

Come prevenire il rischio di lock-in nelle procedure negoziate di cui all'art. 57 del Codice dei Contratti Pubblici. Le Linee Guida della Commissione Europea – Dir. 2014/24/UE.

Posted by Giuseppina Maria Violante on 3 December 2015 at 12:00 AM

Le recenti ricerche e statistiche economiche susseguitesi sin dal 2011 ad oggi, emerse sia da organi e autorità istituzionali che europee, sono state oggetto di diverse consultazioni sul mercato, da parte della Commissione Europea, la quale ha di recente pubblicato alcuni dati e linee guida per prevenire il rischio di lock-in nelle procedure negoziate di cui al considerando 50 della Direttiva 2014/24/UE (cd. Direttiva Appalti).

Ma vediamo in analisi l'argomento in esame, partendo dal concetto di lock-in, e sino alle prospettive, idee future e novità del Legislatore in merito agli appalti pubblici informatici, per una migliore razionalizzazione ed interoperabilità fra le Amministrazioni dei Paesi aderenti all'UE, le imprese e i cittadini.

Secondo la definizione fornita dalla 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"(1).

Le ragioni legate all'infungibilità del sistema per le Pubbliche Amministrazioni sono molteplici, sia dovute alle economie dei mercati che agli sviluppi delle forniture e dei servizi ICT stessi, offerti dagli operatori economici.

Nella Legislazione Europea, l'infungibilità del prodotto o del servizio è disciplinata ai considerandi 50 e 32, paragrafi 2 (lettera b) e 3 (lettera b) della Direttiva 24/2014/UE.

Con il considerando 50 (2), è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando per ragioni di infungibilità dei lavori, delle forniture o dei servizi e

le relative modalità di accertamento. L'infungibilità deve derivare da:

- a) situazioni concrete, non derivanti da precedenti modalità di acquisto delle Pubbliche Amministrazioni,
- b) da clausole contenute nella *lex specialis* di gara.

Con il considerando 32 (3 – 4), il ricorso alla medesima procedura negoziata e per le ragioni di infungibilità di cui sopra, è possibile per:

- a) la creazione o acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica,
- b) la concorrenza è assente per motivi tecnici, o
- c) la presenza di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, non derivanti da limitazioni artificiali dei parametri dell'appalto.

Si osserva infine, che l'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE prevede che: "le specifiche tecniche possono altresì indicare se sarà richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale".

Allo stato attuale, nella legislazione italiana, l'infungibilità è regolata dall'art. 57 del Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.Lgs. n. 163/2006. Nella fattispecie, la possibilità di affidare un appalto per i servizi e forniture, nei settori ordinari è consentita con la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando allorché, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero pertinenti alla tutela dei diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato (comma 2, lettera b). O, per le forniture, invece, nel caso di consegne complementari o al rinnovo parziale, o all'ampliamento di quelle già presenti, qualora il cambiamento del fornitore obblighi l'amministrazione pubblica ad acquistare le medesime con caratteristiche tecniche differenti, il cui utilizzo potrebbe dar luogo a incompatibilità o imprevisti tecnici differenti; la durata o il rinnovo di tati contratti non può superare i tre anni (comma 3, lettera b).

Infine, per i lavori, gli eventuali servizi complementari o aggiuntivi, sorti successivamente all'esecuzione al contratto iniziale di appalto, aggiudicati all'operatore economico che presta le opere, per circostanze impreviste, sono divenuti necessari, a condizione che: a) tali lavori o servizi non possono essere separati dall'appalto iniziale, oppure, pur essendo separabili, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; b) il valore complessivo stimato dai contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento del contratto iniziale di appalto (comma 5, lettera a).

Nei casi di cui alle lettere di cui sopra, è possibile procedere secondo le procedure di affidamento di cui all'art. 57, comma 6 del Codice.

Per prevenire o contrastare il lock-in, la documentazione di gara non può derogare alle norme sulle specifiche tecniche di cui all'art. 68, punto 1 dell'Allegato VIII del Codice, secondo il quale, le stazioni appaltanti devono indicare nei bandi le specifiche tecniche dei lavori, forniture o servizi che si intende acquisire, ai fini della più ampia partecipazione alle gare.

Infatti, *“a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4 dell'art. 68 (5), a condizione che siano accompagnati dall'espressione “o equivalente” (comma 13, articolo 68).*

Come già anticipato in premessa, l'analisi economica del fenomeno dell'infungibilità delle forniture e dei servizi, vede il ricorso a tale tipo di affidamento senza pubblicazione per oltre il 50% nel settore della sanità, e la parte restante nei settori ICT, rifiuti, finanziario e assicurativo, poste e telecomunicazioni.

Il fenomeno in esame ha riguardato, nella realtà giuridica ed economica, sia casi correlati all'“infungibilità”, sia a casi legati all'“esclusività” dei prodotti e dei servizi acquistati dalle Pubbliche Amministrazioni.

Un bene o un servizio è “infungibile” se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di una necessità. Un bene o un servizio è “esclusivo” in quanto l'esclusiva si concretizza nella presenza di privative industriali. In pratica, entrambi i tipi di beni o servizi possono reciprocamente garantirsi il raggiungimento di quel bisogno o necessità motivato e richiesto dalle Pubbliche Amministrazioni.

Oltre ai noti casi antitrust Kodak e Microsoft, numerosi casi pratici, soprattutto nel settore della Sanità, hanno riguardato invece la tutela della proprietà industriale e intellettuale e il principio della libera circolazione delle merci, stabiliti dalle leggi europee e internazionali.

Ci si chiede: quali sono gli effetti economici che il lock-in produce sul mercato? Quali sono i fattori critici di successo da superare per contrastare tale fenomeno? Cosa è necessario cambiare sia nell'economia di mercato che nelle Leggi in vigore? Quali sono le possibili soluzioni e alternative per tutte le imprese e le Pubbliche Amministrazioni?

Da un'inchiesta realizzata nel 2016 (6), il 40% delle amministrazioni aggiudicatrici interpellate ritiene che cambiare un fornitore comporterebbe:

- a) elevati costi di investimento iniziali non recuperabili (*sunk costs*),
- b) lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per ottimizzazione del servizio o prodotto,
- c) le informazioni non sono trasferibili (il 23% fa riferimento alle denominazioni commerciali, il 40% solo qualche volta),
- d) esternalità e di economie di rete (es. *social networks*).

Per i fornitori, l'inchiesta ha rivelato che il lock-in nuoce allo sviluppo dei sistemi e dei nuovi prodotti da proporre sul mercato; per la maggioranza di essi è favorevole ad una prima soluzione e proposta della Commissione Europea, con appalti più aperti basati su standard, nel settore ICT, e non su sistemi prioritari. L'utilizzo su standard, almeno nel lungo periodo, aumenterebbe la competitività del mercato UE, notevoli risparmi sugli affidamenti, maggiore interoperabilità, innovazione e interazione con i cittadini. Insomma, utilizzare i sistemi basati su standard, rispetto a quelle di tecnologie proprietarie, sarebbe una base per una nuova generazione di servizi di eGovernment aperti e flessibili, come presentato dal piano di azione europeo stesso 2011-2015.

In ambito europeo, gli Stati Membri Francia, Italia, Paesi Bassi, Regno Unito, Germania, Svezia, Spagna e Danimarca (7) propongono l'utilizzo degli standard nelle gare, attraverso elenchi e linee guida per modelli e documenti per i bandi di gara, ai fini di una migliore cooperazione ed interoperabilità fra le Amministrazioni aggiudicatrici e le imprese, interagire con il mercato, pianificare il bilancio a lungo termine per superare gli elevati costi iniziali cennati in precedenza, e per raggiungere una migliore efficienza per i cittadini e gli altri soggetti che operano con le autorità pubbliche.

La Commissione Europea ha raccolto e presentato le migliori pratiche di alcuni Stati Membri in una Linea Guida agli appalti del 25.06.2013, SWD (2013) 224 final, denominata *“Guide for the procurement of standards-based ICT –Elements of Good Practice”*, accompagnatoria della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 25.06.2013, COM (2013) 455 final.

Secondo la Commissione Europea, l'invito ad utilizzare le predette gare di appalto basate su standard porterebbe ad un miglior sostentamento dell'agenda digitale europea, avere un accesso comune di dati e informazioni pubblici, e che gli Stati Membri possano proseguire nel futuro a sviluppare metodologie e versioni della Linea Guida più aderenti alle loro esigenze di acquisto dei servizi e dei beni da parte dei fornitori presenti sul mercato.

Infine, la Commissione stessa ha proposto in data 3 dicembre 2012 di proseguire tale iniziativa attraverso la richiesta di una

direttiva relativa all'accessibilità dei siti web (8) delle amministrazioni pubbliche, per le consultazioni e gli aggiornamenti in merito, con le autorità pubbliche, organismi e fornitori, per adattare le esigenze di ogni Paese alle migliori strategie di acquisto e alle soluzioni possibili future per realizzare un vero mercato unico digitale. Allo stesso modo, anche le imprese potrebbero essere in grado di proporre offerte di acquisto per un buon rapporto qualità/prezzo dei servizi e dei beni innovativi.

Una seconda possibile soluzione della Commissione Europea potrebbe essere l'affidamento *multi-sourcing*, prevedendo tali due alternative:

- o più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), assegnando al concorrente primo classificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto, e a scalare i successivi,
- o dividendo la gara in due o più lotti, imponendo un numero massimo di lotti aggiudicabili.

La prima ipotesi sarebbe idonea ad un sistema per la stipula di accordi quadro, un buon potere contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici negli affidamenti successivi, potendo contare su più imprese. La seconda ipotesi, invece, darebbe maggiori garanzie alle imprese sui quantitativi offerti e acquisiti.

Nelle Linee Guida, oltre alle predette proposte di soluzioni di affidamenti, monitoraggio dei bandi di gara, dei modelli standard utilizzati per i fabbisogni delle amministrazioni pubbliche, formazione e aggiornamento del personale addetto alle gare, sarebbe necessario anche esaminare effettuare programmazioni dei bisogni nel lungo periodo (superando i costi iniziali di investimento – *sunk costs*), indagini di mercato sulle competenze tecniche specifiche, l'intero ciclo di vita del prodotto e servizio, con aggiornamento e manutenzione, e valutare le possibili clausole alternative alle esigenze delle parti contrattuali negli schemi di contratto di appalto e nei capitolati, nonché infine quelle afferenti ai diritti di proprietà intellettuale e industriale, tutele e possibili trasferimenti degli stessi alle Pubbliche Amministrazioni, evitare possibili privative, o proporre agli operatori di indicare i costi necessari per fornire il servizio o prodotto aperto anche ad altri fornitori al termine del periodo contrattuale.

Per gli approfondimenti in merito alle possibili clausole, si rinvia alle Linee Guida del 25.06.2013 su cennate della Commissione Europea, e gli aggiornamenti ad oggi della pubblica consultazione del 23 settembre 2015 della Commissione Europea sulle priorità nell'individuazione e definizione degli standard ("Consultation on standards in the Digital Single Market: setting priorities and ensuring delivery"), che si concluderà il prossimo 16.12.2015 (9), oltre che le future proposte delle autorità istituzionali italiane per gli appalti diversi dall'ICT.

Giuseppina Maria Violante

Avvocato in Roma

avv.giuseppinaviolante@legaliviolante.it

SLV

1 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013.

2 Cons. 50, direttiva 2014/24/UE prevede: «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. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, 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.

Le amministrazioni aggiudicatrici che si avvalgono di questa eccezione dovrebbero indicare i motivi per cui non esistono soluzioni alternative o sostituibili praticabili quali il ricorso a canali di distribuzione alternativi anche al di fuori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o la possibilità di prendere in considerazione lavori, forniture e servizi comparabili dal punto di vista funzionale. Se la situazione di esclusività è dovuta a ragioni tecniche, queste dovrebbero essere rigorosamente definite e giustificate caso per caso. Potrebbe rientrarvi, ad esempio, il caso in cui sia tecnicamente quasi impossibile che un altro operatore economico consegua i risultati richiesti o la necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui solo un unico operatore economico dispone. Le ragioni tecniche possono anche derivare da requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei lavori, delle forniture

o dei servizi da appaltare».

3 Cons. 32, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2014/24/UE prevede che: «Nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei seguenti casi: b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

- i) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
- ii) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
- iii) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto»

4 Cons. 32, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24/UE prevede che: «Nel caso degli appalti pubblici di forniture, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti: b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligasse l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola generale, superare i tre anni».

5 I commi 3 e 4 dell'art. 68 del Codice prevedono che: «3. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) mediante riferimento a specifiche tecniche definite nell'allegato VIII, e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti. Ciascun riferimento contiene la menzione «o equivalente»; b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto;

c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera b), con riferimento alle specifiche citate nella lettera a), quale mezzo per presumere la conformità a dette prestazioni o a detti requisiti; d) mediante riferimento alle specifiche di cui alla lettera a) per talune caratteristiche, e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera b) per le altre caratteristiche.

4. Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche».

6 <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/study44-survey1results.pdf>

7 <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/d2-finalreport-29feb2012.pdf>

8 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012PC0721>

9 http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8464&lang=en&title=Consultation-on-standards-in-the-Digital-Single-Market%3A-setting-priorities-and-ensuring-delivery