



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287

relativo alle linee guida “per il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili”, predisposte dall’Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC

Inviato

all’Autorità Nazionale Anticorruzione

Rif. n. S2711

00198 Roma
Piazza G. Verdi, 6/a - Tel. 06858211

Autorità Nazionale Anticorruzione
Via Marco Minghetti, 10
00187 Roma
protocollo@pec.anticorruzione.it

Con riferimento alla richiesta di parere formulata ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 dall'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, concernente le linee guida “*per il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*”, si comunica che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 dicembre 2016, ha ritenuto quanto segue.

Le linee guida sottoposte all'attenzione dell'Autorità sono volte a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti sulle condizioni che devono sussistere affinché possa legittimamente derogarsi ai principi dell'evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi infungibili e sugli accorgimenti che devono essere adottati per evitare di trovarsi in situazioni caratterizzate da fenomeni di c.d. *lock-in*.

Sul tema del ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, l'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni¹, principalmente con riferimento alla prassi di alcune amministrazioni di derogare con eccessiva leggerezza al principio di evidenza pubblica, estendendo ingiustificatamente l'ambito di applicazione dell'abrogato art. 57 del D.lgs. n. 163/2006 ora trasfuso, con qualche modifica, nel testo dell'art. 63 del D.lgs. n. 50/2016 (in seguito anche Nuovo codice dei contratti pubblici).

¹ Senza pretesa di esaustività, si consideri il caso AS755 - *GESTIONE INFORMATIZZATA DEGLI ATENEI UNIVERSITARI*. Anche con riferimento all'affidamento di attività accessorie al servizio di illuminazione pubblica, l'Autorità ha sollevato dubbi sulla condotta delle amministrazioni propense ad affidare direttamente i lavori di ammodernamento illuminotecnico a Enel Sole, v. AS1240 - *MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE PUBBLICA COMUNALE*.

In tutte le ipotesi, da valutare restrittivamente, in cui la particolare natura del bene o del servizio richiesto dall'amministrazione sia tale da restringere fisiologicamente la platea dei potenziali partecipanti alle gare o autorizzare la deroga alla regola dell'evidenza pubblica ai sensi del citato art. 63, le amministrazioni devono adoperarsi affinché il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato, in un'ottica di proporzionalità, 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. Tale dimostrazione integra un preciso onere motivazionale che ciascuna amministrazione è obbligata a soddisfare valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. L'esperienza maturata dall'Autorità ha, infatti, evidenziato situazioni in cui il più delle volte la distorsione della concorrenza è riconducibile alla condotta delle stesse amministrazioni che, utilizzando motivazioni apodittiche e lacunose per giustificare la necessità tecnica o economica della deroga, manifestano una precisa volontà di negoziare direttamente con il fornitore storico.

In tal senso, è assolutamente apprezzabile l'attenzione posta dalle linee guida non soltanto all'onere motivazionale delle amministrazioni ma anche alle relative fasi di programmazione e progettazione delle proprie esigenze che implicano, a seconda dei casi, l'aggiornamento o l'acquisizione di uno specifico bagaglio informativo, anche a seguito di consultazione informale degli operatori economici presenti sul mercato². La riduzione delle asimmetrie informative è, infatti, possibile sfruttando al meglio tutte le possibilità offerte dal nuovo codice dei contratti, anche investendo sulla specializzazione delle stazioni appaltanti, garantendo l'accesso alle esperienze di altre amministrazioni, incentivando i fenomeni di aggregazione degli acquisti, così da consentire l'acquisizione e la condivisione del *know-how* necessario ad operare una scelta avveduta che tenga conto di tutti i potenziali rischi e benefici della scelta di una tra le diverse opzioni presenti sul mercato.

² In tale ottica, le amministrazioni possono svolgere, quando necessarie, anche consultazioni preliminari con gli operatori presenti sul mercato, possibilità ora esplicitamente prevista dall'art. 66 del nuovo codice dei contratti pubblici. La riduzione delle asimmetrie informative, propedeutica ad un'adeguata programmazione e progettazione dei servizi e dei beni richiesti, rappresenta un obiettivo di carattere trasversale, auspicabile con riferimento a tutti i settori interessati dagli acquisti della pubblica amministrazione, e non solo quelli tradizionalmente interessati da fenomeni di lock-in, come recentemente evidenziato dall'Autorità con riferimento all'analisi delle condizioni concorrenziali di alcuni specifici settori dei servizi pubblici locali (IC47 - CONDIZIONI CONCORRENZIALI NEI MERCATI DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE e IC49 - MERCATO DELLA GESTIONE DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI).

Un'ideale attività di progettazione preliminare del bene o del servizio richiesto dall'amministrazione può, inoltre, contribuire ad evitare in radice i fenomeni di *lock-in*. Nei casi in cui non sia possibile soddisfare le esigenze dell'amministrazione con dei prodotti o servizi standardizzati (ossia perfettamente interoperabili con altre soluzioni tecnologiche) e che, dunque, non vincolino l'amministrazione al medesimo fornitore per l'acquisto dei ricambi o per le attività legate alla manutenzione, è opportuno che il confronto competitivo in sede di gara abbia ad oggetto l'intero ciclo di vita del prodotto o del servizio (incluse, ad esempio, la ricambistica, la manutenzione e tutte le altre prestazioni accessorie) a maggior ragione nei casi in cui il valore degli *aftermarket* sia tutt'altro che trascurabile. Tale soluzione eviterebbe il rischio che un operatore possa adottare strategie opportunistiche, presentando un'offerta particolarmente aggressiva in sede di gara, potendo contare sul successivo recupero di consistenti guadagni negli *aftermarket* a danno dell'amministrazione e dei concorrenti.

Nell'ambito delle procedure competitive, inoltre, potrebbe formare oggetto di valutazione non soltanto l'offerta sul servizio principale e le relative attività accessorie ma anche sugli eventuali *switching cost* che l'amministrazione dovrebbe sostenere nell'ipotesi in cui decidesse di bandire una nuova gara alla scadenza del contratto e risultasse aggiudicatario un operatore diverso. In altri termini, il costo derivante dal passaggio ad altra tecnologia potrebbe diventare uno specifico criterio di aggiudicazione della gara.

In tal senso, la fase di progettazione del servizio o del bene è 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, l'indagine di mercato rivelasse che gli *aftermarket* e gli eventuali *switching cost* presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o che 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.

Nel caso in cui l'amministrazione fosse, invece, già condizionata da fenomeni di *lock-in* a causa di scelte passate o di strategie opportunistiche del produttore originario, un'approfondita indagine di mercato potrebbe

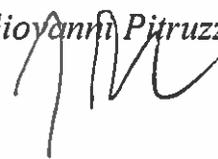
svelare che i costi di passaggio ad altro produttore o tecnologia interoperabile rappresentano un'alternativa economicamente più vantaggiosa rispetto al proseguimento del contratto in essere.

Anche l'ipotesi del *multi-sourcing*, attraverso la suddivisione dell'appalto in più quote o lotti con restrizioni al numero massimo di quelli aggiudicabili a ciascun partecipante, può certamente contribuire a ridurre l'asimmetria informativa, garantendo all'amministrazione un livello minimo di confronto concorrenziale alla scadenza del contratto e limitare, in tal modo, il rischio di *lock-in*. Al riguardo va considerato, tuttavia, che i potenziali benefici del *multi-sourcing* potrebbero essere annullati dalla inevitabile duplicazione dei costi (fissi e di transazione), unita a possibili diseconomie di scala e agli inevitabili rischi di collusione³. 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, può contribuire a massimizzare le potenzialità pro-competitive di tale modalità di affidamento⁴.

L'Autorità auspica che le predette osservazioni possano essere di ausilio allo svolgimento dell'attività dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella



³ L'acquisizione del maggior numero di informazioni relative non soltanto al prodotto o al bene richiesto dall'amministrazione ma anche alla struttura dei mercati coinvolti e alle dinamiche che li caratterizzano è essenziale per verificare se gli stessi siano suscettibili di costituire terreno fertile allo sviluppo di fenomeni collusivi, secondo le logiche e i criteri già ampiamente illustrati dall'Autorità nel *Vademecum per le stazioni appaltanti volto all'individuazione delle criticità concorrenziali negli appalti pubblici*. Il documento è disponibile su http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/Delibera_e_Vademecum.pdf/download.html.

⁴ Un meccanismo di multi-sourcing con la previsione di lotti disomogenei, aggiudicati in momenti diversi l'uno dall'altro, potrebbe scoraggiare l'insorgenza di condotte collusive e incentivare, invece, fenomeni di concorrenza comparativa.