



Autorità Nazionale Anticorruzione
VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Deliberazione n. ...

Determinazione

Linee guida

**Ricorso a procedure negoziate
senza previa pubblicazione di un bando
nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili**

Sommario

Premessa.....	2
1. Le possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi.....	2
2. L'affidamento di forniture e servizi infungibili	5
2.1 La scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara	5
2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi	6
2.3 Consultazioni preliminari di mercato	8
2.4 Come superare il rischio di lock-in	10

Premessa

Nell'ambito della propria attività istituzionale l'Autorità ha osservato come in diverse occasioni, per l'acquisizione di beni o servizi, le stazioni appaltanti ricorrano ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 (o all'art. 125 per i settori speciali) d.lgs. 18.4.2016, n.50 (di seguito Codice), 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, ecc. 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. Tale prassi determina inevitabilmente una restrizione della concorrenza, pertanto, l'Autorità ritiene necessario fornire indicazioni puntuali circa le modalità da seguire per accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio: gli accorgimenti che le stazioni appaltanti dovrebbero 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 condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara in caso di infungibilità di beni e/o servizi. A tal fine l'Autorità ha redatto le presenti Linee Guida ai sensi dell'art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016, in virtù del quale l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Le stesse non hanno perciò carattere vincolante.

1. Le possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi

In via preliminare appare opportuno ricordare che, 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, 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 sostituibile 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. Per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe

scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione.

Un bene o un servizio possono essere infungibili perché, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi, oppure a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri o, infine, a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico. Un operatore economico che offre un prodotto o un servizio infungibile potrà praticare un prezzo più elevato di quello che deriverebbe da un confronto concorrenziale, in quanto potrà sfruttare i vantaggi derivanti da una domanda inelastica, ovvero una domanda che reagisce poco a variazioni di prezzo.

Poiché l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio.

L'infungibilità che nasce 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*.

Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della Information and Communications Technology (ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione Europea ha recentemente fornito la seguente definizione di *lock-in* per gli appalti nel settore informatico: «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»¹.

Esempi nei quali il *lock-in* è l'effetto di un comportamento del consumatore/stazione appaltante sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (*sunk costs*), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai social networks), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità.

Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo *lock-in*, gli esempi tipici sono 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 e/o alla cattura di fatto dello stesso.

In tutti questi casi, il cliente incontra elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore. Ciò è vero, indipendentemente dal numero di concorrenti presenti sul mercato; anzi si può ritenere che le singole imprese tenderanno ad adottare comportamenti tanto più aggressivi quanto maggiore è il numero dei concorrenti.

Un consumatore attento nelle proprie scelte di consumo, come devono essere le pubbliche amministrazioni stante la necessità di operare nel rispetto del fondamentale principio di buona

¹ 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.

amministrazione (art. 97 Cost), deve poter anticipare i maggiori oneri futuri determinati dalle proprie decisioni di acquisto attuali. Ne discende che per alcuni beni e servizi le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale e richiedono un'adeguata ponderazione del rapporto costi-benefici in quanto il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di anni implica spesso la rinuncia ai benefici, che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi. D'altro canto l'emancipazione da un fornitore di un prodotto e/o servizio può comportare costi elevati, quali, a titolo esemplificativo: (a) i costi della migrazione di dati (e documenti) informatici, che, prima di essere trasferiti da un fornitore all'altro, devono essere preparati (bonifiche pre-migrazione); (b) i costi organizzativi, collegati alla necessità di reimpostare i servizi e di formare il personale.

È stato sostenuto che, specie per le gare di appalto, una possibile soluzione per anticipare rischi di *lock-in*, soprattutto quando vi sono costi di apprendimento elevati, sta nell'affidare appalti cosiddetti *multi-sourcing*, ovvero con due o più vincitori. In questo caso, nelle gare a valle, la stazione appaltante potrà contare sulla partecipazione dei soggetti aggiudicatari della prima, i quali avranno acquisito quelle conoscenze specifiche sui bisogni della stessa, che gli permettono di formulare offerte competitive. A parte la difficoltà di congegnare una gara *multi-sourcing*, si osserva che questa può produrre risultati positivi di prevenzione del *lock-in* solo in un numero limitato di casi, non risolvendo i problemi di *aftermarket*, di esternalità ecc. Inoltre, potrebbe produrre risultati negativi (ad esempio in termini di prezzo) in presenza di elevati costi fissi (che dovrebbero essere duplicati) ovvero a causa del mancato sfruttamento di possibili economie di scala e/o di scopo. Peraltro, non si possono escludere rischi di collusione tra i partecipanti alle gare, i quali potrebbero non essere incentivati ad offerte aggressive, preferendo accordarsi per essere tra gli aggiudicatari.

Un'ulteriore soluzione, ripresa recentemente con forza in sede europea², valida per i sistemi ICT è quella del passaggio all'utilizzo di sistemi di telecomunicazione non più basato su tecnologie proprietarie ma su standard. Secondo la Commissione, se in Europa tutte le gare fossero svolte su standard si potrebbe ottenere un risparmio annuo sui costi degli affidamenti pari a 1,1 miliardi di euro (anche se ovviamente vi sarebbe un costo iniziale per il passaggio alle nuove dotazioni) e un miglioramento della qualità dei prodotti, dovuti alla maggiore concorrenza e partecipazione di imprese alle gare. In generale, un effetto *lock-in* può derivare da una pluralità di ragioni, che devono quindi essere analizzate caso per caso.

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.

² Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione citata alla nota 2.

2. L'affidamento di forniture e servizi infungibili

2.1 La scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

L'analisi delle cause per cui un bene può essere infungibile ha mostrato che esistono numerose situazioni che possono portare una stazione appaltante a ritenere infungibile un certo bene o servizio; in alcuni casi ciò deriva da caratteristiche intrinseche del prodotto stesso, in altri può essere dovuto a valutazioni di opportunità e convenienza nel modificare il fornitore. Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare alla regola dell'evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità³.

Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene. Al riguardo occorre ricordare che per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, «le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grave su colui che intenda avvalersene»⁴.

Sulla base delle indicazioni della Corte, confermate dalla giurisprudenza costante nazionale⁵, spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. In altri termini, 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 comunitari e/o, se del caso, extraeuropei⁶. Neppure un presunto più alto

³ L'Autorità si è occupata in diverse occasioni delle condizioni che si debbono verificare per poter ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando nei casi di infungibilità della fornitura o del servizio da acquistare; si veda, oltre alle Determinazioni già richiamate in precedenza, da ultimo, la Deliberazione del 6 giugno 2014, n. 22.

⁴ Cfr. per tutte la Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05 e la giurisprudenza della Corte ivi citata.

⁵ Ad esempio, è stato affermato che: «da procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza» (Sentenza del Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26).

⁶ Ad esempio una 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 ad 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, ma il produttore dell'apparecchiatura dichiara nel manuale d'uso che la stessa deve essere utilizzata solo con materiali "originali". In tali ipotesi, infatti, sarebbe astrattamente possibile per l'amministrazione rivolgersi a più operatori economici, ma stante le

livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard. Ne consegue, pertanto, che qualora questi ultimi 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), 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, 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 internazionali, determina l'impossibilità di rivolgersi a più fornitori, allora le stazioni appaltanti possono utilizzare la procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.

Per la verifica rigorosa dei presupposti che possono condurre ad effettuare acquisti ricorrendo alle procedure derogatorie dell'evidenza pubblica di cui all'art. 63 è necessario che le stazioni appaltanti già nella fase di individuazione dei propri fabbisogni accertino le caratteristiche dei beni e servizi che intendono acquistare.

2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi

Al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici e, in particolare, allo scopo di prevenire l'insorgere di forme di lock-in o di infungibilità di prodotti o processi, le amministrazioni devono compiere un'attenta programmazione dei propri fabbisogni. Quest'ultima costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento. Nello svolgimento dell'attività di vigilanza l'Autorità ha potuto verificare la profonda correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva e le carenze riconducibili ad un'incompleta o imprecisa predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, contratto allegato, ecc.) e, prima ancora, all'assenza di un'adeguata fase di programmazione.

Il d.lgs. 163/2006 prevedeva l'obbligo di ricorrere alla preventiva programmazione dei fabbisogni soltanto per la realizzazione di lavori pubblici di importo superiore a 100.000 euro, ma non servizi e forniture. In assenza di previsione specifica, l'Autorità ha più volte sottolineato la centralità della programmazione anche per servizi e forniture, al fine di garantire l'apertura dei mercati e la prevenzione della corruzione⁷. L'importanza della programmazione per l'acquisizione di beni e servizi è

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.

⁷ Si veda, ad esempio, la Determinazione del 6 novembre 2013, n. 5, «Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture» e la Determinazione 32 del 20 gennaio 2016 «Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali».

stata definitivamente riconosciuta dal d.lgs. 50/2016: le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare un programma biennale per l'acquisto di beni e servizi di importo stimato pari o superiore ai 40.000 euro e procedere poi a successivi aggiornamenti annuali degli stessi. Nell'ambito di tale programma le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati (art. 21, commi 1 e 6). Grazie ad un'adeguata programmazione le stazioni appaltanti definiscono ex ante le proprie esigenze, individuano le conseguenti migliori soluzioni idonee a soddisfarle, evidenziando anche quali, tra le soluzioni percorribili possono comportare rischi di lock-in. In particolare si suggerisce alle stazioni appaltanti almeno di: (a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire; (b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, dei costi connessi alla realizzazione, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi.

Accanto alla programmazione, il nuovo Codice detta ora indicazioni precise per la progettazione di beni e servizi. Si ritiene questa una fase fondamentale per prevenire i rischi di lock-in; 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. Tale soluzione eviterebbe il rischio che un operatore possa adottare strategie opportunistiche, presentando un'offerta particolarmente aggressiva, potendo contare sul successivo recupero di consistenti guadagni negli *aftermarket* a danno della stazione appaltante e dei concorrenti. È necessario, quindi, che le stazioni appaltanti considerino l'intero ciclo di vita del prodotto e/o del servizio richiesto, ponendolo ad oggetto del confronto competitivo.

Grazie a tale analisi preventiva le stazioni appaltanti potrebbero prevenire fenomeni di *lock-in* in quanto verrebbero a conoscere ex ante sia la durata del prodotto sia i costi dello stesso e, conseguentemente, potrebbero programmare per tempo la sostituzione dello stesso mediante procedura concorrenziale. Il ciclo di vita comprende 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, smantellamento e fine del servizio (art. 3, lett. hhhh) del Codice).

Nel considerare il ciclo di vita di una fornitura e/o di un servizio ICT le stazioni appaltanti tengono presente che l'evoluzione tecnologica è molto rapida, e pertanto prodotti inizialmente caratterizzati da un certo grado di infungibilità potrebbero a distanza di poco tempo diventare pienamente fungibili. In tale contesto dovrebbero essere valutati anche eventuali *switching cost*, sostenuti nel caso in cui venisse cambiato il fornitore. La fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'*aftermarket* sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio. Laddove, invece, gli *aftermarket* e gli eventuali *switching cost* presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o non esistono vincoli tecnologici, economici o giuridici che impediscano all'amministrazione di rivolgersi ai fornitori universali di ricambi o servizi di manutenzione, potrebbe essere riconosciuta la possibilità di ricorrere ad affidamenti non integrati.

Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/o fenomeni di <i>lock-in</i> 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 considerano, oltre ai costi immediati che devono sostenere, anche quelli futuri attualmente prevedibili legati a elementi quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio nonché i costi per il cambio di fornitore. Le stazioni appaltanti procedono agli affidamenti considerando il costo del ciclo di vita del prodotto.

2.3 Consultazioni preliminari di mercato

Per una corretta progettazione e per un'efficiente predisposizione dei bandi di gara, nelle situazioni in cui la stazione appaltante ritiene che un certo fabbisogno possa essere soddisfatto unicamente mediante l'acquisto di beni o servizi infungibili o che possano condurre a situazioni di non reversibilità della scelta è necessario che la stazione appaltante acquisisca tutte le informazioni disponibili. Innanzitutto è opportuno che quest'ultima osservi il comportamento di acquisto tenuto da altre amministrazioni, che hanno soddisfatto analoghi interessi pubblici, verificando, in particolare, se hanno svolto procedure a evidenza pubblica e i risultati ottenuti. Potrebbe essere utile in tale fase procedere anche alla consultazione dei cataloghi elettronici del mercato delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti.

Se tale analisi non è soddisfacente, è necessario rivolgersi al mercato, attraverso adeguate consultazioni preliminari, per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede. Le consultazioni sono preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentendo alla stazione appaltante di 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.

In particolare l'art. 66 d.lgs. 50/2016, prevede ora che prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi (art. 66, comma 1). Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite dal citato decreto o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto (art. 66, comma 2).

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. La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nell'home page, 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. L'avviso indica il fabbisogno che la stazione appaltante intende soddisfare, gli strumenti che quest'ultima ha individuato per farvi fronte e i costi attesi, la richiesta di indicare eventuali soluzioni alternative, la volontà di procedere, qualora ve ne siano i presupposti, all'acquisto mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando. La stazione appaltante, inoltre, rimane disponibile a fornire ulteriori informazioni che il mercato potrebbe richiederle nel rispetto dei principi di trasparenza e par condicio.

Ciò consente alla stazione appaltante di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di ridurre proprio quelle asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza. La consultazione, ad esempio, potrebbe svelare che i costi di passaggio ad altro produttore o tecnologia interoperabile rappresentano un'alternativa economicamente più vantaggiosa rispetto al proseguimento del contratto in essere e, quindi, indurre la stazione appaltante a bandire una procedura aperta o ristretta.

Sotto un diverso profilo, occorre precisare che 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. Infatti, nel tempo le condizioni che hanno portato a riconoscere l'infungibilità della fornitura o del servizio possono variare. Peraltro, «in giurisprudenza è stato puntualizzato che la “unicità” dello “operatore economico determinato”, *id est* del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in rerum natura, bensì ne è ragionevole l'interpretazione secondo cui va considerato “unico” il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, “in quel momento, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti”, pena altrimenti una lettura della norma stessa trasmodante in una *interpretatio abrogans* della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria»⁸. In sostanza, 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.

Nella delibera o determina a contrarre la stazione appaltante dà puntuale riscontro degli esiti della consultazione preliminare 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. Si ricorda, infatti, che il valore stimato dell'affidamento, ai sensi dell'art. 35 del Codice, deve essere indicato all'avvio di ogni procedura di affidamento, indipendentemente dall'esistenza di un bando. Il prezzo pagato per la fornitura o l'affidamento deve essere calcolato secondo le procedure standard seguite dalla stazione appaltante, avendo a riferimento, ad esempio, anche il prezzo attualmente praticato alla stazione appaltante o, per affidamenti analoghi, ad altre stazioni appaltanti. La durata dell'affidamento dovrebbe essere calcolata tenendo conto, da un lato, delle esigenze di non gravare eccessivamente gli oneri per la stazione appaltante, dall'altro, del fatto che si tratta di una procedura in deroga ai principi di evidenza pubblica, circostanza che impone di limitare la durata dell'affidamento. Ciò specie se la stazione appaltante preveda ragionevolmente che potranno essere introdotti a breve nuovi servizi o forniture fungibili con quelli in esclusiva.

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, d.lgs. 50/2016 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.

⁸ Cfr. Sentenza Consiglio di Stato, sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488.

2.4 Come superare il rischio di *lock-in*

Come ricordato la Direttiva 2014/24/UE ha chiarito che è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in casi eccezionali, quando vi è un unico fornitore, «se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto».

Questa circostanza negativa, però, si verifica spesso per numerosi affidamenti, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, la quale, nel predisporre il proprio capitolato speciale può non considerare con attenzione i rischi che a seguito del primo affidamento venga definito anche il nominativo del vincitore dei successivi affidamenti. Ciò si verifica soprattutto quando non vi è un'attenta programmazione dei fabbisogni e i documenti di gara sono predisposti a ridosso della scadenza dei contratti.

Per quanto concerne il *lock-in*, la stazione appaltante può dover affrontare, nel tempo, due problemi distinti: a) produrre documentazione di gara che prevenga il rischio di rimanere legati ad un unico fornitore; b) verificare la possibilità e la praticabilità di uscire da situazioni di *lock-in*. In merito a quest'ultimo aspetto devono essere attentamente individuate le cause che impediscono o ostacolano il cambio di fornitore. Spesso le difficoltà e i costi di mutamento del fornitore possono essere sovrastimati, anche a causa dell'inerzia che caratterizza l'azione amministrativa. In generale, le difficoltà inerenti il cambio del fornitore devono essere confrontate con i risparmi di lungo periodo permessi da una maggiore concorrenza e dal poter accedere a soluzioni più efficienti.

In ogni caso si rileva che, come già sottolineato, non esiste una regola generale per prevenire e superare il *lock-in*, ma occorre procedere caso per caso.

Si è già indicato come una delle possibili soluzioni, suggerita nella letteratura e praticata per gli affidamenti in taluni settori, consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (*multi-sourcing*). Ciò può dare un certo potere contrattuale alla stazione appaltante negli affidamenti successivi, poiché potrà contare sull'esistenza di più imprese che hanno acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e le necessità dell'amministrazione (riduzione dell'asimmetria informativa). Affidamenti *multi-sourcing* possono avvenire o prevedendo più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), con l'assegnazione al concorrente primo qualificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto per la gara e a scalare per i successivi; o dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili. Il primo sistema appare più idoneo a sistemi basati su accordi quadro, il secondo sembra fornire maggiori garanzie alle imprese circa i quantitativi che possono essere ottenuti. Al riguardo va considerato, tuttavia, che i potenziali benefici del *multi-sourcing* potrebbero essere annullati dall'inevitabile duplicazione dei costi (fissi e di transazione), unita a possibili diseconomie di scala e agli inevitabili rischi di collusione). A tal fine, la previsione di lotti o quote disomogenee ma allo stesso tempo coerenti con la dimensione minima efficiente del mercato, preferibilmente aggiudicati con procedure distanziate nel tempo, potrebbe contribuire a massimizzare le potenzialità pro-competitive di tale modalità di affidamento.

Come già rilevato, 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 seconda 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. Secondo la Commissione, il ricorso a gare basate su standard permette (almeno nel lungo periodo), risparmi rilevanti sugli affidamenti, oltre a facilitare i contatti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, l'interoperabilità tra le diverse amministrazioni e le relative banche-dati, il riutilizzo delle informazioni e

l'innovazione tecnologica⁹. I principali problemi per il passaggio a gare basate su standard sono legati ai costi che si devono sopportare, specie nel breve-medio periodo, per dismettere i sistemi esistenti e nella mancanza di competenze specifiche al riguardo. È evidente che per tale scelta le amministrazioni devono confrontare i costi per la dismissione del sistema esistente con i vantaggi che si determinano nel medio lungo periodo. Tra i costi devono essere inclusi anche quelli legati alla sicurezza dei sistemi software che potrebbero nascere nel passaggio da un sistema all'altro, mentre tra i vantaggi devono anche essere inclusi quelli derivanti da esternalità positive indotte da una maggiore concorrenza nel mercato. È innegabile che in particolari situazioni vi possano essere considerazioni sulla sicurezza dei sistemi informatici che impediscono una reale competizione nel mercato; in questi casi è compito dell'amministrazione chiarire in dettaglio al riguardo e motivare adeguatamente le ragioni per cui si ritiene di dover restringere la concorrenza per lo specifico affidamento.

Nella Comunicazione del 25 giugno 2013 e nelle linee guida allegate la Commissione fornisce raccomandazioni sui seguenti aspetti:

- a) i principi da seguire in un paese, regione o settore per garantire l'interoperabilità dei sistemi;
- b) la scelta degli standard, in modo corretto e trasparente, per evitare il *lock-in* e garantire che gli stessi vengano sostituiti quando diventano disponibili standard migliori; l'identificazione delle esigenze di un'amministrazione pubblica e l'individuazione dei sistemi in grado di soddisfare al meglio dette esigenze;
- c) la pianificazione del bilancio di lungo termine per superare i costi iniziali più alti imposti dal superamento delle situazioni di *lock-in*;
- d) la conduzione delle indagini di mercato;
- e) la predisposizione dei bandi di gara.

In particolare, nelle linee guida la Commissione indica la necessità che, per superare i problemi relativi alla conoscenza e alla scelta degli standard, si sviluppino e si mantenga un'*expertise* al riguardo in strutture centrali, cui facilmente le stazioni appaltanti possano rivolgersi per l'individuazione dei propri fabbisogni e la definizione delle relative strategie (selezionare gli standard e le altre specificazioni tecniche idonee). Al riguardo occorre verificare quali standard sono forniti dal mercato, lavorare con il mercato per lo sviluppo di soluzioni sostenibili¹⁰, definire specifiche neutrali dal punto di vista tecnico (che non avvantaggino cioè alcun operatore sul mercato) e rivedere periodicamente gli standard adottati.

Inoltre, con particolare riferimento alle gare, si devono predisporre liste di standard raccomandati, modelli e testi descrittivi degli stessi, modelli per il trasferimento dei diritti di proprietà

⁹ Al riguardo particolare attenzione è stata posta in ambito comunitario alla possibile correlazione tra eventuali obblighi legali di interoperabilità e fenomeni di *lock-in*, per il settore ICT. In termini generali si può ritenere che l'interoperabilità miri alla realizzazione di servizi transfrontalieri fra gli Stati membri, conseguentemente presuppone che vengano utilizzati standard condivisi, che consentono la massima apertura dei sistemi. Difatti, considerando, che i servizi pubblici europei sono svolti nel rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità, centralità dell'utente, inclusione, accessibilità, sicurezza, trasparenza, efficacia ed efficienza, appare difficile conciliare il rispetto di questi ultimi con l'infungibilità dei prodotti e servizi informatici. Per tale ragione nelle raccomandazioni, poste in chiusura del documento denominato *European Interoperability Framework*, è precisato che le pubbliche amministrazioni si avvalgono di un approccio strutturato, trasparente e obiettivo per valutare e selezionare le specifiche formali (raccomandazione n. 21) e quando istituiscono servizi pubblici europei, prediligono le specifiche aperte, prendendo in considerazione le esigenze funzionali, il livello di maturità e il sostegno del mercato (raccomandazione n. 22). Ne consegue che eventuali obblighi di interoperabilità non possono di per sé essere utilizzati per giustificare situazioni di *lock-in*.

¹⁰ Si ricorda che per lo sviluppo di prodotti ICT non ancora presenti e in generale per gli appalti di R&S, le Direttive comunitarie prevedono la possibilità di fare ricorso ai cosiddetti *pre-commercial procurement* o ai partenariati per l'innovazione.

intellettuale, effettuare formazione specifica per gli addetti alle gare e monitorare i bandi di gara per verificare i problemi ricorrenti e trovare soluzioni al riguardo¹¹.

Tra gli standard in questione si ricorda, a titolo esemplificativo il c.d. “*Systems and software engineering - Systems and software Quality Requirements and Evaluation (SQuaRE) - System and software quality models*”, ISO/IEC 25010:2011. Questo standard definisce un modello di qualità del prodotto software composto da: idoneità funzionale, efficienza, compatibilità, usabilità, affidabilità, sicurezza, manutenibilità, portabilità. In particolare la “manutenibilità” rappresenta il grado in cui un prodotto o sistema può essere modificato e migliorato, corretto o adattato ai cambiamenti dell’ambiente, compresi gli stessi requisiti, in termini di: modularità, riusabilità, analizzabilità, modificabilità, testabilità.

Per l’individuazione dei propri fabbisogni si deve tener conto delle esigenze di interoperabilità, di uso dei dati generati o salvati dal nuovo acquisto, di accesso da parte di imprese e cittadini, di modifica del fornitore dei prodotti, nonché dei vincoli generati da accordi successivi e delle necessità di superare il *lock-in*.

Anche nelle linee guida della Commissione si sottolinea come in questo settore sia necessaria un’attenta programmazione dei propri fabbisogni. Ridursi a bandire una nuova gara all’ultimo momento espone la stazione appaltante al rischio di dover rinnovare il contratto con l’attuale fornitore, fuori da un contesto concorrenziale e dalla considerazione di possibili alternative. Nel settore dell’ICT, come in molti altri settori strategici, la programmazione deve essere di lungo periodo e deve partire dalla corretta identificazione dei propri fabbisogni, verificando le soluzioni che possono essere offerte dal mercato e interagendo con le altre amministrazioni con cui è necessaria l’interoperabilità. Nella scelta delle possibili opzioni occorre privilegiare quelle che hanno una minore probabilità di legare l’acquirente al fornitore prescelto.

Nella valutazione commerciale delle scelte occorre considerare non solo i costi immediati dell’acquisto, ma avere a riferimento l’intero ciclo di vita del prodotto, che include la manutenzione, l’aggiornamento, l’utilizzo e l’eventuale uscita, nel caso si renda necessario passare a un nuovo prodotto. I costi per il cambio di fornitore includono, non solo i costi vivi di acquisto di un nuovo prodotto, ma anche quelli relativi alla formazione e all’aggiornamento del personale e al superamento dell’inerzia amministrativa. Inoltre, bisognerebbe tener conto dei rischi associati alla scelta (ad esempio quelli relativi all’affidabilità del fornitore) e comparare i costi con quelli sopportati da altre amministrazioni in condizioni simili.

Nella predisposizione dei documenti di gara, occorre evitare di fare riferimento a marchi e altri elementi tecnici su cui esiste una privativa, nonché invitare gli offerenti ad indicare i costi necessari per rendere i prodotti serviti aperti ad altri fornitori al termine del periodo di vigenza del contratto. Si suggerisce, inoltre, di richiedere agli aspiranti concorrenti un’espressa dichiarazione, in sede di presentazione dell’offerta, circa elementi che possano comportare *lock-in* o che richiedano utilizzo di licenze. Non è infrequente, infatti, che le amministrazioni si trovino di fronte a richieste di particolari licenze, soltanto successivamente all’aggiudicazione. Nelle linee guida della Commissione sono contenute possibili clausole standard da inserire nei bandi di gara.

Anche l’esame della specifica disciplina nazionale suggerisce che promuovere l’utilizzo degli standard nelle procedure di affidamento nel settore ICT rappresenta una delle principali misure attraverso le quali prevenire fenomeni di *lock-in*. Il decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 e s.m.i., (codice dell’amministrazione digitale) prevede, infatti, che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad

¹¹ In particolare, si sostiene che nei casi in cui il prodotto o servizio oggetto di gara deve essere utilizzato da altre amministrazioni o comunque redistribuito, nei documenti di gara dovrebbe essere presente una clausola che prevede il trasferimento dell’eventuale diritto di proprietà intellettuale.

utilizzare, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni nel rispetto delle regole tecniche (art. 12, comma 2), necessarie per assicurare la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime (art. 14, comma, 1)¹². La lettura in combinato disposto delle predette disposizioni suggerisce che le stesse perseguono la finalità di assicurare l'apertura dei sistemi informativi e la circolazione dei dati fra gli stessi sistemi, da realizzare tramite l'emanazione di regole tecniche e di standard e, quindi, in evidente contrapposizione a situazioni che possano favorire fenomeni di *lock-in*. La promozione dell'uso degli standard nelle procedure ad evidenza pubblica nel settore ICT rappresenta una delle principali azioni attraverso le quali prevenire fenomeni di *lock-in* od uscirne in caso di forniture e servizi informatici. In tale contesto è opportuno che la valutazione dei suddetti standard e delle specifiche tecniche sia effettuata utilizzando apposite metodologie in grado di assicurare l'agevole condivisione degli stessi.

Appare utile, inoltre, prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole che, richiamando l'istituto del riuso delle soluzioni e gli standard aperti, valorizzino il ricorso, ove praticabile, a soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, resi disponibili nelle modalità stabilite dall'articolo 69 d.lgs. 82/2005 dalle pubbliche amministrazioni che ne sono titolari. È opportuno che queste ultime mantengano il controllo e, soprattutto, la proprietà, sui dati, partecipando, ove possibile, alla definizione della struttura di massima della base di dati o di altra soluzione di memorizzazione delle informazioni scelta e comunque assicurandosi che questa risulti essere facilmente replicabile con strumenti non proprietari. Inoltre i dati devono essere accessibili dal committente in qualunque momento e non solo a seguito di un'eventuale cessazione del contratto e dovrebbe essere richiesta al fornitore una documentazione adeguata della logica di business adottata, che sia in grado di spiegare il funzionamento dei moduli implementati, evidenziando le interfacce di ingresso e di uscita e l'algoritmo usato. Ulteriori misure per prevenire fenomeni di *lock-in* possono essere:

- a) prevedere, nel caso di contratti di outsourcing in cui l'infrastruttura sia messa a disposizione dal fornitore, una specifica clausola di riscatto tramite la quale l'amministrazione, a conclusione del periodo contrattuale, possa acquisire la proprietà dell'infrastruttura stessa. Ciò consentirebbe all'amministrazione sia di gestire tale infrastruttura con risorse proprie sia di metterla a disposizione in occasione di successive gare per l'aggiudicazione del servizio;
- b) prevedere la pianificazione, nell'ambito della documentazione di gara, di una strategia che, anche qualora, a seguito dell'individuazione delle esigenze e dell'analisi della situazione di mercato, risulti inevitabile incorrere in situazione di *lock-in*, consenta di prevedere un percorso di uscita da tale situazione, che deve intendersi come residuale e temporanea;
- c) seguire il principio di modularità del software nell'acquisizione delle soluzioni informatiche ovvero richiedere al produttore una descrizione dei moduli o componenti che costituiscono software, in modo tale che, per ciascun modulo, venga specificato il contenuto informativo richiesto in ingresso e quello atteso in uscita, non tralasciando le specifiche relative al tipo di tracciato di dati e ai tipi di formato utilizzati¹³.

¹² Il codice dell'amministrazione digitale definisce l'interoperabilità come «la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi» (art. 1, comma 1, lett.dd).

¹³ Ciò permetterebbe di effettuare la modifica e revisione del software con un onere ridotto, poiché è solo il modulo che va collaudato e non l'intero software, motivo per il quale sarebbe possibile anche effettuare la sostituzione di un modulo con

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.

una componente software di altro produttore. Peraltro la numerosità dei moduli in cui è strutturato un software è direttamente legata alla complessità delle operazioni che devono essere eseguite.