

L'affidamento diretto per infungibilità della prestazione

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

di **Salvio Biancardi**

L'ANAC, con le **Linee guida n. 8**, approvate con determinazione n. 950 del 13 settembre 2017, ha fornito delle regole volte a prevenire forme di chiusura che ledono i principi di par condicio e concorrenzialità ai quali devono ispirarsi i pubblici appalti. Nelle Linee guida n. 8, L'Autorità dà indicazioni riguardanti le **procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di servizi e forniture infungibili**.

Introduzione

Come ha avuto modo di rilevare l'ANAC, le stazioni appaltanti ricorrono in modo diffuso all'**affidamento diretto** ad un operatore economico sostenendo l'**infungibilità delle prestazioni** da esso erogate.

Il fenomeno ha assunto una tale rilevanza, soprattutto in alcuni settori come quelli dell'ITC (Information and Communications Technology) e della sanità, da indurre l'Autorità a dedicare all'argomento una particolare attenzione, che si è tramutata nelle Linee guida n. 8, approvate con determinazione n. 950 del 13 settembre 2017. Si tratta delle indicazioni fornite da ANAC riguardanti le procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di servizi e forniture infungibili.

Le linee guida ANAC n. 8

Nelle Linee guida n. 8, approvate con determinazione n. 950 del 13 settembre 2017 l'Autorità, ha ritenuto necessario fornire delle regole volte a prevenire forme di chiusura che ledono i principi di par condicio e concorrenzialità ai quali devono ispirarsi i pubblici appalti.

Va subito chiarito che l'ANAC non nega in radice che in determinati casi possano ricorrere i presupposti e le condizioni legittimanti che consentono di approdare al riconoscimento di una posizione di esclusività con riferimento alle forniture/servizi erogati da un determinato operatore economico, tuttavia, anche in tali casi è necessario che la stazione appaltante ponga in essere comportamenti che impediscano e prevengano la costituzione di un lock-in.

Nel linguaggio degli economisti, il vendor lock-in (blocco da fornitore) rappresenta un vincolo di dipendenza che viene ad instaurarsi tra un operatore economico ed i propri clienti, di tale intensità per cui questi ultimi si troverebbero a sostenere spese sproporzionate per potersi approvvigionare dei medesimi beni/servizi qualora essi si rivolgessero al mercato invece che all'abituale fornitore.

Appare evidente, pertanto, che detto sistema determina una totale chiusura del mercato, per cui si

vengono a produrre due effetti assolutamente negativi: da un lato è precluso l'ingresso nel mercato ad altri operatori economici, con evidente compromissione del principio di concorrenzialità, dall'altro lato, per le stazioni appaltanti, la situazione non è certamente migliore dato che esse sono costrette a sostenere costi molto elevati per approvvigionarsi di beni/servizi.

Per fronteggiare la situazione di emergenza che potrebbe venirsi a determinare sui mercati, ANAC offre degli strumenti di contrasto ben descritti nelle citate Linee guida n. 8/2017.

Nell'ottica di ANAC, il contrasto al lock-in passa, prima di tutto, attraverso un'attenta programmazione del fabbisogno, una progettazione mirata ed una più puntuale analisi del mercato.

Ulteriore rimedio è quello, ove praticabile, dell'affidamento della commessa a due o più operatori economici in multisourcing; tale modalità di affidamento finisce per attenuare il potere contrattuale del singolo operatore economico.

Altro rimedio sponsorizzato dall'Autorità, specificamente dedicato all'ITC, è quello di valutare la possibilità di impostare la gara su standard e non su sistemi proprietari evitando, in tal modo, di incappare nella morsa del lock in; i sistemi proprietari, infatti, inibiscono in radice la possibilità di impostare la competizione in maniera concorrenziale, poiché la scelta dell'operatore economico al quale assegnare la commessa rischia di essere condizionata sin dall'origine.

ANAC ha anche puntualizzato che, con riferimento alla programmazione e progettazione degli appalti, è necessario che le stazioni appaltanti considerino non solo i costi immediatamente legati al prezzo del prodotto/servizio, ma anche gli ulteriori costi futuri, certamente meno evidenti, riguardanti per esempio le parti di ricambio di una macchina, il materiale di consumo, i costi di smaltimento e quindi, nella sostanza, il ciclo di vita di un bene.

Per contrastare rendite ingiustificate a favore di specifiche imprese, ANAC suggerisce di utilizzare validi strumenti idonei a comprovare l'effettiva infungibilità delle prestazioni offerte da un determinato operatore economico.

Sostenere l'infungibilità di un servizio/fornitura sulla base di quanto asserito da un operatore economico non sarebbe, ovviamente, modalità procedimentale idonea a scagionare una stazione appaltante da una eventuale responsabilità derivante dall'aver affidato illegittimamente l'appalto senza aver utilizzato i canonici strumenti competitivi di confronto tra operatori economici.

Non costituirebbe una scelta corretta neppure basare la motivazione della propria scelta di derogare all'evidenza pubblica sulla base dei risultati di consultazioni condotte in passato. Infatti, nel tempo le condizioni che hanno portato a riconoscere l'infungibilità della fornitura o del servizio possono variare.

In sostanza, secondo l'Autorità, la dimostrazione dell'infungibilità del servizio o della fornitura si deve basare su valutazioni attuali, non legate ai risultati di precedenti verifiche o a ipotesi circa futuri sviluppi nel mercato, che, pure, vanno presi in considerazione per la determinazione della durata dell'affidamento.

Per dimostrare che il 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 la stazione appaltante acquisisca tutte le informazioni disponibili. Ciò può avvenire osservando il comportamento assunto da altre stazioni appaltanti per soddisfare esigenze analoghe, oppure consultando i cataloghi elettronici del mercato delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti.

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. 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. In altre parole, appurare la reale infungibilità del bene/servizio da acquisire.

Continua a leggere ...

<https://www.diritto.it/laffidamento-diretto-infungibilita-della-prestazione/>