

La procedura negoziata per le forniture e servizi infungibili Linee guida ANAC n. 8

17/11/2017

Antonio Bertelli

**AFFIDAMENTI MEDIANTE PROCEDURA
NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI
UN BANDO DI GARA, DI CUI ALL'ART. 63 DEL
CODICE DEI CONTRATTI:**

1. motivazioni legate all'esistenza di private (esclusività)
2. infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare
3. costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore,

CONSIDERANDO 48 DIRETTIVA UE 24.2014

CONSIDERANDO 50 DIRETTIVA UE 24.2014

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.....

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

ESCLUSIVITÀ

Esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio.

È un diritto che deriva da un atto giuridico (legge, atto amministrativo)

INFUNGIBILITÀ

un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.

L'infungibilità può derivare sia da un fatto giuridico sia da un atto giuridico

Un bene o un servizio possono essere infungibili perché:

- 1) a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi
- 2) a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri
- 3) seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico
- 4) a seguito di privativa industriale con correlato diritto di esclusiva

La privativa industriale ed il connesso diritto di esclusiva non necessariamente determinano l'infungibilità

RIGIDITÀ/FLESSIBILITÀ DELLA DOMANDA E DELL'OFFERTA

Quando un bene/servizio è infungibile si ha come conseguenza che il prezzo sul lato dell'offerta diventa "rigido"

In economia la rigidità o mancanza di elasticità, in riferimento in particolare alla domanda o all'offerta di beni e di fattori produttivi, si verifica quando il rapporto tra la variazione percentuale della quantità domandata (o offerta) e quella del prezzo è un valore assoluto inferiore all'unità. In generale, la rigidità è connessa al carattere 'essenziale' di un bene, mentre l'elasticità è collegata alla sua sostituibilità con altri beni.

COS'È IL LOCK IN

Il fenomeno del lock-in si ha quando si è "catturati" da una scelta tecnologica che potrebbe essere anche potenzialmente inferiore rispetto ad altre disponibili, è assai rilevante nell'ambito delle tecnologie di Internet.

due motivi che possono generare la "cattura" da parte di una tecnologia.:

- 1) costi fissi non recuperabili (o sunk costs), che rendono sconveniente cambiare tecnologia. Per esempio, il tempo per l'apprendimento di un certo software rappresenta un tale costo fisso.
- 2) esternalità di rete. In questo caso, vi è un problema di coordinamento tra gli utenti di una certa tecnologia. Per esempio, come nel fenomeno del technology skipping, si può decidere di non passare a una nuova tecnologia superiore perché quella vecchia, avendo una maggiore base installata, genera maggiori benefici dovuti alle esternalità di rete

Secondo ANAC non esiste una regola generale per prevenire e superare il lock-in , ma occorre procedere caso per caso

DEFINIZIONE DI LOCK-IN PER GLI APPALTI NEL SETTORE INFORMATICO DELLA COMMISSIONE EUROPEA

«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»

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

1. buona programmazione
2. Buona progettazione
3. Costo nel ciclo di vita
4. Gare multisourcing

«ciclo di vita»

Art 3 definizioni

comma 1, let hhhh) «ciclo di vita», tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione;

Art. 23. (Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi)

La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:

f) il risparmio e l'efficientamento ed il recupero energetico nella realizzazione e nella successiva vita dell'opera nonché la valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere;

«ciclo di vita»

Art. 96. (Costi del ciclo di vita)

1. I costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro:

a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali:

- 1) costi relativi all'acquisizione;
- 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse;
- 3) costi di manutenzione;
- 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio;

b) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

2. Quando valutano i costi utilizzando un sistema di costi del ciclo di vita, le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara i dati che gli offerenti devono fornire e il metodo che la stazione appaltante impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita sulla base di tali dati. Per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali, il metodo deve soddisfare tutte le seguenti condizioni:

a) essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori. Se il metodo non è stato previsto per un'applicazione ripetuta o continua, lo stesso non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici;

b) essere accessibile a tutte le parti interessate;

c) i dati richiesti devono poter essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti, compresi gli operatori economici di altri Stati membri, di paesi terzi parti dell'AAP o di altri accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare o ratificati dall'Italia.

3. L'[allegato XVIII](#) al **presente codice** contiene l'elenco degli atti legislativi dell'Unione e, ove necessario, degli atti delegati attuativi che approvano metodi comuni per la valutazione del costo del ciclo di vita.

GARE MULTI SOURCING

1. 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;
2. dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili
3. avvalendosi dell'accordo quadro

NORME DI CAPITOLATO

Il fornitore non detiene informazioni riservate che possano impedire il passaggio ad altro fornitore

I pezzi di ricambio possono essere forniti da nuovi gestori e non c'è esclusività nel reperimento di pezzi di ricambio

i costi d'investimento iniziali nel caso di nuovo affidamento non sono perduti

i processi di apprendimento nel caso di nuovi affidamenti non sono perduti

sussistono norme chiare in materia di proprietà disponibilità accessibilità e controllo dei dati

la migrazione dei dati può svolgersi in modo semplice e completo

si fa uso di tecnologie standard ISO/IEC2510:2011

sono valutati tutti gli elementi che possono determinare il lock in

sussistono clausole di riuso

NORME SULLA DETERMINA A CONTRARRE

è stata svolta un'indagine preliminare di mercato

i vantaggi dell'affidamento diretto sono evidenziati

è stabilita la durata dell'affidamento