

PARERE MIMS N. 1251/2022

ACCERTAMENTO DELL' INFUNGIBILITÀ DI UNA FORNITURA O DI UN SERVIZIO E PROCEDURA DI ACQUISTO

Quesito: Le [Linee Guida ANAC n. 8](#) denominate “Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” distinguono i concetti di “infungibilità” (riferito al caso in cui il bene o servizio dichiarato infungibile risulta l’unico che può garantire il soddisfacimento di un determinato bisogno) e di “esclusività” (nel caso di esistenza di privative industriali, per cui solo il titolare di tale diritto di esclusiva può sfruttare economicamente un certo bene o servizio). Un bene o servizio può essere infungibile anche senza l’esistenza di privative industriali. Nel caso di forniture o servizi infungibili parrebbe che, il legislatore, abbia previsto deroghe alle procedure ad evidenza pubblica, motivate dal fatto che l’esito di una determinata gara produrrebbe un risultato prevedibile costituito dall’aggiudicazione all’unico operatore in grado di soddisfare l’esigenza. In presenza quindi di una dichiarazione d’infungibilità stringente e ben motivata da riportare nella determina a contrarre dalla quale si evinca che, i principi di efficienza, economicità ed efficacia dell’azione amministrativa, verrebbero meno in ragione di un confronto concorrenziale ad evidenza pubblica dalla produzione di un risultato scontato, sarebbe possibile anche sopra soglia avvalersi della procedura negoziata senza bando per finalizzare l’acquisto? In caso di risposta affermativa, sarebbe possibile utilizzare l’RdO MEPA? Se sì è possibile procedere con l’invito dell’unico predetto operatore economico? Oppure occorre invitarne almeno 5 nonostante la dichiarazione d’infungibilità, ben sapendo che gli altri 4 non sarebbero in grado di proporre il bene o servizio necessario?

Risposta: Al fine di accertare l’infungibilità di un determinato prodotto si consiglia di applicare l’[art. 66 del Codice dei contratti pubblici](#) “Consultazioni preliminari di mercato”. L’infungibilità può essere: a) di “prodotto”; b) di “venditore”. In caso di infungibilità certa sia di prodotto sia di venditore, è facoltà procedere ad affidamento anche sopra soglia nei confronti dell’unico operatore economico che sul territorio comunitario è presente per la vendita del prodotto infungibile. A seguire vi dovranno essere le comunicazioni e/o pubblicazioni di legge ex post, a norma dell’[art.](#)

98 Codice dei contratti pubblici, momento dal quale decorreranno i termini per eventuali impugnative a norma dell'art. 120 del d.lgs. 104/2010 e ss.mm.ii.. Il MEPA non è utilizzabile sopra soglia comunitaria (Parere MIMS n. 1251/2022).