



Autorità Nazionale Anticorruzione

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
2.	OPERATORI ECONOMICI	10
3.	ALTRO.....	10

1. Stazioni appaltanti

1. Banca d'Italia

Si osserva, in premessa, che le considerazioni e indicazioni sviluppate nel documento di consultazione appaiono chiare e puntuali avuto riguardo alla complessità della materia trattata. Si sottopone, peraltro, alla valutazione dell'ANAC la questione circa la procedura da utilizzare nel caso in cui, attraverso un'indagine di mercato effettuata e documentata con le modalità suggerite nel documento, sia stata accertata l'esistenza di un vincolo tecnico che impone la scelta di un determinato bene/servizio. Qualora il bene/servizio in questione sia offerto da una pluralità di fornitori (rivenditori autorizzati dal produttore della tecnologia individuata), non è chiara la procedura da attivare. Infatti, un'eventuale procedura aperta o ristretta, riservata ai rivenditori, si scontrerebbe con il comma 13 dell'art. 68 del Codice, così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente e dalla stessa ANAC. D'altra parte, la procedura negoziata ex articolo 57, comma 2, lettera b) presuppone l'esistenza di un unico fornitore. Le procedure negoziate con più fornitori (ove applicabili) scontrerebbero invece la difficoltà di individuare i criteri con cui selezionare gli operatori di mercato da invitare. Si osserva inoltre che in relazione alle specifiche attività istituzionali svolte dalla Banca d'Italia, in taluni casi la scelta di uno specifico fornitore tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara può essere legata all'attuazione di strategie decise a livello internazionale per la realizzazione di piattaforme comuni e/o sistemi interconnessi. Alla luce di tale circostanza e in attesa della normativa di attuazione della nuova direttiva 2014/24/UE, si suggerisce l'opportunità di ulteriori approfondimenti in ordine alla nozione di "requisiti specifici di interoperabilità" che, secondo il considerando n. 50 della direttiva citata, appaiono idonei a integrare la nozione di "ragioni tecniche" su cui può legittimamente fondarsi il ricorso a una procedura negoziata.

2. Comune di Cagliari

Attualmente il codice è male impostato per gli appalti sotto soglia, con riferimento alle forme obbligatorie di pubblicità. Sono comunque previste spese eccessive di pre e/o di post informazione, con l'obbligo di pubblicazione (oneroso) su GURI e sui quotidiani. Il fatto di scaricare poi queste spese di pubblicazione sull'aggiudicatario è una falsa risoluzione a questo assurdo onere. Orbene da tempo oramai la pubblicità più efficace, che resta un dovere sacrosanto, insieme alla trasparenza ed all'imparzialità, può essere assicurata gratuitamente con le pubblicazioni dei bandi sui siti istituzionali dell'ente locale, della Regione d'Appartenenza, sul sito del Ministero e sul sito dell'ANAC. Un esempio se devo provvedere a bandire una gara per procedura aperta, sotto soglia, per l'aggiudicazione di una prestazione (servizio/fornitura) ammettiamo di euro 3.000,00 oltre IVA, i

partecipanti già vanno incontro alle spese di cauzione provvisoria e di bollo, a cui aggiungere le spese di pubblicazione a carico dell'aggiudicatario a cui sommare le spese di cauzione definitiva e di bolli per la scrittura privata. Insomma il sistema è fallito in partenza. Viceversa molto bene ha fatto il legislatore a potenziare nel codice e nel regolamento d'attuazione, rendendolo agile ed economico, il sistema delle piattaforme elettroniche d'acquisto di beni/servizi (MEPA, CAT etc.). Che hanno recepito in pieno anche queste necessità di risparmio (nessun obbligo di pubblicazione onerosa; offerta aggiudicataria con valore di contratto; niente stand still etc.). Allora come procedere? 1) Potenziare il sistema delle piattaforme, introducendo anche i lavori, oltre i servizi e le forniture, (auspicabilissimo) e rendendo meno macchinose ed incomprensibili alcune procedure di determinazione del prezzo a base d'asta (che vanno bene per acquistare articoli di cancelleria o computer ma non per prestazioni più complesse). 2) L'ANAC desidera rilevare un maggior ricorso alle procedure aperte o ristrette con previa pubblicazione di bando; ebbene metta mano alle forme onerose di pubblicità ed anche a quelle eccessivamente onerose di rogito pubblico, per soglie d'importo a base d'asta contenute (state certi che il mercato si risveglierà anche per queste forme d'appalto). Naturalmente vengono fatti salvi tutti i principi ed i sistemi di tutela e di verifica (requisiti generali e speciali) e magari svegliate le Prefetture per il rilascio delle certificazioni antimafia.

3. Comune di Monemurlo

Nell'ottica di fornire il proprio contributo alla rivisitazione del Documento di consultazione ANAC contenente le "Linee per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili", si trasmettono le seguenti osservazioni:

Il documento ha il limite di trattare soltanto gli affidamenti ICT (15% degli affidamenti per procedura negoziata senza bando su base nazionale), pur facendo menzione nelle premesse ad appalti nel settore sanitario (40%), riparazioni e manutenzioni, rifiuti, servizi ricreativi e culturali, servizi per le imprese, servizi finanziari e assicurativi, postali e di telecomunicazione.

Laddove il documento tratta degli affidamenti pluriennali come tipologia, di norma, preclusa alla pubblica amministrazione, si evidenzia che esiste la possibilità di effettuare acquisti su base pluriennale (massimo triennale) con la formula del contratto aperto (per esempio, per materiale hardware), vale a dire appalti che non impegnano obbligatoriamente l'Amministrazione al raggiungimento dell'importo contrattuale: la prestazione è pattuita con riferimento ad un periodo temporale, coincidente con quello contrattuale, per forniture non esattamente quantificate, ma stabilite secondo il fabbisogno dell'Amministrazione volta per volta. L'affidamento è effettuato sulla base di un listino prezzi, comprendente la fornitura che si intende acquistare durante il periodo contrattuale: utile introdurre una clausola che permetta, a parità di costi, l'acquisto dei prodotti più aggiornati, pur mantenendo la tipologia analoga a quella originariamente richiesta.

Per quanto riguarda le ICT, sarebbe opportuno ribadire che l'affidamento debba sempre consentire l'indizione di gara o procedura selettiva, vietando l'acquisto di prodotti realizzati da una sola ditta (privativa industriale); sarebbe opportuno imporre alla ditta fornitrice precisi obblighi contrattuali che riguardino l'intera vita del prodotto, comprendendo l'interoperabilità della procedura, le modalità di riutilizzo dei dati, le condizioni di uscita nel caso in cui si renda necessario passare ad un nuovo prodotto: ogni procedura dovrebbe essere facilmente modificabile, installabile su ogni piattaforma ed aggiornabile e i dati dovrebbero essere sempre recuperabili in un formato standard, secondo quanto prescrive la conservazione digitale).

Riguardo la manutenzione dei software applicativi, le clausole contrattuali, onde scongiurare casi di possibili lock-in, è bene che prevedano una durata temporale del contratto, idonea ai fini della remuneratività del fornitore ma anche alla valutazione obiettiva del prodotto da parte dell'Ente durante il periodo di utilizzo, considerandone costi e benefici.

La proposta del multi-sourcing non risulta facilmente percorribile: se da una parte si può ipotizzare un risparmio economico, dall'altra nascono legami con più fornitori (tot lock-in quanti sono gli aggiudicatari).

Come evidenziato nel paragrafo 3 del documento, è fondamentale la conoscenza nel campo ICT delle necessità ai fini dell'acquisto del bene o del servizio: una attenta analisi permette di evitare errori che possono comportare costi futuri. Tale principio si applica all'acquisto dei software applicativi: la conoscenza delle esigenze minime e di base permette di acquisire un prodotto massimamente aderente alle reali necessità dell'ufficio/servizio interessato. Durante la fase di valutazione, un'attenta verifica dei costi, in maniera particolare quelli di manutenzione, ma anche quelli di formazione e addestramento del personale operativo, può permettere un considerevole risparmio nel corso degli anni.

Per l'Ente scrivente è interessante anche tutto il settore dei servizi alla persona.

Alla base degli affidamenti, anche in questo settore si conferma la necessità del rispetto dei principi di programmazione e di motivazione.

Se le produzioni artistiche non possono rientrare nell'ambito degli affidamenti infungibili, legati alle direttive dell'Amministrazione, il settore deve, invece, effettuare gare e procedure selettive per l'affidamento di forniture di beni e di servizi, caratterizzati da un valore economico e dall'esistenza di un mercato, anche potenziale, per cui risulta necessario operare nel rispetto dei principi del trattato: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, parità di trattamento, rotazione, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità. I contratti relativi agli appalti di servizi è bene che abbiano in via generale durata pluriennale, in modo da permettere agli appaltatori economie di scala e remuneratività e all'Ente la soddisfazione dei bisogni dell'utenza con una spesa congrua.

Non possono che restare esclusi dalle procedure di gara quei servizi e quelle attività che hanno valenza sociale, sia in termini di operatori che come utenza finale, che si basano su una progettazione condivisa ed approvata dall'Amministrazione, che hanno un forte legame con il territorio tali da renderli esclusivi, che ottengono finanziamenti da Enti e soggetti terzi e che presuppongono per la loro attuazione un regime analogo al partenariato pubblico-privato: si tratta di fattispecie riconducibili alla legge 328/2000, recante la Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, ed all'118 della Costituzione italiana ["Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà"]. Anche nell'ambito delle associazioni, di norma, si effettua una procedura selettiva se le attività che si affidano possono interessare una pluralità di concorrenti oppure se la loro remunerazione può essere potenzialmente fatturabile e non riconducibile al contributo o se si tratta di attività gestionali e non accessorie ad un servizio principale. La valenza progettuale, per dette tipologie di affidamento, resta comunque fondamentale e determinante. Sperando di aver fatto cosa gradita nel fornire il suddetto contributo, si resta in attesa di Vostro feedback in merito. Distinti saluti.

4. Regione Campania

Una rilevante quantità di procedimenti attivati in applicazione delle norme dettate dall'articolo 57 del Codice degli appalti, per le molteplici ipotesi previste dal medesimo articolo, conseguono dalla sostanziale disapplicazione del "principio della programmazione" dei contratti pubblici; peraltro, il vigente articolo 128 del Codice degli appalti limita tale principio alla sola ipotesi dei lavori pubblici che singolarmente eccedono il valore di centomila euro. Sarebbe dunque auspicabile una modifica normativa con cui "rinforzare" il principio della programmazione per tutti i contratti pubblici (compresi quelli di acquisizione di beni e servizi), con riduzione al minimo necessario del ricordato valore di centomila euro.

5. Consip

Di seguito, il breve contributo che Consip intende fornire alla consultazione con disponibilità ad integrare – ove questa Autorità lo ritenga opportuno – quanto di seguito brevemente illustrato. Consip svolge – in virtù di specifiche disposizioni di legge - il ruolo di centrale di Committenza per diverse Amministrazioni. L'esigenza acquisitiva che l'Amministrazione sottopone alla Consip viene scandagliata ma nel rispetto di due limiti: i) la conoscenza che solo l'amministrazione ha dei vincoli di sistema/luogo; ii) il tempo necessario per l'espletamento dell'acquisizione. Per quanto attiene il primo punto, solo l'Amministrazione può valutare l'infungibilità del bene che intende acquisire in ragione del proprio sistema/luogo. Rispetto al secondo punto, non di rado, dal momento in cui nasce l'esigenza vi è necessità di dare corso in tempi brevi all'iniziativa con conseguente rischio, nel caso di allungamento delle tempistiche, di reale pregiudizio in termini economici qualora si propenda successivamente per il ripristino dello status quo (es. se compro il rinnovo di una licenza dopo il termine di vigenza contrattuale, il fornitore potrebbe richiedere il prezzo intero della licenza e non il prezzo del solo aggiornamento).L'auspicata programmazione andrebbe quindi necessariamente realizzata a monte con il coinvolgimento degli organismi deputati (Agid prima di tutti). Rispetto a quanto prospettato dalla “Comunicazione della commissione” del 25.6.2013 in ordine alla definizione di lock-in come difficoltà dell'amministrazione di cambiare facilmente fornitore alla scadenza del contratto per l'indisponibilità di informazioni essenziali sul sistema, questa Società ritiene che il problema sia, invece, da individuarsi nei vincoli tecnologici che si creano in virtù della selezione di un determinato sistema anche se effettuata a seguito di una procedura aperta. Occorre che questa Autorità chiarisca se vietare, sin dalla fase di presentazione delle offerte, l'utilizzo di prodotti con caratteristiche proprietarie e non sostituibili con altri prodotti. Voglia altresì questa Autorità specificare se il pericolo del lock-in si configura, indistintamente, sul sistema nella sua interezza o, diversamente, si atteggia, con maggiore o minore intensità, rispetto a singole componenti del sistema informativo. In caso di disomogeneità del livello di rischio, si chiede di graduarlo con specifico riferimento a: Hardware centrale/Hardware periferico; sistemi operativi e di virtualizzazione; middleware; pacchetti applicativi; software custom sviluppato ad hoc; Sistemi specializzati (es. appliance, centralini telefonici); Servizi di gestione applicativa e sistemistica; Altri servizi (es. contact center). L'Autorità suggerisce, per evitare situazioni di lock-in, di operare in ragione di standard. Ad avviso della scrivente, una iniziativa orientata ad uno standard invece che ad uno specifico marchio non impedisce necessariamente l'insorgere di tale fenomeno. Voglia questa Autorità chiarire la modalità da seguire nel caso in cui i costruttori affianchino gli standard con caratteristiche proprietarie (ad es. i centralini telefonici di fornitori diversi riescono ad interagire ma solo per quanto riguarda le funzionalità di base; quelle evolute rimangono generalmente escluse). In disparte il lock-in, l'Autorità evidenzia come l'infungibilità del bene/servizio debba essere supportata da un'analisi del mercato di riferimento che escluda soluzioni alternative, le cui risultanze vanno tradotte poi nella delibera/determina a contrarre. Si chiede di precisare le forme di pubblicità da adottare per tale analisi; il dettaglio di informazioni da mettere a disposizione sul proprio fabbisogno; il rilievo, ai fini della infungibilità, dell'integrale copertura delle funzionalità attese ovvero solo di talune principali (fermo restando che le rimanenti verrebbero comunque richieste in una successiva gara ad evidenza pubblica); la possibilità o meno di dare seguito a prove funzionali sui prodotti; il fattore tempo come discriminante tra un prodotto/servizio immediatamente pronto all'uso e altro disponibile solo dopo che l'OE abbia implementato tutte le funzionalità; ecc. Si chiede all'autorità di voler chiarire la modalità da seguire in caso di policy commerciali praticate dalle case produttrici/software house. Nel dettaglio, non di rado le stesse che si avvalgono di una rete di partners mantengono in capo a sé l'erogazione di determinate tipologie di prestazioni le quali non

possono essere effettuate dai rivenditori/distributori. In tale contesto, l'esistenza di una rete di distribuzione/rivendita impedisce il configurarsi di una situazione di esclusiva commerciale tale da giustificare il ricorso ad una procedura negoziata; al contempo, le stesse sono, di fatto, sottratte alla disponibilità dei rivenditori e non sempre compatibili con i limiti di legge fissati per il ricorso al subappalto ex art. 118 ove erogate in via esclusiva dalla casa madre in accordo con proprie policy commerciali interne.

6. Protezione Civile

Il quesito riguarda la compatibilità, con la bozza di Linee Guida, dell'approccio di seguito descritto, relativo alla realizzazione e la successiva gestione di reti nazionali di misura di parametri ambientali a fini di allertamento, nonché scientifici e normativi (abbr. Reti). Le Reti avrebbero carattere permanente, e sarebbero realizzate gradualmente, secondo il finanziamento disponibile, per mezzo di appalti conseguenti a gare aperte, del tipo dell'appalto-concorso, con capitolati tecnici a carattere prestazionale, sviluppati da struttura tecnica interna alla committenza. A seguito delle gare che sarebbero eseguite, e data la natura prestazionale dei capitolati tecnici, ogni Rete risulterebbe alla fine composta da più sub-Reti, ciascuna con strumentazione di misura fornita da produttori diversi. La natura prestazionale delle richieste dei capitolati tecnici eviterebbe infatti ogni forma di predeterminazione dell'aggiudicatario, assicurando piena concorrenza e, con l'appalto-concorso, l'acquisizione da parte della committenza di proposte tecniche originali e innovative. L'approccio preverrebbe oggettivamente effetti di lock-in nella realizzazione delle Reti. Conclusa la fase di realizzazione, le strumentazioni di misura (abbr. strumentazione) e le postazioni delle sub-Reti che le contengono avrebbero bisogno di continui servizi di manutenzione. Per assicurare l'omogeneità di ciascuna sub-Rete e la compatibilità con il rispettivo software proprietario di gestione, sia la fornitura che la riparazione delle parti di ricambio dovrebbero essere affidate al produttore della strumentazione (abbr. produttore), che nel settore, caratterizzato da un mercato molto limitato (centri di ricerca o istituzioni pubbliche), generalmente commercializza in esclusiva i propri prodotti e dispone in esclusiva del know-how e delle parti interne per la riparazione. Soprattutto a fini di allertamento, i dati dovrebbero affluire in pochi minuti e praticamente da tutte le postazioni di misura presenti nell'area coinvolta, in modo da avere una descrizione completa in tempo reale degli effetti dell'evento. Diversamente, occorrerebbe una ridondanza delle postazioni, improponibile dato l'alto costo della strumentazione. Nel contratto di manutenzione quindi si dovrebbero imporre un alto tasso di efficienza minima garantita e tempi di ripristino garantiti, con penale giornaliera in caso di mancato rispetto. Il produttore dovrebbe effettuare un telecontrollo giornaliero delle postazioni della sub-Rete, per mezzo del software proprietario, ed eseguire i necessari interventi di ripristino, riparando in situ o sostituendo contestualmente i componenti guasti della strumentazione, da riparare nei propri laboratori e reinserire nella scorta-ricambi. Fino ad un certo massimale per intervento, le riparazioni sarebbero incluse nel prezzo dell'appalto. La scelta della procedura negoziata senza bando di gara, per l'affidamento della manutenzione proprio al produttore dovrebbe assicurare il raggiungimento del richiesto altissimo tasso di efficienza della sub-Rete. Inoltre essa eviterebbe alla committenza maggiori spese per dotare l'appaltatore del costoso software di gestione o riconoscergliene l'onere, in quanto il produttore già dispone del proprio software, ed anzi in una gara per questa ragione egli sarebbe avvantaggiato. Come lo sarebbe per la scorta ricambi, che non dovrebbe essere completamente costituita a spese della committenza, disponendo il produttore comunque di scorte dei propri prodotti. E come lo sarebbe altresì per le riparazioni, sulle quali un diverso aggiudicatario applicherebbe un ricarico sul prezzo a lui applicato dal produttore, che, come

anticipato, della riparazione ha l'esclusiva per via del necessario know-how e della disponibilità delle parti interne di sua produzione, come ha l'esclusiva della fornitura di eventuali componenti sostitutivi. Anche in caso di diverso aggiudicatario, questi affiderebbe al produttore gran parte delle attività non in situ. Per evitare ciò resterebbe la scelta della ricostruzione della Rete con strumenti prodotti da tale aggiudicatario, improponibile per gli alti costi della strumentazione. Nell'ipotesi corrente di scarsità del personale tecnico della committenza, il contratto dovrebbe essere "chiavi in mano" ed omnicomprensivo. I dati della strumentazione sarebbero forniti puntualmente, evitando alla committenza ulteriori oneri tecnici od amministrativi; sarebbero incluse la manutenzione e supporto professionale per il centro di elaborazione e diffusione dati della committenza, la manutenzione del "contenitore" e degli impianti delle postazioni ed il supporto per il dispiegamento di postazioni aggiuntive temporanee. In caso di affidamento diretto al produttore, il prezzo del servizio dovrebbe essere mantenuto costante e minore del 20% del costo di una nuova postazione, mentre il tasso di efficienza garantita dovrebbe essere imposto crescente di anno in anno. In conclusione, riferendosi alle norme ed agli scenari considerati nelle Linee-Guida, per l'affidamento diretto dei servizi di manutenzione delle Reti, sopra descritti, sembrano ricorrere in generale le condizioni di cui all'art.57, c.2 lett. b), e tutt'al più per la parte fornitura di parti di ricambio il c.3 lett.b), e ciò anche in presenza di incarichi ripetuti negli anni ai produttori della strumentazione sismica delle varie sub-Reti. Con lo sviluppo ed impiego di capitolati a carattere prestazionale e l'esecuzione di gare europee d'appalto-concorso con esiti in generale diversi da una gara all'altra, si ritiene che sarebbero veramente messe in atto tutte le possibili cautele per evitare il lock-in. Ovviamente lo scotto da pagare sarebbero la maggiore complessità della gestione e le difficoltà di integrare informazioni provenienti da congegni diversi. Non sarebbe invece possibile il multi-sourcing in una gara unica, a causa della difficoltà di disporre in un esercizio finanziario dell'intero budget necessario. Apparentemente la situazione che l'approccio proposto verrebbe a creare per gli appalti di manutenzione potrebbe sembrare di lock-in, visto che manterrebbe nel tempo sia il medesimo appaltatore (il produttore), sia la strumentazione. Inoltre forse si potrebbe temere una situazione di aftermarket con irrigidimento del mercato, dal quale il produttore potrebbe trarre vantaggio innalzando i prezzi dei ricambio o della manutenzione. La soluzione del problema dovrebbe ritrovarsi in una corretta ed oculata gestione. Pretendendo infatti un altissimo tasso di efficienza delle sub-Reti, applicando rigorosamente le penali in caso di mancato rispetto, e mantenendo costante con un serrato negoziato precontrattuale il prezzo del servizio di manutenzione con riparazioni incluse, gli effetti del lock-in e dell'aftermarket sarebbero di fatto neutralizzati. Si prega pertanto Codesta Autorità di voler considerare la fattispecie sopra descritta nelle future Linee Guida. Si ringrazia.

7. Rai Way spa

Si ritiene possibile, quale contributo, esporre le seguenti riflessioni. La direttiva 2014/24/UE del 26.2.2014 ("considerando 50") riguardo alle procedure negoziate verso un operatore economico esclusivo senza preventiva pubblicazione di un bando di gara, comunque qualificate eccezionali, prevede: "Se la situazione di esclusività è dovuta a ragioni tecniche, queste dovrebbero essere rigorosamente definite e giustificate caso per caso. Potrebbe rientrarvi, ad esempio, il caso in cui sia tecnicamente quasi impossibile che un altro operatore economico consegua i risultati richiesti o la necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui solo un unico operatore economico dispone. Le ragioni tecniche possono anche derivare da requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei lavori, delle

forniture o dei servizi da appaltare.” I casi di esclusività enunciati, pur avendo alla base “ragioni tecniche” (sempre da motivare caso per caso a cura della stazione appaltante, individuandosi al riguardo la competenza nella persona del responsabile del procedimento per la fase di progettazione), sono diversi: 1) “quasi impossibilità tecnica” che un altro operatore consegua i risultati richiesti. Il “quasi” relativizza e rende opinabile l'impossibilità, dovendo quest'ultima essere prospettata a monte, cioè prima dell'affidamento per poterlo giustificare. Dovendo ritenersi assai raro il caso che un risultato non possa essere raggiunto tecnicamente da più soggetti (salvo il caso di brevetti o privative ma in tal caso si verterebbe in impossibilità giuridica e non tecnico-fattuale) l'interpretazione corretta sembra poter discendere – come si esprime la norma – dai “risultati richiesti”, rimettendosi in tal caso la valutazione alla stazione appaltante (appunto “richiedente”) che ne darà congrua motivazione. Si pone, peraltro, il problema del “se” nella valutazione dei “risultati richiesti” debba rientrare anche la valutazione economica del costo per raggiungerli. Appare, infatti, ben possibile che un soggetto, pur in presenza di un oggetto tecnicamente realizzabile da più operatori, goda di una situazione oggettiva di vantaggio rispetto agli altri, tale da consentirgli un'economia di scala idonea a rendere logico presumere che, a priori, nessun altro possa raggiungere i medesimi risultati tecnici a costo inferiore, così da risultare “quasi impossibile” che un altro operatore economico li assicuri. Lo scrutinio non è agevole tenuto conto che ogni stazione appaltante ripartisce le disponibilità finanziarie fino alla capienza e non dispone di risorse pecuniarie illimitate. In tal senso, se dovesse rientrare nel “risultato atteso” anche il riferimento al budget disponibile, la stazione appaltante avrebbe maggiore discrezionalità nel dare contenuto concreto alla “quasi” impossibilità, potendo più facilmente motivare nel senso che il raggiungimento del risultato “atteso” è assicurabile dall'operatore che più di tutti riduce i costi (criterio qualità-prezzo, ove la qualità è appunto l'elemento tecnico divisato). Se, invece, l'aspetto economico non dovesse entrare per nulla nella valutazione dei “risultati richiesti”, il “quasi impossibile” apparirebbe in concreto di difficile configurazione dato che – in mancanza di esclusive o brevetti – sembra assolutamente residuale l'ipotesi che un patrimonio tecnologico non sia accessibile da tutti con parità di esito. Del resto, nella fattispecie riportata al citato passaggio del “considerando 50” della direttiva, i casi di esclusiva o brevetto non possono essere ricompresi in quanto, in caso di ricomprensione, non si verterebbe nella “quasi impossibilità” di un risultato ma nell'assoluta “impossibilità giuridica”. Pertanto, potrebbe ritenersi che, laddove la stazione appaltante, nell'individuare a priori l'esclusiva in favore di un soggetto per la procedura negoziata, faccia riferimento alla “quasi impossibilità” del risultato richiesto menzionata nella direttiva in questione, sarebbe legittimata a motivare, oltretutto su dati strettamente tecnici, anche sugli aspetti economici che indurrebbero a ritenere non migliorabile il costo offerto da un appaltatore a parità tecnologica. Ovviamente la motivazione al riguardo non potrà che essere rigorosa e fare riferimento agli esiti di ricerche di mercato condotte, pur rilevando che, al di sotto della soglia comunitaria e del limite di valore di euro 40.000 ex art. 125, comma 11 ultima parte, del Codice dei contratti pubblici, la discrezionalità valutativa della stazione appaltante risulterebbe ampia. 2) “necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui un solo operatore economico dispone”. Non può ritenersi che tale previsione si riduca ai casi di brevetto e privativa industriale. Sarebbe stato, infatti, agevole per il normatore comunitario fare riferimento alle suddette fattispecie caratterizzate da diritti di esclusiva. Avendo, invece, utilizzato espressioni estese come “conoscenze, strumenti o mezzi specifici”, deve ritenersi che abbia inteso far riferimento anche a situazioni fattuali diverse dalla privativa giuridica. Inoltre, mentre riguardo a mezzi o strumenti specifici un diritto di esclusiva giuridicamente riconosciuto erga omnes appare ben configurabile, ancorchè nella forma del brevetto per modello industriale, arduo è riconnettere

esclusiva ad una “conoscenza” pur tenuto conto dell’ampiezza riconducibile al concetto di “know now”. L’opinabilità del riferimento alla “conoscenza” appare evidentissimo nel caso dei servizi di consulenza e, in particolare, di quelli di “consulenza gestionale e affini” di cui all’Allegato II A punto 11 menzionato agli artt. 20 e 21 del Codice. La stragrande maggioranza degli operatori che forniscono consulenza agli organismi di diritto pubblico anche in forma societaria hanno un proprio parco conoscenze differenziato e, in molti casi, persino un metodo operativo brevettato. Interpretando il riferimento della direttiva europea in questione alle “conoscenze” in senso letterale, la stazione appaltante avrebbe massima discrezionalità di negoziare con l’operatore che venisse ritenuto in possesso delle “conoscenze” idonee alla consulenza che si ritenesse di richiedere, non potendo alcuno sindacare le scelte di merito di ogni singola stazione appaltante riguardo alle “conoscenze” ritenute adatte al caso. Si verterebbe, infatti, in un ambito di valutazioni sul merito, riservate alla stessa stazione appaltante e non sindacabili neppure dal Giudice Amministrativo laddove l’indicazione delle ragioni di scelta del soggetto in possesso di tali “conoscenze” trovasse adeguata motivazione tale da non integrare la patologia dell’eccesso di potere. La direttiva europea, pertanto, menzionando le “conoscenze”, sembra legittimare le stazioni appaltanti a ricorrere agevolmente all’affidamento diretto di contratti di consulenza gestionale ed affini, fermo restando l’obbligo di motivazione, peraltro non difficilmente attuabile. 3) “requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei servizi, dei lavori e delle forniture da appaltare”. Mentre nel caso menzionato al precedente punto 1) l’aspetto economico può essere eventuale, nel caso di cui al presente punto 3) il medesimo connota inevitabilmente la problematica dell’interoperabilità. E’ evidente, infatti, come un sistema tecnico che deve dialogare ed interfacciarsi con altri sistemi tecnici e, quindi, interoperare con essi, non può non avere le stesse specifiche tecniche di questi ultimi. Solo l’operatore che ha costruito e reso attivi i sistemi tecnici principali nella maggioranza dei casi possiede gli apparati e le conoscenze tecniche per assicurare l’interoperabilità di un nuovo sistema da collegare ai precedenti. L’interoperabilità, in tal senso, si pone come la principale base ed una chiara giustificazione del “lock in”. La direttiva europea va in tale direzione perché la menziona espressamente, legittimando l’interoperabilità come “ragione tecnica” fondante la trattativa privata con unico operatore. L’elemento economico diviene allora essenziale e caratterizzante. Infatti, se la stazione appaltante avesse sempre disponibilità di risorse economiche tali da poter sostituire in unico contesto tutti gli altri sistemi con cui il nuovo deve interfacciarsi, dialogare ed interoperare, allora l’esclusiva in favore di un solo operatore potrebbe venir meno perché non verrebbe sostituito solo un sistema ma tutti i sistemi, con possibilità di provvedere all’integrale ricambio da parte di più operatori. Il costo di sostituire tutti i sistemi, peraltro, è spesso insostenibile in contesto di “spending review” o di budget limitato, con conseguente necessità di ricorrere al solo operatore in possesso del sistema interoperabile con il coacervo precedente. In molti casi, altresì, non può assumere rilevanza neppure il criterio del “ciclo di vita del prodotto (sistema complessivo)” nel senso che trascorso un termine iniziale, tutto il complesso sistemistico potrebbe essere rimosso ex novo e rifatto ab ovo. Quasi sempre, infatti, un complessivo sistema è in grado di mantenere efficienza per più anni ancorché ne siano trascorsi i termini di ammortamento e il canonico “ciclo di vita” stimato all’inizio dell’affidamento sia temporalmente superato. Un periodo lungo renderebbe inevitabile l’acquisto nel tempo di sistemi interoperabili dal solo operatore in grado di fornirli. Né è possibile imporre alle stazioni appaltanti il ricambio di sistemi complessi che ancora funzionano bene e sono efficienti, ancorché siano trascorsi anni dall’entrata in esercizio, soprattutto laddove il costo del ricambio integrale sia molto elevato e non sostenibile con le risorse rese disponibili. La direttiva europea, pertanto, menzionando

l'interoperabilità come ragione tecnica eccezionale rispetto all'affidamento verso più operatori, costituisce un elemento giuridico che fonda, rafforza e giustifica situazioni di "lock – in". Un'ultima riflessione sulla ricerca di mercato. Allo stato non vi sono specifiche disposizioni che ne forniscano regolamentazione, rimettendosi alla discrezionalità delle stazioni appaltanti l'individuazione delle opportune modalità. L'esito delle ricerche di mercato, peraltro, spiega utili effetti per il riscontro dei prezzi ex art. 7, comma 5, del Codice, soprattutto in quei settori merceologici che sfuggono alle categorie Consip ed ai dati ricavabili dal sistema Acquisti in rete. In tale complesso contesto potrebbe assumere un qualche significato estendere, anche attraverso i preannunciati poteri regolamentari di soft law da attribuire all'ANAC, la previsione di cui all'art. Articolo 40 della direttiva 2014/24/UE "Consultazioni preliminari di mercato - Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi", a tutte le ipotesi in cui una stazione appaltante ravvisi i presupposti per il ricorso ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando (ad eccezione delle infungibilità "assolute" quali brevetti e privative industriali) mediante preventiva pubblicazione dell'informativa nel portale Acquistinrete in una sezione "ricerche di mercato", all'interno della quale le stazioni appaltanti possano esporre le ragioni dell'infungibilità tecnica, con esternazione erga omnes, e facilitando così la conoscenza di esse a vantaggio degli operatori in grado di offrire il prodotto o servizio divisato indicandone le condizioni economiche e permettendo anche la diffusione dei loro esiti per tutti i benefici che ne possano discendere per i ricomposti utili effetti per il riscontro dei prezzi ex art. 7, comma 5, del Codice. Attraverso la preventiva pubblicazione tutti gli operatori di mercato verrebbero a conoscenza dell'intenzione di una stazione appaltante di procedere con una procedura negoziata senza bando con un unico operatore infungibile "per ragioni tecniche" ed avendo, per questa via, la facoltà di prospettare soluzioni tecniche alternative ed equivalenti (nel rispetto delle previsioni dell'art. 68 del D.Lgs. 163/06) ferma restando la necessità di garantire l'interoperabilità con gli esistenti sistemi ed a condizione che la soluzione alternativa ed equivalente non sia antieconomica per la stazione appaltante e fermo restando, anche in tale ipotesi, i permanenti limiti dettati dall'inevitabile discrezionalità valutativa della stazione appaltante in materia di apprezzamento della prospettata soluzione tecnica alternativa ed equivalente.

2. OPERATORI ECONOMICI

1. Dicarlobus srl

Una società a totale capitale pubblico, può creare un pool e/o accordo commerciale con due imprese private per la gestione di autolinee commerciali liberalizzate, sulla stessa tratta, dove operano molti altri operatori, in maniera discrezionale e senza mettere in campo appunto procedure ad evidenza pubblica? Si tenga conto che il valore dell'operazione è di svariati milioni di Euro all'anno.

3. ALTRO

1. Federico Cozza

Riguardo alla fase di consultazione del mercato (esterno o interno) propedeutica alla dichiarazione di infungibilità (pag. 9 del documento), non essendo ad oggi univocamente definito un metodo per l'effettuazione della stessa, si propone di verificare - ed esplicitare nel corpo delle linee guida - la

legittimità per le stazioni appaltanti di utilizzare a tale scopo l'“avviso volontario per la trasparenza preventiva” di cui all'art. 79 bis del Codice Appalti, nato per altra funzione ma di fatto largamente utilizzato dalla P.A. come metodo di indagine. Si chiede di chiarire, tra l'altro, se la pubblicazione di tale avviso in questo caso possa precedere l'atto di affidamento dell'appalto da parte della stazione appaltante o debba invece seguirlo, come previsto nell'art. 79 bis. Nel caso in cui si ritenga non legittimo l'utilizzo a questo fine di tale istituto, si chiede di esplicitare quale sia la corretta forma di pubblicità utilizzabile per effettuare indagini di mercato su scala comunitaria. E' auspicabile che le linee guida approfondiscano maggiormente i criteri ai quali le stazioni appaltanti debbano attenersi nel ricorso all'art. 57 comma 2 lettera b del Codice, con particolare riguardo al livello di discrezionalità nel definire i contenuti prestazionali minimi dell'appalto che possono determinare l'infungibilità: si ritiene infatti che sia critica – anche al fine del raggiungimento degli scopi del documento - la stigmatizzazione della differenza e del rapporto tra lo status di “infungibilità” di un determinato prodotto e lo status di “indispensabilità” della particolare funzione/prestazione svolta dal medesimo prodotto, in quanto di fatto è quest'ultima ad innescare e pilotare l'intero processo di accertamento dell'infungibilità (e la conseguente possibilità di derogare dall'evidenza pubblica). L'indispensabilità, pertanto, proprio in quanto condicio sine qua non per la successiva - eventuale - infungibilità, dovrebbe essere accertata preventivamente con procedure e metodi altrettanto rigorosi (che tengano conto, tra l'altro, del principio generale di equivalenza richiamato nel documento di consultazione), i cui esiti dovrebbero essere riportati negli atti di affidamento esattamente come già accade per gli esiti della successiva indagine di mercato; a titolo esemplificativo, si segnala in tal senso la procedura adottata dagli I.F.O. di Roma con delibera n° 592 del 03/08/2015. Come evidenziato nel documento di consultazione, in diversi settori del mercato è prassi dei produttori di beni (prevalentemente a contenuto tecnologico, come apparecchiature o impianti) imporre condizioni che prevedono, per le stazioni appaltanti, precisi vincoli riguardanti i successivi affidamenti dell'assistenza tecnica e/o della fornitura di ricambi o materiali di consumo, questi ultimi spesso dedicati e di produzione esclusiva. Si suggerisce pertanto che le linee guida approfondiscano il concetto di "lock in" al di fuori dei confini del settore ICT, prevedendo l'opportunità di valorizzare, nei bandi di gara, soluzioni "aperte" anche dal punto di vista dei materiali di consumo e dell'assistenza tecnica, accennando con l'occasione – eventualmente con rimandi a normativa di settore, non di competenza diretta dell'Autorità ma con evidente ricaduta sulle questioni qui dibattute - anche a quale sia, nel merito, l'effettivo livello di autonomia delle stazioni appaltanti rispetto alle condizioni imposte dal produttore: può una stazione appaltante che abbia già acquistato un'apparecchiatura - per la quale il produttore dichiara formalmente di essere l'unico ad effettuare l'assistenza tecnica - rivolgersi ad un altro operatore economico che dimostri di possedere i requisiti tecnici per effettuare la medesima assistenza? Può una stazione appaltante utilizzare per un'apparecchiatura 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”? Le due questioni, almeno nel settore sanitario, sono caratterizzate da diffusione ed impatto economico tali da giustificare un pronunciamento in tal senso da parte dell'Autorità. E' opportuno che le linee guida precisino che una stazione appaltante, che abbia correttamente verificato ed accertato - in un preciso contesto operativo e temporale - l'infungibilità di un determinato prodotto, è comunque tenuta a verificare anche (se non già fatto contestualmente alla verifica dell'infungibilità) la presenza sul mercato di più operatori economici in grado di fornire il prodotto infungibile. E' infatti comune il ricorso all'affidamento diretto ad un determinato operatore economico, ai sensi dell'art. 57 comma 2 lettera b, giustificato sulla sola base dell'infungibilità del prodotto, pur in presenza di altri operatori economici in grado di fornire il medesimo prodotto infungibile.

2. Studio legale Giurdanella & Partners

Il sistema delle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando ex art. 57 d.lgs.163/2006, nell'ambito della contrattazione pubblica, ha avuto un effetto boomerang nell'attività negoziale svolta dalla Pubblica Amministrazione, dal momento che nell'applicazione pratica, anziché

portare ad un alleggerimento della prassi negoziale amministrativa in quei settori in cui la contrattazione pubblica con bando di gara, ha dimostrato di essere fonte di innumerevoli problematiche. La questione che si pone è se la disfunzione riguardi l'istituto in quanto tale o se i risultati poco soddisfacenti derivino da un problematico utilizzo dello stesso all'interno del sistema della contrattazione pubblica. Senza il pericolo di un'imminente scadenza dei contratti dei servizi o delle forniture, la programmazione risulterebbe più oculata e si potrebbero concludere contratti pubblici con la procedura di cui all'art. 57 senza che ciò a lungo termine porti all'annullamento della concorrenza in alcuni settori e ad un'ingente spesa per la P.A. Come imporre una necessaria programmazione nell'attività della Pubblica Amministrazione? Negare la possibilità di utilizzare una tale risorsa senza una progettualità e programmazione efficiente, di cui si dovrebbe dare conto nella motivazione del provvedimento di delibera a contrarre, proprio perché la mancanza di programmazione viola il principio di buon andamento ex art. 97 Cost. e inoltre viola i principi di trasparenza, pubblicità, certezza del diritto, libera concorrenza ed economicità della PA. In sintesi, si evidenzia che: L'obbligo di programmazione triennale, anche in materia di appalti servizi e forniture, in attesa di uno specifico ed auspicato intervento normativo, deve ritenersi già gravante sulla PA procedente, nel caso in cui essa intenda avvalersi del sistema derogatorio previsto dall'art. 57. E dunque, in assenza di prova dell'esistenza di precedenti atti di programmazione, la stazione appaltante non potrà legittimamente procedere ad acquisti con procedura negoziata senza bando.