

fi

**La procedura negoziata
senza una preventiva
pubblicizzazione: quando
è possibile alla luce delle
linee guida sui beni
infungibili**



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

L'ARGOMENTO RIGUARDA L'INDIVIDUAZIONE DEL PRESUPPOSTO GIURIDICO PER CONSENTIRE AD UNA STAZIONE APPALTANTE DI RICORRERE A FORME DI AFFIDAMENTO SENZA UTILIZZARE LE PROCEDURE ORDINARIE (RISTRETTA O APERTA).

QUINDI SI DISCIPLINA UNA ECCEZIONE



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

**IL RICORSO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA E'
CONSENTITA PER QUALSIASI TIPOLOGIA
CONTRATTUALE E PER IMPORTI SOPRA E
SOTTO SOGLIA EUROPEA
...MA DATO IL CARATTERE ECCEZIONALE
DELLA PROCEDURA.....**



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

.....E' SOTTOPOSTA

A DELLE IMPORTANTI

LIMITAZIONE



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

**IL RIFERIMENTO LEGISLATIVO E' L'ART.
63 DEL CODICE CHE VA LETTO IN
COORDINAMENTO CON LE LINEE GUIDA
ANAC N. 4 DEL 2016 (sottosoglia) E N. 8
DEL 2017 (forniture e servizi infungibili)**



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

Secondo i dati rilevati dall'Autorità, nel 2016 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara rappresentano circa il 18% degli affidamenti.



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

GLI AFFIDAMENTI MEDIANTE PROCEDURA NEGOZIATA :

- **PER OLTRE IL 40% SONO STATI MOTIVATI RICORRENDO AL CONCETTO DI INFUNGIBILITA';**
- **IL 63% DEGLI AFFIDAMENTI RELATIVI A PRESUNTI CASI DI INFUNGIBILITÀ RIGUARDA LE FORNITURE, OLTRE IL 32% I SERVIZI E IL RESTO I LAVORI;**
- **QUASI LA METÀ DEGLI AFFIDAMENTI COMPLESSIVI (IL 47,2%) È RELATIVO AL SETTORE SANITARIO, CIRCA IL 14% AL SETTORE INFORMATICO, UNA QUOTA NON TRASCURABILE ATTIENE AI SERVIZI DI RIPARAZIONE E MANUTENZIONE (IL 7,6%).**



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

In Italia il ricorso a procedure negoziate (soprattutto senza pubblicazione del bando) è più frequente della media: nel 2010 ha rappresentato il 14% del valore dei contratti, contro il 6% della media dell'Unione.



PROCEDURA NEGOZIATA

SENZA LA PREVENTIVA PUBBLICIZZAZIONE

DI COSA PARLIAMO

La procedura di affidamento più diffusa è quella negoziata senza previa pubblicazione del bando (26%), che tuttavia rappresenta solo il 16% in valore; la procedura negoziata senza previa indizione di gara è applicata per il 4% del valore, mentre la procedura ristretta senza previa pubblicazione di un bando detiene il 9,8% in valore; le forme di affidamento in economia detengono il 5,3% in valore; il 50% del valore degli appalti è affidato con procedura aperta. Ne risulta che oltre il 35% del valore degli appalti è affidato al di fuori di vere forme di pubblicità, atte a favorire la concorrenza e il mercato.



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

DI COSA PARLIAMO

L'obiettivo delle LINEE GUIDA è quello di 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).



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

L'Anac nelle Linee Guida:

Nell'ambito della propria attività istituzionale l'Autorità ha osservato come in diverse occasioni, per l'acquisizione di beni o servizi, le stazioni appaltanti ricorrano ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 (o all'art. 125 per i settori speciali) d.lgs. 18.4.2016, n.50 (di seguito 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.).

LINEE GUIDA N 8



Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

CONCETTO DI INFUNGIBILITA' SECONDO LA DIRETTIVA EUROPEA

«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 privativa ovvero specificare rigorosamente le ragioni tecniche che giustificano l'esclusività»



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

PRESUPPOSTI:

- 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,**



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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)



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

INFUNGIBILITÀ

SEMPRE SULLE CARATTERISTICHE TECNICHE.....

LINEE GUIDA: Tali caratteristiche, infatti, debbono essere fissate in termini di requisiti funzionali e debbono consentire pari accesso agli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non debbono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, mediante la previsione di specifiche tecniche che di fatto favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche del bene, del servizio o del lavoro abitualmente offerti da quest'ultimo.



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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.



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel
caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

RIGIDITÀ/FLESSIBILITÀ DELLA DOMANDA E DELL'OFFERTA

**INSOMMA.....UN BENE INFUNGIBILE
TENDE AD AVERE UN PREZZO PIU'
ELEVATO**



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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.

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

1. Costi di investimento iniziali non recuperabili (o sunk costs), che rendono sconsigliato cambiare tecnologia.
2. 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
3. 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. 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



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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»



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

1. Buona programmazione
2. Buona progettazione
2. Analisi del ciclo di vita
3. Gare multisourcing
4. Specifiche tecniche: standard e non sistemi prioritari



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

1. buona programmazione

La programmazione costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

1. buona programmazione

In particolare attraverso la programmazione le LG suggeriscono alle stazioni appaltanti almeno di: (a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire;

(b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, dei costi connessi alla realizzazione, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi.



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

2. Buona progettazione

Attraverso la progettazione (obbligatoria anche per servizi – art. 23 c. 15) si possono prevenire i rischi di lock-in se il progetto non si limita a considerare solo l'immediata utilizzabilità di un prodotto o servizio, ma, specie per quelli che hanno una durata protratta nel tempo, deve guardare anche agli impegni che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro e, in particolare, per quanto riguarda i rischi di infungibilità, aspetti legati a materiali di consumo, pezzi di ricambio e facilità di sostituire il fornitore



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

3. Analisi del ciclo di vita

Grazie a tale analisi preventiva le stazioni appaltanti potrebbero prevenire fenomeni di lock-in in quanto verrebbero a conoscere ex ante sia la durata del prodotto sia i costi dello stesso e, conseguentemente, potrebbero programmare per tempo la sostituzione dello stesso mediante procedura concorrenziale. Il ciclo di vita comprende 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, smantellamento e fine del servizio (art. 3, lett. hhhh) del Codice).



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

«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.



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

4. Gare multisourcing

- 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**



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

Specifiche tecniche: standard e non sistemi prioritari

Il ricorso a gare basate su standard 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 tecnologica.

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.





LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

Ulteriori misure

- a) Nei 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.**
- b) Pianificazione della «via di fuga» di una strategia, cioè, 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) 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**



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

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



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

Consultazioni preliminari di mercato

Le consultazioni sono preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentendo alla stazione appaltante di conoscere se determinati beni o servizi hanno un mercato di riferimento, le condizioni di prezzo mediamente praticate, le soluzioni tecniche disponibili, l'effettiva esistenza di più operatori economici potenzialmente interessati alla produzione e/o distribuzione dei beni o servizi in questione.



LINEE GUIDA N 8

Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

Consultazioni preliminari di mercato

Massima LINEA GUIDA

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, comma 1, d.lgs. 50/2016 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.