



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Documento di Consultazione

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

Premessa	2
1. Le possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi.....	3
2. La normativa di riferimento.....	6
3. L'affidamento di forniture e servizi infungibili.....	9
3.1 La scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.....	9
3.2 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 ricorrono ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, di cui all'art. 57 (o all'art. 221 per i settori speciali) del 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.

Infatti, secondo quanto riportato nell'ultima Relazione annuale, nel 2014 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ammontano a circa 15 miliardi di euro. Questo dato non si riferisce solo ai casi di affidamento diretto ad un operatore economico i cui lavori, servizi o forniture sono ritenuti infungibili, ma ricomprende, ad esempio, anche l'affidamento di lavori sotto-soglia, di cui all'art. 122, e le ulteriori fattispecie previste dall'art. 57 (o dall'art. 221) per le quali la stazione appaltante deve invitare almeno tre operatori.

Da un'analisi dei giustificativi per il ricorso ad affidamenti senza previa pubblicazione di un bando di gara, presenti nella banca-dati dell'Autorità, emerge che oltre il 50% degli affidamenti relativi a presunti casi di infungibilità riguarda le forniture, circa il 40% i servizi e meno del 10% i lavori. Oltre il 40% degli affidamenti complessivi è relativo al settore sanitario¹, oltre il 15% al settore informatico², una

¹ Analizzando i dati per codice CPV, si osserva che il 40% degli affidamenti ha un CPV con due digit uguale a 33 (Apparecchiature mediche, prodotti farmaceutici e per la cura personale). Si ricorda, peraltro, che il dato ottenuto potrebbe sottostimare il reale peso del settore sanitario, in quanto, in diversi casi, farmaci su cui è presente un brevetto sono comunque inseriti in lotti separati in procedure aperte o ristrette. Ciò, oltre a ridurre i costi di gestione per più affidamenti distinti, permette di verificare che non esistano effettivamente prodotti sostituiti del principio attivo o imprese in grado di entrare nel mercato non appena il brevetto sarà venuto a scadenza (al riguardo cfr. anche l'Indagine conoscitiva sulle gare per la fornitura di farmaci, realizzata dall'Autorità nell'aprile 2011).

² Poco meno dell'11% ha un CPV che inizia con 72 (Servizi informatici: consulenza, sviluppo di software, Internet e supporto) e poco meno del 5% con 48 (Pacchetti software e sistemi di informazione).

quota non trascurabile attiene ai servizi di riparazione e manutenzione³; un ricorso elevato a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, giustificato dalla presunta unicità del fornitore, si riscontra anche nel settore dei rifiuti, in quello dei servizi ricreativi e culturali e nei servizi per le imprese. Non mancano casi di presunta infungibilità anche nel settore finanziario e assicurativo, o in quello delle poste e telecomunicazione, caratterizzato fino ad un recente passato da sistemi di esclusiva legale⁴.

L'Autorità ha già fornito, in passato, indicazioni in merito alle modalità da seguire per gli affidamenti di cui all'art. 57, comma 6 del Codice. Ci si riferisce, ad esempio, alla Determinazione del 6 aprile 2011, n. 2, *Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*⁵. Si tratta di indicazioni relative agli affidamenti di lavori, ma i principi enunciati in tale determinazione valgono sostanzialmente anche per gli affidamenti di servizi e forniture.

Obiettivo della presente consultazione e della successiva determinazione è fornire indicazioni puntuali alle stazioni appaltanti e agli operatori economici circa le condizioni che debbono verificarsi affinché si possa legittimamente fare ricorso alle deroghe previste per i casi di infungibilità di beni e servizi, alle procedure da seguire per l'accertamento di situazioni di infungibilità e agli accorgimenti che le stazioni appaltanti devono 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)⁶.

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 fungibile ad 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.

³ CPV 50.

⁴ Per quanto concerne il settore postale, l'Autorità ha recentemente emanato la Determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, *Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*, volta a garantire, tra l'altro, una maggiore concorrenza in questo settore.

⁵ L'art. 122, comma 7-bis del Codice degli Appalti è stato abrogato dall'art. 4, comma 2, lettera l), del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 maggio 2011, n. 106, *Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*, che ne ha aumentato le soglie di fatturato per gli affidamenti di lavori per cui è possibile ricorrere alla procedura di cui all'art. 57, comma 6 del Codice ed ha trasposto il comma 7-bis nel novellato comma 7. A seguito di tale abrogazione, l'Autorità ha predisposto la Determinazione del 14 dicembre 2011, n. 8, *Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106*.

⁶ Le presenti linee-guida non trattano il fenomeno, pure rilevante, per cui i requisiti di partecipazione, le specifiche tecniche e/o i criteri di valutazione delle offerte finiscono per individuare un solo possibile vincitore. Si tratta di situazioni più volte stigmatizzate in specifici procedimenti di vigilanza, per le quali, da un lato, si possono applicare le considerazioni contenute nelle presenti linee-guida (ad esempio, in materia di specifiche tecniche e analisi di mercato), dall'altro, si ricorda, l'Autorità è già intervenuta con specifiche linee-guida (ad esempio, la Determinazione del 24 novembre 2011, n. 7, *Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture*).

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 aggiudicarsi la gara 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 ad un prodotto o ad 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.

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*⁷ (ICT), ma che, come mostrano i dati richiamati in premessa, 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»⁸.

Come già sottolineato, a parte il caso in cui il cliente è legato al fornitore dall'esistenza di privative industriali (ad esempio nella sanità), il *lock-in* potrebbe essere l'effetto di scelte "razionali" del cliente e/o del fornitore o di comportamenti scorretti di quest'ultimo.

Esempi nei quali il *lock-in* è l'effetto di un comportamento del consumatore 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.

⁷ Si ricordano, ad esempio, i noti casi antitrust Kodak e Microsoft.

⁸ 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.

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 – ammesso che lo voglia – 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 strategici, tanto più aggressivi, quanto maggiore è il numero dei concorrenti e quanto più questi sono agguerriti.

In sostanza, per determinati servizi o forniture le scelte di acquisto finiscono con il dipendere dalle scelte effettuate in passato dal consumatore stesso e/o, specie per le economie di rete, da altri consumatori; ovvero le scelte di acquisto attuali finiscono con il condizionare le scelte di consumo future (si tratta, in sostanza, del fenomeno cosiddetto degli *aftermarket*). La domanda per servizi e forniture per una singola impresa, in questi mercati, tende a divenire rigida o inelastica (ovvero poco sensibile a variazioni di prezzo); l'impresa potrà allora sfruttare questa situazione di vantaggio mediante un aumento di prezzi e/o una riduzione della qualità. In realtà, si è osservato (specie da parte di chi si oppone ai procedimenti delle autorità antitrust in materia di *aftermarket*) che in mercati perfettamente concorrenziali a monte, gli operatori economici (domanda e offerta) dovrebbero poter anticipare l'andamento del mercato futuro e, di conseguenza, il prezzo di acquisto fissato per il bene dovrebbe scontare gli extra-profitti che si genereranno nei mercati a valle sostanzialmente protetti dalla concorrenza di altre imprese⁹.

In altre parole, un consumatore attento, nelle proprie scelte di consumo, dovrebbe poter anticipare i maggiori oneri futuri determinati dalle proprie decisioni di acquisto attuali; naturalmente, ciò implica la necessità di prevedere esattamente il comportamento futuro delle imprese. Ne discende che, per determinati beni, le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale. La possibilità di acquisti aventi a riferimento un orizzonte pluriennale rappresenta un'opzione, di regola, preclusa alla pubblica amministrazione dal Codice dei contratti pubblici, che prevede affidamenti per periodi limitati; peraltro, si deve osservare che il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di anni, comporta spesso la rinuncia ai benefici che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi.

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 vincitori¹⁰. In questo caso, nelle gare a valle, la stazione appaltante potrà contare sulla partecipazione alla gara dei soggetti aggiudicatari della prima, i quali avranno acquisito

⁹ Sarebbe in sostanza questa la ragione per cui si registra in diversi mercati prezzi di acquisto relativamente contenuti se confrontati con quelli delle parti di ricambio e dei materiali di consumo. Per le diverse posizioni in merito ai possibili effetti del *lock-in* e degli *aftermarkets* si vedano, ad esempio: Borenstein S., Mackie-Mason J.K. e Netz J.S. (1995), *Antitrust Policy in Aftermarkets*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 455–482, Shapiro C. (1995), *Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 483–511, Farrell J. E Kemplerer P. (2007), *Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects*, in Armstrong M. e Porter R. (eds), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 3, 1967–2072, Elsevier.

¹⁰ Per un'analisi puntuale si veda ad esempio, Pacini R., Spagnolo G e Zanza M., *Divisione in lotti e competizione nelle gare di procurement: alcune linee guida*, Quaderni Consip n. V/2005. Lyon T.P. (2006), *Does Dual Sourcing Lower Procurement Costs?*, in *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 54, 222–25, dopo una rassegna della letteratura economica a favore e contro le ipotesi di dual-sourcing, suggerisce, sulla base dell'evidenza empirica prodotta (per la verità piuttosto limitata), che, nelle gare di appalto (per la difesa), il sistema produce risultati positivi quando è in grado di ridurre l'asimmetria informativa tra i fornitori, generando maggiore concorrenza nelle gare successive e dà maggiore potere contrattuale all'acquirente.

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 (proponendo prezzi più elevati).

Un'ulteriore soluzione, ripresa recentemente con forza in sede europea¹¹, 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. La presente consultazione, oltre ad indicare le modalità con cui le stazioni appaltanti devono affrontare – nelle procedure di gara - presunte situazioni di infungibilità, è finalizzata a far emergere indicazioni su come prevenire situazioni di infungibilità e/o *lock-in*, almeno per i casi più comuni.

2. La normativa di riferimento

La possibilità di derogare alle normali procedure ad evidenza pubblica, mediante affidamenti con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, è consentita dal Codice dei contratti, quando ricorrono determinate circostanze. In particolare, nel caso dei settori ordinari, per i servizi e forniture è possibile ricorrere ad una procedura negoziata «qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato» (art. 57, comma 2, lettera b); o, per le forniture, «nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni» (art. 57, comma 3, lett. b); infine, «per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi

¹¹ Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione citata alla nota 8.

complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale» (art. 57, comma 5, lett. a)¹².

Nei casi di cui alle lettere suindicate è possibile procedere con affidamenti secondo le procedure di cui all'art. 57, comma 6 del Codice.

Nella Direttiva 2014/24/UE (cosiddetta Direttiva appalti), nel Considerando 50 è chiaramente indicato quando si può ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando per ragioni di infungibilità dei lavori, delle forniture o dei servizi e le relative modalità di accertamento. In particolare, l'infungibilità deve derivare da situazioni concrete, che non dipendono da comportamenti di acquisto passati della stessa amministrazione o da clausole contenute nella *lex specialis* di gara, rispetto alle quali le stazioni appaltanti hanno un obbligo stringente di motivazione, dovendo indicare ad esempio le ragioni per le quali non sia possibile ricorrere a canali distributivi alternativi, anche esteri, o prendere in considerazione lavori, forniture o servizi comparabili dal punto di vista funzionale, con quelli coperti da privativa¹³.

I paragrafi della Direttiva che consentono la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, per ragioni legate all'infungibilità del prodotto, sono il 2 (lettera b) e il 3 (lettera b) dell'art. 32. In base a tali paragrafi, la procedura negoziata è possibile, oltre che per le opere d'arte e le rappresentazioni artistiche uniche, anche laddove la concorrenza sia assente per motivi tecnici o per la presenza di diritti esclusivi, non derivanti da limitazioni artificiali dei parametri dell'appalto¹⁴, o quando il cambio del fornitore impone all'amministrazione la scelta di soluzioni che comportano

¹² Le fattispecie corrispondenti per i settori speciali a quelle sopra-indicate (per i settori ordinari) sono quelle disciplinate all'art. 221, comma 1 del Codice alle lettere c), e) e f).

¹³ Il Considerando 50, direttiva 2014/24/UE, precisa che: «Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione, se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto.

Le amministrazioni aggiudicatrici che si avvalgono di questa eccezione dovrebbero indicare i motivi per cui non esistono soluzioni alternative o sostituibili praticabili quali il ricorso a canali di distribuzione alternativi anche al di fuori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o la possibilità di prendere in considerazione lavori, forniture e servizi comparabili dal punto di vista funzionale.

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».

¹⁴ L'articolo 32, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/24/UE prevede: «b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

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

Le eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto»

incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. Quest'ultima rappresenta, però, una deroga che non può essere ripetuta all'infinito¹⁵.

Per prevenire fenomeni di *lock-in* i bandi di gara e i successivi contratti non possono derogare alle norme sulle specifiche tecniche contenute nell'art. 68, come definite dal punto 1 dell'Allegato VIII del Codice. In particolare, si ricorda che le stazioni appaltanti devono indicare nei bandi le specifiche tecniche dei lavori, forniture o servizi che si intende acquisire, in modo da permettere la partecipazione più ampia alle gare. Infatti, «a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione o "equivalente"¹⁶ (comma 13 dell'art. 68)¹⁷.

Si deve, infine, osservare che l'art. 42 della nuova Direttiva appalti ha introdotto la previsione per cui: «Le specifiche tecniche possono altresì indicare se sarà richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale».

¹⁵ L'articolo 32, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24/UE prevede: «nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligasse l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola generale, superare i tre anni»

¹⁶ I commi 3 e 4 dell'art. 68 del Codice prevedono che: «3. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti:

- a) mediante riferimento a specifiche tecniche definite nell'allegato VIII, e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti. Ciascun riferimento contiene la menzione «o equivalente»;
- b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto;
- c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera b), con riferimento alle specifiche citate nella lettera a), quale mezzo per presumere la conformità a dette prestazioni o a detti requisiti;
- d) mediante riferimento alle specifiche di cui alla lettera a) per talune caratteristiche, e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera b) per le altre caratteristiche.

4. Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche».

¹⁷ Nel Parere di Precontenzioso n. 13 del 30 gennaio 2014, l'Autorità ha precisato che: «La ratio sottesa alla norma di cui all'art. 68 comma 13 del D. Lgs. n. 163/2006, consiste nell'evitare che la previsione di brevetti, o la definizione di specifiche tecniche che menzionino una fabbricazione o una provenienza determinata, rappresentino un ostacolo alla libera circolazione delle merci mediante l'imposizione di particolari caratteristiche dei prodotti o dei servizi che implicano un determinato processo produttivo o una determinata provenienza». Inoltre, «l'eventuale lacuna degli atti di gara, i quali non riportino accanto alle specifiche tecniche la clausola di equivalenza, viene colmata automaticamente dal Codice dei Contratti Pubblici grazie al principio di etero integrazione delle clausole del bando, e comporta che le relative disposizioni entrano a far parte della *lex specialis* della procedura di evidenza pubblica, senza necessità che la cogenza delle relative prescrizioni venga prevista nel bando o nel disciplinare».

3. L'affidamento di forniture e servizi infungibili

3.1 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 dei servizi, il Codice prevede la possibilità di derogare ai principi dell'evidenza pubblica. Poiché si tratta di una deroga è necessario che i presupposti per ricorrere alla stessa siano accertati con particolare rigore e debitamente motivati nella delibera o determina a contrarre, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, di cui all'art. 2 del Codice dei contratti¹⁸.

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 grava su colui che intenda avvalersene» (cfr. per tutte la Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05 e la giurisprudenza della Corte ivi citata).

Sulla base delle indicazioni della Corte, confermate dalla giurisprudenza costante nazionale¹⁹, 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 indagini di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati esteri. Neppure un presunto più alto 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.

Al riguardo, sembra opportuno che la stazione appaltante informi 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. Naturalmente, affinché la stazione appaltante possa avere il tempo necessario per adire ad un'indagine di mercato e, all'esito della stessa, predisporre un eventuale bando di gara per una

¹⁸ 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.

¹⁹ Ad esempio, è stato affermato che: «la 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 nella 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).

procedura aperta o ristretta è necessario che la stazione appaltante conosca con sufficiente anticipo le proprie esigenze di acquisto. Anche in questo caso, come in altre situazioni evidenziate dall'Autorità²⁰, è assolutamente necessario che l'amministrazione proceda ad un'attenta programmazione dei propri fabbisogni, programmazione che - nel Codice - per i servizi e le forniture è, però, indicata solo come facoltativa.

La stazione appaltante, peraltro, non può basare la motivazione della propria scelta di derogare all'evidenza pubblica sulla base dei risultati di indagini di mercato condotte in passato. Infatti, nel tempo le condizioni che hanno portato a riconoscere l'infungibilità della fornitura o del servizio possono variare, ovvero possono essere introdotti nel mercato beni o servizi fungibili con quello su cui vi è l'esclusiva. 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» (Cons. St., sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488). In sostanza, quindi, la dimostrazione dell'infungibilità del servizio o della fornitura si deve basare su valutazioni attuali, non legate ai risultati di precedenti verifiche o ad ipotesi circa futuri sviluppi nel mercato. Tuttavia, questi ultimi dovrebbero essere presi in considerazione per la determinazione della durata dell'affidamento.

Nella delibera o determina a contrarre si dovrebbe dare puntualmente riscontro degli esiti dell'indagine di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio. Nello stesso atto dovrebbero essere indicati il valore stimato dell'affidamento e la durata dello stesso. Si ricorda, infatti, che il valore stimato dell'affidamento, ai sensi dell'art. 29 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 dovrebbe condurre a limitare la durata dell'affidamento. Peraltro, la stazione appaltante dovrebbe essere indotta a limitare la durata dell'affidamento qualora preveda ragionevolmente che potranno essere introdotti a breve nuovi servizi o forniture fungibili con quelli in esclusiva.

3.2 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».

²⁰ 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».

Questa circostanza negativa, però, si verifica spesso per numerosi affidamenti, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante. Quest'ultima, nel predisporre il proprio capitolato speciale può non considerare con attenzione, ovvero sottovalutare, 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 deve affrontare 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 delle 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.

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 rischi 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, invece che su sistemi prioritari, 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 tecnologica²¹. 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.

²¹ Il passaggio a sistemi di ICT basati su standard è considerato uno dei principali elementi portanti per l'agenda digitale europea, come dimostra la pubblica consultazione lanciata lo scorso 23 settembre 2015 dalla Commissione Europea sulle priorità nella individuazione e definizione degli standard ("Consultation on standards in the Digital Single Market: setting priorities and ensuring delivery"). La data prevista per la conclusione della consultazione è il 16 dicembre 2015.

Nella Comunicazione del 25 giugno 2013, *Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici* (Com (2013) 455 final) e nelle linee guida allegate, cui si rimanda, 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;
- c) l'identificazione delle esigenze di un'amministrazione pubblica e l'individuazione dei sistemi in grado di soddisfare al meglio dette esigenze;
- d) la pianificazione del bilancio di lungo termine per superare i costi iniziali più alti imposti dal superamento delle situazioni di *lock-in*;
- e) la conduzione delle indagini di mercato;
- f) 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 sviluppi 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 sostenibili²², definire specifiche neutrali dal punto di vista tecnico (che non avvantaggiano 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 intellettuale²³, effettuare formazioni specifiche per gli addetti alle gare e monitorare i bandi di gara per verificare i problemi ricorrenti e trovare soluzioni al riguardo.

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, come già indicato, occorre privilegiare quelle che hanno una minore probabilità di legare l'acquirente al fornitore prescelto.

²² 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*.

²³ 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.

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 ad 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, le linee guida ricordano che 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.

Nelle linee guida della Commissione sono contenute possibili clausole standard da inserire nei bandi di gara. L'Autorità si riserva di produrre clausole analoghe, anche per settori diversi dall'ICT, sulla base delle osservazioni e delle proposte pervenute in fase di consultazione.