

Numero 00445/2019 e data 14/02/2019 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 17 gennaio 2019

NUMERO AFFARE 02160/2018

OGGETTO:

Autorità Nazionale Anticorruzione.

Schema di Linee guida recanti: “Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”;

LA SEZIONE

Vista la nota n. 105242 del 21 dicembre 2018 con la quale l’Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

PREMESSO E CONSIDERATO

1. La richiesta di parere.

Con nota n. 105242 del 21 dicembre 2018, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha trasmesso lo schema di Linee guida recanti: “*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*” per acquisire il parere del Consiglio di Stato, considerata la generalità e la rilevanza delle questioni trattate nonché l'impatto *erga omnes* di tale atto.

Nella relazione è riferito che il documento è stato elaborato all'esito di una consultazione pubblica svoltasi in modalità aperta e costituisce il risultato della valutazione e ponderazione delle osservazioni formulate dagli *stakeholders* intervenuti; l'oggetto delle linee guida è stato definito, ai sensi dell'art 213, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici, allo scopo di orientare i comportamenti degli interessati all'applicazione dell'istituto, data la rilevanza trasversale che le consultazioni preliminari di mercato hanno nell'ambito della contrattualistica pubblica.

L'ANAC espone altresì che, in attuazione degli artt. 66 e 67 del d.lgs. 50/16, con queste Linee guida ha voluto, in particolare, indicare quale sia l'ambito di applicazione e di funzionamento dell'istituto, chiarire le modalità di svolgimento delle consultazioni di mercato, fornire indicazioni sul rapporto tra procedimento di consultazione preliminare e quello di scelta del contraente.

L'Autorità riferisce, infine, di avere optato per l'elaborazione di una relazione illustrativa, poiché, in base ai principi di cui agli artt. 8 e 9 del Regolamento per la definizione dell'attività di regolazione, le linee guida in oggetto non sono sottoposte all'analisi di impatto della regolazione, in ragione del loro carattere sostanzialmente interpretativo della normativa di riferimento.

2. La Relazione illustrativa

Nella relazione illustrativa sono spiegate le scelte di fondo contenute nell'atto di regolazione.

È riferito che al procedimento di adozione delle linee guida hanno partecipato, presentando osservazioni, gli operatori del mercato e che sono state affrontate le tematiche relative al procedimento di consultazione ed alla gestione del successivo procedimento selettivo.

Fatto salvo quanto si osserverà più avanti, in ordine al procedimento di consultazione, l'Autorità ha optato per la collocazione dell'istituto nella fase successiva alla programmazione degli acquisti, ammettendo la possibilità di ricorrere solo eccezionalmente alla consultazione preliminare anche in via anticipata; sull'oggetto della consultazione, l'Autorità ha scelto un'interpretazione estensiva, secondo cui la consultazione si presta ad essere utilizzata sia per definire aspetti puramente tecnico- prestazionali sia aspetti di carattere misto, quali ad esempio le condizioni giuridiche di partecipazione alla gara. L'ANAC ha inoltre ammesso la possibilità di svolgere la cd. consultazione indirizzata, oltre che a soggetti pubblici, anche nei confronti di soggetti privati per accogliere le sollecitazioni del mercato nei casi in cui la particolarità della fornitura o del servizio lo richieda; infine, l'Autorità ha consentito che i contributi forniti siano diffusi anche in forma anonima.

È altresì spiegato che l'istituto delle consultazioni di mercato è di norma preliminare, facoltativo e non decisivo.

La relazione tecnica individua ancora, quale finalità dell'istituto, quella di permettere alle stazioni appaltanti di predisporre con maggiore competenza gli atti di gara, nonché di informare gli operatori economici sulle intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali, e di ridurre le asimmetrie informative esistenti tra stazioni appaltanti ed operatori di mercato, per consentire alle prime di operare una scelta più consapevole, ai secondi di avere notizie rilevanti sull'appalto in via di definizione.

Si legge pure nella relazione che la consultazione preliminare ha come presupposto la carenza conoscitiva, informativa, documentale di carattere tecnico, tecnologico, scientifico, economico o organizzativo della stazione appaltante.

L'ANAC precisa altresì che, nel settore dei lavori pubblici, le consultazioni preliminari di mercato, quali attività propedeutiche alla progettazione, non vanno confuse con le attività di supporto al RUP nelle fasi preliminari dell'appalto, oggetto di vero e proprio affidamento di servizi, riservato a professioni tecniche.

È altresì puntualizzato che il ricorso alla consultazione preliminare di mercato, pur essendo facoltativo, è opportuno ove la stazione appaltante non abbia chiari i propri fabbisogni ed è particolarmente indicato nel caso di appalti o accordi quadro complessi o sperimentali, con spiccata componente tecnologica o innovativa. In ordine all'ambito di applicazione, l'ANAC sottolinea che l'istituto manifesta la sua particolare innovatività nei servizi e nelle forniture, atteso che, nel settore dei lavori, l'individuazione dei fabbisogni delle stazioni appaltanti e delle caratteristiche tecniche delle opere è assicurato da procedimenti più formalizzati del Codice, quali ad esempio la progettazione e i concorsi di progettazione.

Si afferma espressamente che la consultazione preliminare non costituisce una nuova procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico; il riferimento è, chiaramente, al dialogo competitivo e alla procedura competitiva con negoziazione.

Nella relazione è riferito infine che l'intervento di qualche stakeholder ha evidenziato l'esistenza di un istituto proprio e tipico del settore ICT (Information and Communication Technology), contemplato all'art. 68 del d. lgs 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale (CAD), ove si prevede che le pubbliche amministrazioni che acquisiscono programmi informatici o parti di essi sono tenute a svolgere una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico delle soluzioni possibili; per tale ragione è stato chiesto di inserire nel corpo delle linee guida considerazioni su di esso e la precisazione del confine con le consultazioni preliminari di mercato. È riferito che tale richiesta non è stata accolta, poiché l'istituto è stato considerato estraneo alla disciplina propria delle consultazioni preliminari di mercato.

3. Il quadro normativo di riferimento.

Il quadro normativo di riferimento prende le mosse dalla Direttiva 2014/24/UE che all'art 40 disciplina le "Consultazioni preliminari di mercato".

Nelle intenzioni del legislatore europeo lo strumento raccoglie il testimone del vecchio "dialogo tecnico", di cui alla direttiva 18/2004/UE; il testo da ultimo citato, nel suo ottavo "considerando", prevedeva che, prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici potessero, avvalendosi di un "dialogo tecnico", sollecitare o accettare consulenze da utilizzare nella preparazione del capitolato d'oneri, a condizione che tali consulenze non avessero l'effetto di ostacolare la concorrenza. La previsione, tuttavia, era contenuta solo nel preambolo della direttiva del 2004 e non nell'articolato, così come non era menzionata dal Codice nazionale di recepimento del 2006.

La più recente direttiva 2014/24/UE all'articolo 40 così dispone: *Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.*

A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

Il successivo articolo 41, rubricato "Partecipazione precedente di candidati o offerenti", prevede:

Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente abbia fornito una consulenza all'amministrazione aggiudicatrice, nel contesto dell'articolo 40 o meno, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente in questione.

Tali misure includono la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte. Il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura unicamente nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento.

Prima di tale eventuale esclusione, ai candidati o agli offerenti è offerta la possibilità di provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non è un elemento in grado di falsare la concorrenza. Le misure adottate sono documentate nella relazione unica prevista ai sensi dell'articolo 84.

Il legislatore nazionale, recependo la direttiva con una disciplina sostanzialmente riproduttiva delle corrispondenti previsioni, all'art 66 del codice dei contratti pubblici così dispone: "Consultazioni preliminari di mercato"

1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

2. Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

Il successivo art 67 stabilisce: "Partecipazione precedente di candidati o offerenti" *1. Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso. La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura*

o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata.

2. Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza.

3. Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 99 del presente codice.

4. Il quadro giurisprudenziale

La giurisprudenza, per il vero non abbondante, sulle consultazioni preliminari di mercato ricorda innanzi tutto che il diritto comunitario (Corte di Giustizia UE, sez. II, 3 marzo 2005, in cause C-21/03 e C-34/03) non legittima *tout court* la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici del soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo dei lavori, forniture o servizi, riconoscendo che esso possa risultare favorito in sede di gara, falsando così la concorrenza ma afferma anche che in ogni caso non è conforme al principio di proporzionalità la norma nazionale che pone un divieto assoluto di partecipazione a tali soggetti, poiché è possibile garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti valutando, in ogni singolo caso, se vi sia stato un vantaggio concorrenziale o meno (TAR Toscana, sez. I, n. 52/2014).

È stato affermato altresì che l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 67 del D.lgs. 50/2016, è obbligata ad adottare misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata e, solo quale *extrema ratio*, a provvedere all'esclusione dell'offerente dalla procedura di consultazione (T.A.R. Toscana, sez. I, 19 marzo 2018, n. 402).

Per altro verso la giurisprudenza ha chiarito che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto; di norma il soggetto che partecipa

alle consultazioni ex art. 66 c.c.p. non è titolare di una posizione differenziata in relazione alla successiva eventuale fase di gara, proprio in ragione dell'autonomia delle due fasi, e la partecipazione ad essa non costituisce condizione di accesso alla successiva gara, anzi, in alcuni casi, può risolversi nella successiva incapacità a contrarre con l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del successivo art. 67 Codice dei Contratti pubblici.

Le consultazioni costituiscono, in sostanza, uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato al quale si rivolge l'appalto prima dell'indizione di una procedura di affidamento, così individuando le soluzioni tecniche in grado di soddisfare al meglio i fabbisogni della stazione appaltante (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 giugno 2018, n.340).

Inoltre, posto che l'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato, è stato anche affermato che il raggiungimento di una siffatta consapevolezza da parte delle stazioni appaltanti deve costituire, se del caso, l'esito di una consultazione di mercato; dunque, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici; la stazione appaltante verifica dunque l'impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei (T.A.R. Toscana, sez. III, 16 novembre 2018, n.1497).

La dottrina sottolinea che all'Amministrazione pubblica è concesso di portare avanti talune iniziative prodromiche alla scelta dello strumento contrattuale e della procedura stessa di affidamento del contratto che nella prassi amministrativa hanno assunto diverse denominazioni ma che sostanzialmente hanno il fine unico di consentire all'ente pubblico di

svolgere un preliminare sondaggio del mercato, ottenendo quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

È stato evidenziato, altresì, che la normativa in oggetto spicca per lasciare ampi spazi di manovra e di determinazione alle pubbliche amministrazioni nell'applicazione dello strumento delle consultazioni preliminari. La stazione appaltante può, infatti, decidere se fare la consultazione e a quali soggetti rivolgersi, scelta dalla quale dipenderà anche la concreta configurazione dello strumento, che potrà avere in concreto natura e declinazioni differenti. Così, per parte della dottrina, è uno strumento istruttorio, nel caso in cui siano coinvolti esperti e autorità di garanzia mentre potrà atteggiarsi come strumento *lato sensu* pre-negoziale, qualora venga impiegato nel senso di sollecitare consulenze di operatori del mercato che in futuro potrebbero essere concorrenti in una competizione.

È stato altresì posto l'accento sulla libertà della stazione appaltante in ordine all'individuazione delle misure da adottare per salvaguardare la concorrenza in corso di gara nonché all'eventuale esclusione di candidati e offerenti la cui precedente partecipazione alla consultazione possa inficiare senza rimedio la parità di trattamento.

5. Osservazioni sul testo delle linee guida.

5.1. In via generale il Consiglio ritiene che sia opportuno che le Linee guida riportino, per una maggiore chiarezza sulle consultazioni preliminari di mercato, la distinzione che intercorre con altri istituti simili, quali le indagini di mercato negli appalti sotto-soglia, il dialogo competitivo ed i concorsi di progettazione.

Sarebbe opportuno inoltre limitare le consultazioni esclusivamente alle ipotesi in cui è presente un certo tasso di novità escludendo gli appalti di routine e quelli relativi a prestazioni standard perché questi ultimi casi si pongono in palese contrasto con la finalità dell'istituto.

5.2. In relazione al punto 1.4. nella relazione è riferito che vi sono state controversie interpretative in fase di consultazione per il procedimento degli acquisti pubblici, in quanto l'articolo 66 si presta ad essere interpretato nel senso che la consultazione preliminare possa essere svolta successivamente alla programmazione, in considerazione del dato letterale che fa riferimento agli appalti "programmati". Tuttavia alcuni stakeholders hanno osservato che riservare in via esclusiva la consultazione alla fase successiva alla programmazione detterebbe un elemento di rigidità in uno strumento - per sua natura - altamente flessibile. L'opzione interpretativa di anticipare la consultazione preliminare alla fase di programmazione è stata parzialmente accolta, nel senso che è stata confermata l'interpretazione secondo la quale la consultazione preliminare è riferita alla singola procedura selettiva e di regola, ma non sempre, è svolta dopo la programmazione, tuttavia l'inciso "di regola" non esclude la possibilità - per la stazione appaltante - di anticipare tale momento ove sussistano specifiche motivazioni.

Per il Consiglio la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante. Per tale ragione è opportuno che l'ANAC valuti la possibilità di sopprimere l'inciso "di regola".

5.3. Sembra opportuno, inoltre, eliminare il paragrafo 2.6 perché, a giudizio della Sezione, si introduce un principio che potenzialmente potrebbe interferire con la valutazione che il giudice competente è chiamato a fare su eventuali ipotesi di responsabilità precontrattuale le quali, come è noto, sono rette dalle norme primarie contenute agli articoli 1337 e 1338 codice civile.

5.4. Al paragrafo 3.4, per il Consiglio, dopo la locuzione "la consultazione può riguardare ogni aspetto" deve essere aggiunto l'aggettivo "tecnico" in considerazione del fatto che le scelte di merito amministrativo devono essere assunte

autonomamente dalla stazione appaltante e che lo stesso articolo 66, comma 2, Codice dei contratti espressamente utilizza la locuzione “*consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica*”.

5.5. Al paragrafo 3.8 va poi eliminata l'incidentale finale “, inclusi i portatori di interessi collettivi e diffusi” sia perché nella legge non si trova traccia di tali categorie di soggetti sia perché il contributo (a volte anche rilevante e utile) che possono dare i portatori di interessi diffusi e collettivi si colloca in altro ambito, quale ad esempio quello del dibattito pubblico, ma non in seno a questo istituto.

5.6. Per la Sezione va eliminato anche il paragrafo 3.13 perché la formulazione è generica, così come la nozione di “soggetti interessati”, e conseguentemente potrebbe aumentare il rischio di indebiti condizionamenti dell'amministrazione nella fase cruciale della definizione della futura gara.

5.7. Con riferimento al paragrafo 4.1. esigenze di chiarezza suggeriscono l'eliminazione della congiunzione “anche” dopo la locuzione “li valutano in modo oggettivo e comparativo”.

Per la sezione andrebbe anche eliminato l'ultimo periodo del paragrafo 4.1. perché l'obbligo di un'adeguata motivazione si ricava già dalla legge generale sul procedimento amministrativo oltre che dal Codice degli appalti.

5.8. Il Consiglio suggerisce inoltre di semplificare il paragrafo 4.4. lasciando inalterato l'ultimo capoverso.

5.9. Nelle relazione è riferito che, coerentemente con la disposizione dell'articolo 67, comma 2, del Codice, le Linee guida prevedono l'esclusione del concorrente dalla competizione solo come *extrema ratio*, ove cioè non sia possibile garantire altrimenti il rispetto del principio della parità di trattamento. La distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto, si ricorda, è inquadrata espressamente tra le cause di esclusione dalle gare pubbliche, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera e), del Codice.

Nella relazione è sottolineato che il tema della esclusione del concorrente che abbia partecipato alla consultazione, condizionando la stazione appaltante al punto tale da risultare in ipotesi determinante per la scelta del contraente, rappresenta un aspetto particolarmente problematico dell'intero istituto.

Conseguentemente è stato chiesto al Consiglio se *“l'esclusione del concorrente, pur disposta quale extrema ratio, presupponga una qualche forma di imputabilità alla condotta posta in essere nella consultazione preliminare ovvero se la stessa possa conseguire, in termini puramente oggettivi, al mero riscontro fattuale del vulnus alla concorrenza ... Sembra quindi corretto, in ultima analisi, distinguere l'ipotesi in cui la violazione della concorrenza consegua ad un comportamento scorretto dell'o.e. serbato nella consultazione preliminare e non neutralizzato in gara dalla s.a., da quella in cui sia direttamente la s.a., nel trattamento delle informazioni ricevute, a provocare detta violazione. Nel primo caso, si imporrebbe l'esclusione del concorrente; nel secondo se ne dovrebbe inferire la (sola) illegittimità del bando, pena (laddove si applicasse anche l'esclusione del concorrente) l'emersione di una fattispecie di responsabilità meramente oggettiva, di posizione, quando non anche per fatto altrui?”*.

È parere di questo Consiglio che l'esclusione dell'operatore economico che ha partecipato all'indagine preliminare possa essere disposta solo nel caso in cui vi sia stato da parte di questi un comportamento volutamente scorretto, nel senso che costui abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato, non potendosi imputare all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità oggettiva.

Va inoltre eliminato il paragrafo 5.4. perché spetta alla stazione appaltante indicare le ragioni per cui si è realizzato, nei termini prima indicati, l'effetto distorsivo non potendosi addossare all'operatore economico la prova di un fatto negativo. Come affermato dalla Sezioni Unite, in virtù del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, l'onere della prova deve essere ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione (Cassazione civile, sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

5.10. Trattandosi di linee guida non vincolanti va, infine, eliminato il paragrafo 6 relativo all'entrata in vigore.

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è il parere favorevole, con osservazioni, della Sezione.

L'ESTENSORE

Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE

Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Maurizio De Paolis