

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2016

NUMERO AFFARE 01887/2016

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Linee guida dell'ANAC relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili;

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la nota n. 0130648 dell'8 settembre 2016 e la nota n. 0143318 del 3 ottobre 2016 con cui il Presidente dell'ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, presidente Rosanna De Nictolis;

Premesso e considerato

1. Sono all'esame di questo Consesso le linee guida dell'ANAC *“per il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili”*.

Le stesse sono pervenute corredate di due lettere di accompagnamento del Presidente dell'ANAC (in data 3 ottobre 2016 e in data 8 settembre 2016), dell'AIR e dei contributi pervenuti all'ANAC a seguito della consultazione pubblica che ha preceduto l'elaborazione delle linee guida.

L'iter di adozione di tali linee guida è stato avviato nel vigore del d.lgs. n. 163/2006 e la consultazione pubblica si è svolta dal 27 ottobre 2015 al 30 novembre 2015, sulla base di un documento di consultazione predisposto tenendo conto dei previgenti artt. 57 e 221, d.lgs. n. 163/2006.

L'ANAC ha ritenuto di poter varare le linee guida nel mutato contesto normativo, senza procedere a nuova consultazione, in considerazione della ritenuta “*sostanziale continuità*” dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016 con il previgente art. 57, d.lgs. n. 163/2006, nella parte di interesse.

2. Le linee guida in esame non riguardano l'intero ambito di applicazione dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016 (d'ora innanzi anche semplicemente: codice), che elenca i casi tassativi in cui le stazioni appaltanti possono utilizzare le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara, ma solo alcune ipotesi specifiche, e, in particolare, quelle di cui:

- al c. 2, lett. b) (esecutore determinato per ragioni di natura tecnica, artistica, o di privative);
- al c. 3, lett. b) (forniture complementari);
- al c. 5 (servizi analoghi).

3. La ragione dell'intervento regolatorio è la constatazione che nella prassi le stazioni appaltanti ricorrono frequentemente alla procedura negoziata senza bando 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.

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 dell'ANAC, nel 2014 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ammontano a circa 15 miliardi di euro.

Così ricostruiti i dati fattuali, obiettivo delle presenti linee guida 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*).

Il *lock-in*, secondo la Commissione europea *<<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>>* [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].

Le linee guida forniscono una analisi dei casi di infungibilità delle prestazioni, e danno indicazioni sulle procedure di gara, sulla corretta programmazione e progettazione, sulle consultazioni preliminari di mercato, sugli accorgimenti per prevenire il *lock-in*.

Le linee guida sono corredate di alcune indicazioni riassuntive che di seguito si riportano:

“Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.

Non esiste una soluzione unica per prevenire e/ o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.

Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/ o fenomeni di lock-in e al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere a un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni.

Nella fase di progettazione e nella predisposizione dei documenti di gara, le amministrazioni devono considerare, oltre ai costi immediati che si devono sostenere, anche quelli futuri legati a elementi quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio, nonché per il cambio di fornitore.

Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte in ossequio ai principi di trasparenza e massima partecipazione, al fine di non falsare la concorrenza.

Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a confermare l'esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell'art. 63, c. 1, codice il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando ovvero individuare l'esistenza di soluzioni alternative. I risultati delle soluzioni individuate a seguito delle consultazioni preliminari di mercato sono riportati nella determina a contrarre.

Non esiste una regola generale per prevenire e superare il lock-in, ma occorre procedere caso per caso. Una delle possibili soluzioni in taluni settori consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (multi-sourcing); un'altra soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari”.

4. Quanto alla natura giuridica di tali linee guida, questo Consesso si limita a richiamare i propri precedenti pareri sullo schema di codice e sulle linee guida in

tema di OEPV, SIA e RUP. Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e dall'art. 213, codice, è da ritenere che quelle in esame appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti.

Invero, l'art. 63, codice costituisce disposizione completa che non rinvia ad atti attuativi.

Le linee guida in esame, pertanto, adottate in virtù della previsione generale di cui all'art. 213, c. 2, codice, hanno lo scopo di fornire un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di ricorso eccessivo alla procedura negoziata senza bando.

5. In via preliminare questo Consesso rileva che, prima della definitiva approvazione delle linee guida, occorre reiterare, se del caso con un termine breve, la consultazione degli *stakeholders* e integrare l'AIR.

5.1. La consultazione si è svolta nel vigore del codice del 2006 e risale ormai ad un anno fa; essa ha visto la partecipazione di soli 10 soggetti, a fronte di un tema che è di grande interesse pratico per un ben più ampio novero di stazioni appaltanti e operatori economici.

Se è vero, come afferma l'ANAC, che il nuovo art. 63 d.lgs. n. 50/2016 presenta una “*sostanziale continuità*” con il previgente art. 57, d.lgs. n. 163/2006, è anche vero che proprio in relazione all'affidamento diretto in caso di esecutore “infungibile”, il nuovo art. 63, rispetto al previgente art. 57, fissa requisiti più stringenti. Per l'affidamento diretto non basta invocare ragioni di natura tecnica o afferenti la tutela di diritti di proprietà intellettuale, occorre anche che sia comprovato che “*non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto*”.

Inoltre la procedura negoziata senza bando si inserisce ora in un contesto normativo complessivo profondamente mutato.

Le stesse linee guida affrontano il tema dell'affidamento diretto a esecutore "infungibile" tenendo conto non solo dell'art. 63 codice, ma di altri, e nuovi istituti, quali "la programmazione per servizi e forniture", "le consultazioni preliminari di mercato", le nuove regole in tema di progettazione.

Tali istituti non erano vigenti all'epoca della precedente consultazione svoltasi da ottobre a novembre 2015, sicché gli operatori non hanno potuto tenerli in adeguata considerazione.

E' anche profondamente mutato il ruolo delle stesse linee guida dell'ANAC, in un contesto in cui non è più previsto lo strumento del regolamento generale di esecuzione e attuazione del codice, e le linee guida possono, a seconda dei casi, assumere una portata normativa vera e propria, o una portata regolatoria di *soft law*. Non a caso, per entrambe le tipologie di linee guida, il codice richiede che "*L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione*" (art. 213, c. 2, codice).

Se è vero che l'AIR e la VIR sono state tipicamente concepite con riferimento ad atti di portata normativa in senso proprio, è anche vero che esse sono altrettanto indispensabili per il corretto esercizio della funzione regolatoria, anche quando essa si esprime attraverso strumenti di *soft law*.

Il mutato e rafforzato ruolo delle linee guida dell'ANAC rispetto al sistema previgente, non può che avere per effetto una diversa consapevolezza degli *stakeholders* nella partecipazione alla consultazione.

Tutte queste ragioni inducono questa Commissione a ritenere necessario un aggiornamento della consultazione.

5.2. Quanto, poi, all'AIR, questa Commissione rileva, come ha già fatto in precedenti pareri, che, al fine dell'analisi di impatto della regolazione, la posizione espressa dai

soggetti portatori di interessi è un elemento importante, ma non l'unico elemento da prendere in considerazione.

Occorre anche verificare con i dati informativi e statistici disponibili quale è la realtà fattuale che si intende regolare per il futuro, e quali sono i mezzi migliori per conseguire gli obiettivi.

Sotto tale profilo, questa Commissione rileva che nell'AIR viene indicato il dato che, secondo l'ultima Relazione annuale *“nel 2014 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando 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 sottosoglia ... e le ulteriori fattispecie previste”* di procedura senza bando.

Viene, cioè, fornito il dato del valore complessivo degli affidamenti senza bando, e non il dato “disaggregato” del valore gli affidamenti diretti in caso di prestazioni “ritenute infungibili”, che sono l'unico caso oggetto delle linee guida in esame.

Potrebbe essere pertanto utile “cifrare” la dimensione economica del fenomeno, e disporre di una maggiore analiticità dei dati sulle tipologie di prestazioni affidate in via diretta sul presupposto di un'asserita infungibilità, dati in parte già indicati nelle note a piè di pagina 1, 2, 3, 4 dell'AIR.

Ancora, sempre ai fini dell'AIR, avuto riguardo alla circostanza che il fenomeno del *lock in* si traduce in una pratica restrittiva della concorrenza, potrebbe essere utile acquisire elementi di conoscenza da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Infine, avuto riguardo alla circostanza che il fenomeno del *lock in* si registra in larga misura nel settore dei servizi informatici, e l'ANAC indica alcune possibili soluzioni “tecniche” per prevenirlo o uscirne, potrebbe essere utile acquisire l'avviso dell'AGID, in particolare su alcuni specifici aspetti che di seguito si indicano.

6. Per le ragioni sopra esposte, la Commissione sospende l'espressione del parere in attesa di una aggiornata consultazione dei soggetti portatori di interessi e di una aggiornata AIR.

Sin da ora, sul contenuto delle linee guida osserva quanto segue.

6.1. Nel paragrafo 1, che indica le possibili cause di infungibilità delle forniture e servizi e nel paragrafo 2.4, che indica come prevenire o superare il *lock-in*, con specifico riferimento a servizi e forniture informatiche, si indicano come possibile soluzione per prevenire il *lock-in* il passaggio all'utilizzo di sistemi di telecomunicazione basati su tecnologie standard e non proprietarie, e l'affidamento c.d. *multi-sourcing* (a due o più operatori).

Il tema di come prevenire il *lock-in* o uscire da esso in caso di forniture e servizi informatici meriterebbe un maggiore approfondimento anche, se del caso, acquisendo sul punto l'avviso di AGID.

Si rileva, poi, che nel considerando 50 della direttiva 2014/24 si indica che le “ragioni tecniche” che giustificano l'affidamento diretto a un determinato operatore economico “*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*”.

Andrebbe pertanto approfondito il profilo del se e in che limiti obblighi legali di interoperabilità possano giustificare affidamenti diretti, e se e con che modalità sia possibile assicurare l'interoperabilità tra sistemi informatici senza rischio di *lock-in*. Anche su tali profili si imporrebbe un approfondimento acquisendo sul punto il parere di AGID.

6.2. Il par. 2 delle linee guida individua una serie di strumenti volti ad acclarare rigorosamente l'infungibilità delle prestazioni e la inesistenza di una pluralità di operatori economici, indicando, in particolare, la programmazione, la progettazione, e le consultazioni preliminari di mercato. Andrebbe altresì approfondito in che modo la corretta impostazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente

più vantaggiosa, e segnatamente del costo del ciclo di vita, possa essere di ausilio per prevenire il *lock-in*.

6.3. Il par. 2.3. è intitolato alle “consultazioni preliminari di mercato” che precedono l'affidamento diretto. La Commissione rileva che l'argomento viene trattato sia facendo riferimento all'art. 66 codice, che prevede, come facoltà per le stazioni appaltanti, la possibilità di svolgere “consultazioni di mercato” per la preparazione dell'appalto e/o per informare gli operatori economici degli appalti programmati, sia facendo riferimento alla vera e propria “indagine di mercato”.

Mentre le “consultazioni preliminari di mercato” sono uno strumento solo facoltativo, e come tale viene suggerito nelle linee guida, “l'indagine di mercato” è doverosa nei casi di procedure negoziate senza bando, come si evince dallo stesso art. 63, c. 5, e dall'art. 36, c. 2, lett. b) e c), per le procedure negoziate senza bando sotto soglia.

E' allora opportuno che:

- il titolo del par. 2.3. non sia riferito alle sole “consultazioni preliminari di mercato” (che sono l'istituto facoltativo dell'art. 66), ma anche alle “indagini di mercato” di cui all'art. 63, c. 5 e all'art. 36, c. 2, lett. b) e c) (le “indagini di mercato” sono oggetto peraltro di precise indicazioni anche nelle linee guida dell'ANAC sugli appalti sotto soglia);
- nel corpo del par. 2.3. sia meglio chiarito che mentre le consultazioni preliminari ex art. 66 sono facoltative, l'indagine di mercato ex art. 63, c. 5, è doverosa.

6.4. Il fenomeno della fidelizzazione del fornitore/prestatore del servizio a causa di (asserite) ragioni tecniche andrebbe poi sottoposto a rigorosi obblighi di comunicazione strumentali ad una appropriata vigilanza.

Si può in concreto determinare un abuso del “combinato disposto” dei diversi casi di affidamento diretto di cui all'art. 63 codice. Nei casi di servizi e forniture informatici, il c.d. lock in potrebbe indurre la stazione appaltante ad avvalersi degli

affidamenti diretti di cui all'art. 63, c. 3, lett. b) (forniture complementari) e di cui all'art. 63, c. 5 (ripetizione di servizi analoghi). In entrambe le ipotesi di legge, l'affidamento diretto all'originario aggiudicatario è consentito, di regola, per non più di tre anni rispetto all'originario affidamento. Tuttavia, mentre per i servizi analoghi il limite del triennio è inderogabile, per le forniture complementari il limite non è assoluto. In ogni caso, allo scadere del triennio, un nuovo affidamento diretto all'originario aggiudicatario potrebbe essere giustificato invocando (non più l'art. 63 c. 3, lett. b) o c. 5, bensì) l'art. 63, c. 2, lett. b), n. 2) (concorrenza assente per motivi tecnici).

Inoltre, anche ove, allo scadere del triennio, la stazione appaltante optasse per indire una gara con bando, in concreto il nuovo bando potrebbe essere strutturato sulla base delle caratteristiche tecniche dell'architettura informatica ormai realizzata, secondo il *know-how* dell'uscente, così di fatto favorendo la vittoria dell'operatore uscente anche in una nuova gara.

Rapporti contrattuali che si protraggono nel tempo con il medesimo operatore economico, oltre il limite fisiologico dell'originario affidamento e del successivo triennio, anche dove, allo scadere dell'originario contratto, vi sia stata formalmente una nuova gara, ma aggiudicata all'uscente, dovrebbero essere comunicati dalle stazioni appaltanti all'ANAC ed essere da questa monitorati.

Si invita pertanto l'ANAC a valutare se inserire nelle presenti linee guida o in altro strumento regolatorio indicazioni in tal senso.

P.Q.M.

Sospende l'espressione del parere in attesa degli adempimenti di cui in motivazione.

L'ESTENSORE
Rosanna De Nictolis

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO

Gianfranco Vastarella