pezzi di ricambio e facilità di sostituire il fornitore.

Nel caso di specie, in considerazione di quanto dichiarato dal Dipartimento istante, emerge che il servizio di manutenzione della strumentazione scientifica in argomento sarebbe connotato da specificità tali da renderlo necessariamente dipendente dal produttore della strumentazione stessa. Al contempo la S.A. mette in luce la ristrettezza del mercato di riferimento, l'offerta limitata e la mancanza di standard veri e propri.

Si osserva che, dal punto di vista dell'apertura alla concorrenza, la scelta dei produttori è avvenuta a seguito di procedure aperte di appalto-concorso, in cui sono stati presentati progetti ad hoc, e all'esito delle quali le sub-reti sono state affidate a produttori diversi.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Si osserva altresì che il precedente Parere AG 7/2011, richiamato dall'istante, e di cui si chiede la conferma, evidenziava ragioni di natura tecnica ed esclusiva in ordine alla riparazione e sostituzione della strumentazione di cui una società determinata era produttore.

Con la presente istanza, invece, non sembra porsi in evidenza un diritto di esclusiva sulla manutenzione della strumentazione in questione, ma si sottolinea che l'eventuale scelta di un operatore economico diverso "lascerebbe a quest'ultimo il compito di interfacciarsi col produttore".

Appare quindi evidente che, nel caso di specie, la scelta di attivare una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando non possa essere giustificata sulla base della tutela di diritti esclusivi, bensì richieda la sussistenza di un presupposto diverso, quale potrebbe essere l'assenza di soluzioni alternative ragionevoli, ipotesi ora espressamente contemplata dal citato art. 63 d.lgs. 50/2016.

Spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente, da un punto di vista tecnico ed economico, anche alla luce della rappresentata esigenza di tempestività degli interventi di ripristino, la mancanza di soluzioni alternative ragionevoli che possa giustificare l'utilizzo della procedura di cui alla norma citata, e di darne conto nella determina o delibera a contrarre.

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente, da un punto di vista tecnico ed economico, la mancanza di soluzioni alternative ragionevoli che possa giustificare l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, e di darne conto nella determina o delibera a contrarre.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del  
Consiglio in data 30 marzo 2017  
Il Segretario, Maria Esposito



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

*Depositato in data*