



COMUNE DI ARENA PO

PROVINCIA DI PAVIA

C.A.P. 27040

P.IVA 01029130182

Tel. 0385/270005 – Fax. 0385/70580 – 270015

Prot. n. 7447 del 16.12.2013

Ai dipendenti Comunali

Ai Responsabili di servizio

SEDE COMUNALE

OGGETTO: CIRCOLARE PROCEDURE NEGOZiate SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO NEL CASO DI FORNITURE E SERVIZI RITENUTI INFUNGIBILI – MISURE PREVENZIONE CORRUZIONE PCT 2017/2019.

Come noto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha ritenuto opportuno, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016, emanare le linee guida n. 8 *"Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili"*, avendo osservato un esteso ricorso a tale procedura derogatoria prevista dall'art. 63 del D.lgs 50/2016, rispetto alle ordinarie procedure previste dal Codice dei contratti.

In particolare, l'Autorità ha voluto fornire indicazioni puntuali circa i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame ed in particolare le modalità da seguire per accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio.

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

Da tale premessa conseguono due distinte precisazioni: da un lato, che le stazioni appaltanti devono ben ponderare la sussistenza di un fenomeno di infungibilità, in quanto l'assenza di prodotti o servizi identici non esclude che il medesimo risultato non sia conseguibile con l'acquisizione di un diverso prodotto o servizio: dall'altro che anche la presenza di una esclusiva non elide in assoluto la possibilità che vi siano altri soggetti legittimati a fornire la medesima prestazione.

Nel documento segue dunque una ampia digressione in ordine ad un fenomeno che già in passato aveva attirato le attenzioni di ANAC: quello del c.d. Lock-in. Si tratta del meccanismo commerciale per il quale una volta eseguito un particolare acquisto, esso risulta vincolante per le future scelte dell'ente.

Le ipotesi sono quelle in cui la presenza di alti costi fissi iniziali o la necessità di un apprendimento nell'uso di particolari strumenti da parte dei dipendenti della stazione appaltante, rendono poi non economica una futura scelta che comporti la modifica della tecnologia utilizzata. Si tratta, spesso, di appalti vertente su settori in cui la componente tecnologica ha un peso rilevante.

ANAC, pur rendendosi conto che in questi settori le stazioni appaltanti risultano, in sostanza, la "parte debole" del contratto, in quanto subiscono la differenza del gap tecnologico, invita le amministrazioni a porre in essere ogni possibile accorgimento per evitare di racchiudersi in una posizione di lock-in.

In particolare, per evitare tale meccanismo, ANAC invita le amministrazioni a prestare massima attenzione alla fase della programmazione degli acquisti, avendo potuto constatare come vi sia una correlazione fra tale criticità ed una inadeguata – o addirittura assente – fase di programmazione. Programmazione che, viene ricordato, il nuovo codice estende anche ai settori dei servizi e delle forniture.

Le amministrazioni aggiudicatrici secondo ANAC devono, quindi procedere a un'attenta programmazione/progettazione dei propri fabbisogni. Nella fase di progettazione e nella predisposizione dei documenti di gara, avendo cura di considerare, oltre ai costi immediati da sostenere, anche quelli futuri attualmente prevedibili legati a elementi, quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio nonché i costi per il cambio di fornitore.

In sostanza, le stazioni appaltanti devono procedere agli affidamenti considerando il costo del ciclo di vita del prodotto.

Le linee guida in commento evidenziano che per una corretta progettazione e per un'efficiente predisposizione dei bandi di gara, nelle situazioni in cui la stazione appaltante ritiene che un certo fabbisogno possa essere soddisfatto unicamente mediante l'acquisto di beni o servizi infungibili o che possano condurre a situazioni di non reversibilità della scelta è necessario che acquisisca tutte le informazioni disponibili.

Innanzitutto è opportuno a tal fine che quest'ultima osservi il comportamento di acquisto tenuto da altre amministrazioni, che hanno soddisfatto analoghi interessi pubblici, verificando, in particolare, se hanno svolto procedure a evidenza pubblica e i risultati ottenuti.

Se tale analisi non è soddisfacente, è necessario rivolgersi al mercato, attraverso adeguate consultazioni preliminari, per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede.

La stazione appaltante assicura in tal caso l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nell'home page, per un periodo non inferiore a quindici giorni ovvero scegliendo altre forme idonee a garantire la trasparenza del proprio operato e la più ampia diffusione dell'iniziativa e la maggiore partecipazione alla stessa.

L'avviso deve indicare il fabbisogno che la stazione appaltante intende soddisfare, gli strumenti che ha individuato per farvi fronte e i costi attesi, la richiesta di indicare eventuali soluzioni alternative, la volontà di procedere, qualora ve ne siano i presupposti, all'acquisto mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

Inoltre, 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 impone di limitare la durata dell'affidamento. Ciò specie se la stazione appaltante preveda ragionevolmente che potranno essere introdotti a breve nuovi servizi o forniture fungibili con quelli in esclusiva.

Il documento si chiude poi con una lunga disamina di quali siano i mezzi e i processi attraverso i quali una stazione appaltante può evitare di chiudersi in una situazione di lock-in, o quantomeno di ridurre il rischio di verifica.

Tra queste:

- a) prevedere, nel caso di contratti di outsourcing in cui l'infrastruttura sia messa a disposizione dal fornitore, una specifica clausola di riscatto tramite la quale l'amministrazione, a conclusione del periodo contrattuale, possa acquisire la proprietà dell'infrastruttura stessa. Ciò consentirebbe all'amministrazione sia di gestire tale infrastruttura con risorse proprie sia di metterla a disposizione in occasione di successive gare per l'aggiudicazione del servizio;
- b) prevedere la pianificazione, nell'ambito della documentazione di gara, di una strategia che, anche qualora, a seguito dell'individuazione delle esigenze e dell'analisi della situazione di mercato, risulti inevitabile incorrere in situazione di lock-in, consenta di prevedere un percorso di uscita da tale situazione, che deve intendersi come residuale e temporanea;
- c) seguire il principio di modularità del software nell'acquisizione delle soluzioni informatiche ovvero richiedere al produttore una descrizione dei moduli o componenti che costituiscono software, in modo tale che, per ciascun modulo, venga specificato il contenuto informativo richiesto in ingresso e quello atteso in uscita, non tralasciando le specifiche relative al tipo di tracciato di dati e ai tipi di formato utilizzati.

Per una più completa disamina si rimanda alle linee guida ANAC n. 18

Arena Po, lì 13.12.2017

Distinti saluti.

**RESPONSABILE PER LA PREVENZIONE
DELLA CORRUZIONE E DELLA TRASPARENZA
II SEGRETARIO COMUNALE**

Dott.ssa Salvina VENEZIA
(Firma autografa omessa ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 39/1993)