

Lavori, forniture e servizi infungibili, ovvero l'improbabile tentativo dell'ANAC di limitare gli affidamenti diretti

E' quasi passata sotto silenzio la Linea-guida n. 8 dell'ANAC, mentre avrebbe dovuto avere un forte impatto nel mondo degli appalti.

Soprattutto in quelli in ambito sanitario che, unitamente al mercato ICT, risultano per stessa ammissione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione quelli maggiormente colpiti dal fenomeno della "infungibilità".

Ci si riferisce al provvedimento del 13/9/2017 con cui ANAC è intervenuta sulla regolamentazione degli affidamenti di forniture e servizi così detti "infungibili", giustificazione molto spesso utilizzata dalle amministrazioni pubbliche per procedere ad esperimenti di gara senza pubblicazione del bando.

L'art. 63 del Codice appalti, che disciplina le "Procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara", dispone infatti al comma 2° - tanto per i lavori che per le forniture ed i servizi - come sia possibile procedere ad affidamenti diretti ma solo quando sussiste un "unico" operatore economico in grado di soddisfare le esigenze della P.A., circostanza che si riscontra tuttavia in 3 sole circostanze ovvero:

- in caso d'acquisto di un'opera d'arte o di "rappresentazione artistica unica";
- quando "la concorrenza è assente per motivi tecnici";
- quando si è in presenza di "diritti esclusivi".

Lo stesso articolo precisa poi che i casi b) e c) si configurano legittimamente quando "non esistono soluzioni alternative ragionevoli" e solo se l'assenza di concorrenza non sia stata causata da un'"artificiale limitazione

dei parametri dell'appalto".

Già la necessità di una tale precisazione dovrebbe far comprendere come il Legislatore sia ben consapevole dell'(ab)uso del concetto di "infungibilità" a cui le Pubbliche Amministrazioni hanno sempre più fatto ricorso in questi anni per giustificare gli affidamenti diretti, da cui ne è conseguita l'esigenza, da parte dell'ANAC, di pubblicare una Linea-Guida dedicata ai "casi di forniture e servizi ritenuti infungibili" ovvero, in altri termini,

nel tentativo di limitare gli "affidamenti diretti".

La prima stesura di questa Linea-guida, tuttavia è riasalente (addirittura) al precedente Codice, a dimostrazione del fatto da un lato che trattasi di una problematica annosa nonché, dall'altro, che la materia è di difficile regolamentazione, avendo già avuto una prima consultazione online (scaduta il 27/10/2015) ed un relativo parere del Consiglio di Stato, nonché una successiva consultazione - dopo l'entrata in vigore del D.Lgs.n. 50/2016 - scaduta il 18/11/2016 ed il successivo parere del Consiglio di Stato il 6/7/2017, per poi venire final-

mente pubblicata in data 10/10/2017.

La Linea-guida n. 8 sconta innanzitutto una forte impostazione macroeconomica di chiara derivazione comunitaria, che trae la sua ragion d'essere principalmente dall'interesse non solo d'evitare gli affidamenti diretti ad operatori non sempre i più efficaci ed efficienti del mercato ma, soprattutto, d'impedire la limitazione della concorrenza che inevitabilmente una procedura senza gara giocoforza comporta.

L'ANAC suggerisce un percorso "virtuoso" che pone le sue fondamenta in un'iniziale corretta analisi di mercato nonché in una successiva ponderata pianificazione e programmazione degli approvvigionamenti pubblici



Per evitare dunque questo malcostume l'ANAC suggerisce un percorso "virtuoso" che, non limitandosi a caldeggiare sempre il procedimento ad evidenza pubblica, pone le sue fondamenta ben prima, ovvero in un'iniziale corretta analisi di mercato nonché in una successiva ponderata pianificazione e programmazione degli approvvigionamenti pubblici.

Ancorandosi così a due nuovi istituti introdotti dal D.Lgs.n. 50/16, si parte dall'evidenziazione di una necessaria programmazione che (a prescindere dai richiami ai Soggetti Aggregatori) ogni singola Amministrazione deve porre in essere per evitare situazioni d'ingiustificata urgenza, che spesso portano a dover procedere ad affidamenti diretti causati dall'inerzia per non aver preparato ed esperito in tempo una gara ad evidenza pubblica.

Avendo quindi individuato il proprio corretto fabbisogno (biennale o triennale, nel rispetto dell'art. 21 del Codice appalti) ogni Pubblica Amministrazione deve poi procedere alla progettazione delle proprie esigenze, con ciò significando che non deve limitare sulla valutazione della proprie immediate necessità ma porre in campo una "progettualità" di più ampio respiro, immaginando cioè quali potranno essere le proprie esigenze di un futuro prossimo al fine d'evitare, in tal modo, di dover sopportare l'obsolescenza tecnica dei prodotti nonché il cd. "lock in".

In altri termini per un acquisto "correttamente orientato" non è più sufficiente limitarsi alla valutazione dell'utilizzabilità immediata del bene e/o del servizio,

ma occorre considerare anche i pezzi di ricambio, il materiale di consumo, i costi di manutenzione e d'assistenza ecc., ovvero valutare genericamente il cd. "ciclo di vita" dell'acquisto che s'intende eseguire, concetto che è stato opportunamente introdotto dal Legislatore nell'art. 96 del D.Lgs.n. 50/2016.

Ma per perseguire una corretta programmazione e progettazione degli approvvigionamenti è necessario soprattutto conoscere il mercato, sapere cioè cosa i migliori operatori economici del settore in quel determinato momento sono in grado d'offrire - in termini di costo e/o di qualità - ragion per cui le consultazioni di mercato (art. 66 Codice) diventano un momento fondamentale per un corretto disegno di gara, in quanto rappresentano la modalità tramite cui le PP.AA., venendo a conoscenza dello scenario delle offerte, sono in grado di meglio definire il quadro delle loro domande. Tutto ciò però non è ancora sufficiente, in quanto l'obiettivo da cui si è partiti è limitare l'utilizzo della cd "infungibilità" per giustificare l'(ab)uso degli affidamenti diretti.

Ma cos'è l'infungibilità.

Innanzitutto va tenuta ben distinta dalla "esclusività", che attiene all'esistenza di diritti di brevetto tali da giustificare le cd. "privative industriali", basate sul legittimo possesso di diritti d'esclusiva da parte dell'affidatario; per questo motivo il Legislatore, del tutto correttamente, ha stabilito all'art. 63, comma 2° che la presenza di "diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale" giustificano pienamente l'affidamento diretto di una



fornitora o di un servizio.

L'infungibilità dunque attiene all'altro caso previsto dal Legislatore, ovvero quando si è in presenza di un operatore che per motivi tecnici è l'unico in grado di soddisfare le esigenze dell'amministrazione ("la concorrenza è assente per motivi tecnici").

Ma quando ciò accade, ovvero quand'è che non si incontra la concorrenza ?

La Linea-guida lo spiega chiaramente, imputando detta possibile assenza a 3 cause, ovvero

- a decisioni passate del compratore, che lo vincolano negli acquisti futuri;
- a decisioni strategiche dell'operatore economico, che è stato in grado di creare una sorta di monopolio di fatto di quel prodotto/servizio;
- a ragioni di tipo prettamente tecnico (incompatibilità di standard).

Questo fenomeno è noto, nella letteratura economica e antitrust, con il nome di "lock in" e provoca l'indiscutibile vantaggio per il venditore che, risultando "unico" sul quel particolare mercato, può imporre le condizioni che vuole, fissando il prezzo in quanto ha di fatto eliminato ogni tipo di concorrenza.

Questa rendita di posizione contrasta tuttavia inevitabilmente con i principi comunitari sottesi alle procedure ad evidenza pubblica, per cui le Pubbliche Amministrazioni devono evitare in tutti i modi di trovarsi in situazioni di lock in e, qualora purtroppo già vi si trovino, cercare in ogni caso di uscirne.

Ed è proprio sotto questo profilo che la linea-guida ANAC tratteggia i suggerimenti di maggior interesse in quanto, pur partendo dal presupposto che ogni situazione d'infungibilità è unica e che, per cercare di risolverla, è necessario analizzare caso per caso le caratteristiche e peculiarità di ogni prodotto/servizio, in ogni caso il primo consiglio è di procedere ad appalti multi-sourcing, ovvero a gare con più vincitori in cui il principio di "rotazione" – applicabile quindi anche agli acquisti - impedisce la creazione di quelle posizioni di rendita, da parte di qualche operatore economico, che di fatto ne impedisce la sostituibilità e, dunque, inibisce la concorrenza.

Quando poi la situazione d'infungibilità è oggettiva, in quanto prettamente tecnica, allora la Stazione appaltante deve "alzare lo sguardo" e valutare quanto possa incidere, in termini di costi, la sostituzione non del singolo prodotto ma dell'apparecchiatura, o dell'intero ciclo, nella consapevolezza che l'operatore economico adotta politiche di aftermarket tali da comportare, nel periodo di medio (o lungo) termine, dinamiche di costi esponenziali.

Come già anticipato in premessa, la Linea-guida n. 8 è fortemente impregnata di concetti macroeconomici ed obbliga sempre più le Amministrazioni ad avere una visione che non si limiti a valutare il prezzo del singolo prodotto/servizio, ma che tenga in debita considerazione il costo complessivo dell'intera filiera degli approvvigionamenti.