

Documento di consultazione su “Consultazioni preliminari del mercato”

Contributi pervenuti

Sommario

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | AIPARK..... | 2 |
| 2. | AIPARK..... | 2 |
| 3. | Assobiomedica..... | 5 |
| 4. | ASSTRA | 5 |
| 5. | Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici | 6 |
| 6. | Consorzio per il Sistema Informativo – Piemonte..... | 7 |
| 7. | Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. | 8 |
| 8. | Lombardia Informatica | 10 |
| 9. | Markas S.r.l. | 13 |
| 10. | Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena in nome e per conto delle Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Emilia Nord..... | 14 |
| 11. | Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP) 19 | |
| 12. | Rete Professioni Tecniche..... | 19 |
| 13. | Dott. Stefano Betti..... | 20 |
| 14. | UnipolSai..... | 21 |

1. AIPARK

AIPARK è l'Associazione Italiana tra gli Operatori nel settore della Sosta e della Mobilità.

Si riportano di seguito le considerazioni di AIPARK alcune delle quali riguardano, anche se indirettamente, più da vicino il settore della sosta e dei parcheggi.

Tra le finalità indicate nel paragrafo 1, si propone di inserire, in particolare nel caso di concessioni, l'eventuale aggiornamento/adozione e attuazione di ulteriori strumenti di pianificazione tali da rendere il quadro di riferimento maggiormente certo e coerente con le esigenze pubbliche che sono state già individuate nella iniziale programmazione propedeutica all'avvio del procedimento. Ad esempio nel settore della sosta si deve tenere sempre presente che è un fatto incontrovertibile che l'equilibrio economico della gestione di una struttura di parcheggio a pagamento a rotazione è strettamente dipendente dalla domanda di parcheggio insoddisfatta nella zona d'influenza del medesimo e, quindi, dalla regolamentazione del traffico e della sosta che viene attuata in tale zona; tale regolamentazione è introdotta e adottata tramite diversi strumenti di pianificazione quali, a titolo meramente indicativo: Piano Urbano della Mobilità Sostenibile (in sigla PUMS), Programma Urbano dei Parcheggi (in sigla PUP), Piano della Sosta, delibere inerenti l'istituzione di zone a Rilevanza Urbanistica e di zone a Traffico Limitato, ecc.

Tra i soggetti in cui è prevista la facoltà di invito mediante lettera di consultazione, prevista al paragrafo 3.5, si propone di inserire le pertinenti associazioni di categoria, in quanto, oltre ad essere portatori di interessi collettivi e diffusi, sono in grado di mettere a disposizione le loro best practice e la loro esperienza specifica di settore, con la finalità di individuare e risolvere in anticipo gran parte delle potenziali criticità che potrebbero verificarsi nel successivo procedimento di affidamento. In subordine si propone la raccomandazione per le stazioni appaltanti di favorire quanto più possibile la partecipazione delle pertinenti associazioni di categoria, in quanto, tra l'altro, non sono operatori economici interessati alla partecipazione della futura gara risolvendo, di fatto, l'eventualità di esclusione dal procedimento selettivo.

Giova, infine, evidenziare che AIPARK, al pari di altre autorevoli associazioni di categoria, ha adottato dal 2015 un Codice Etico che prescrive il rispetto dei fondamentali principi di correttezza, trasparenza, imparzialità ed indipendenza nei rapporti con la pubblica amministrazione.

2. AIPARK

1. Finalità dell'istituto

Ad avviso dell'ANCE, se lo scopo della consultazione preliminare è proprio quello di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e di sopperire ad una "...sua carenza conoscitiva, informativa, documentale di carattere tecnico, tecnologico, scientifico, economico o organizzativo..." sembrerebbe auspicabile poter utilizzare l'istituto anche nella fase di pianificazione e programmazione al fine di ottenere dal mercato risposte in grado di soddisfare ed orientare la domanda dell'amministrazione.

2. Ambito di applicazione

2.1. Utilizzo della consultazione preliminare nel settore dei lavori pubblici

Nel settore dei lavori, un ambito di applicazione possibile potrebbe essere, come già detto, nella fase anteriore alla progettazione, ossia in quella della programmazione dei fabbisogni.

Inoltre, l'utilizzo delle consultazioni preliminari di mercato appare percorribile per appalti che presentino un elevato contenuto innovativo e/o tecnologico.

2.2. Rapporto tra la consultazione preliminare di cui all'articolo 66 e le indagini di mercato di cui all'articolo 63, comma 6

Al riguardo si condivide la posizione dell'ANAC circa l'assoluta necessità di tenere distinti i due istituti.

La consultazione preliminare del mercato, come disciplinata all'articolo 66 del Codice, non è in alcun modo finalizzata a selezionare gli operatori economici che parteciperanno alla successiva gara, finalità invece, propria delle indagini preliminari che precedono l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando ex articolo 63 comma 6.

Si concorda, al riguardo, con le conclusioni cui è giunto il TAR Calabria nella citata sentenza laddove chiarisce che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è stato delineato dal legislatore alla stregua di una semplice prefase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto.

La norma di cui all'articolo 66 intende infatti rappresentare una semplice modalità con cui l'amministrazione può meglio decidere il contenuto e la modalità per procedere successivamente all'acquisizione di beni, opere o servizi; trattasi dunque di un modalità che attiene maggiormente al profilo oggettivo dell'appalto, consentendo di meglio determinarne le caratteristiche le specifiche tecniche e le migliori modalità per l'ottenimento di tali caratteristiche.

In tal senso anche l'indagine sui soggetti che operano sul mercato non è finalizzata in alcun modo ad individuare i soggetti che, successivamente saranno chiamati a presentare offerta, bensì unicamente a constatare l'effettiva capacità del mercato di fornire un certo risultato.

Ragionando a contrario, ossia consentendo sempre alle amministrazioni di utilizzare lo strumento discrezionale delle consultazioni preliminari per individuare ex ante la platea degli operatori economici per la successiva gara, deriverebbe una compressione del principio generale di legalità, poiché si agirebbe, di fatto, violando le regole che attengono gli affidamenti dei contratti pubblici.

2.3. Rapporto tra la consultazione preliminare di mercato di cui all'articolo 66 e la consultazione preliminare di cui all'articolo 165, comma 3

Al riguardo si condivide la posizione dell'ANAC circa l'assoluta necessità di tenere distinti i due istituti.

3. Il procedimento di consultazione

3.1. Forme minime di pubblicazione

Si condivide la posizione dell'ANAC volta a dare la massima pubblicità alle consultazioni; ciò, nell'ottica di garantire la massima partecipazione degli operatori economici e garantire un'adeguata trasparenza.

3.2. Soggetti ammessi alla consultazione

Si condivide la posizione dell'ANAC che, data la non coincidenza tra operatori economici e soggetti partecipanti al mercato (richiamati nel secondo comma dell'articolo 66), ritiene possibile la partecipazione alle consultazioni preliminari anche da parte delle associazioni portatrici di interessi collettivi.

Di più. Si ritiene che i soggetti portatori di interessi collettivi possano fornire un utile apporto in termini di idee e soluzioni nell'interlocuzione con l'amministrazione, soprattutto ove si opti per un utilizzo delle consultazioni nella fase di pianificazione / programmazione, assicurando, al contempo, sufficiente terzietà rispetto ai singoli operatori economici.

Quanto all'opportunità di controllare in capo ai soggetti partecipanti l'assenza di motivi di esclusione ex articolo 80 del Codice, si concorda con la posizione dell'ANAC.

3.3. Contenuto dei contributi

È possibile ricordare che la Commissione, nella guida europea per gli appalti pubblici del febbraio 2018, indica alcune misure che dovrebbero costituire un valido ausilio per le amministrazioni aggiudicatrici nell'effettuazione delle analisi di mercato.

Le procedure di appalto possono, infatti, fallire perché nessun operatore economico presenta un'offerta o perché nessuna offerta viene considerata accettabile. Come precedentemente indicato, talvolta il mercato non è semplicemente in grado di erogare i lavori, le forniture o i servizi richiesti.

In tal caso, occorre quindi valutare i vantaggi derivanti da un'attività preventiva di analisi del mercato, onde evitare l'onere, che, a fronte di una gara fallita o andata deserta, le amministrazioni aggiudicatrici debbano indire una nuova procedura di appalto e riconsiderare gli obiettivi, la portata e le condizioni tecniche ed economiche del contratto.

4. *Il procedimento selettivo a valle della consultazione*

Si concorda con quanto previsto dalle linee guida in merito alla necessità che le consultazioni non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza, fornendo a taluni operatori economici una conoscenza anticipata di una procedura di appalto pianificata e/o dei suoi parametri.

A tal fine, si segnalano le linee guida della Commissione Europea, citate, che mettono in guardia contro il rischio che la concorrenza potrebbe essere falsata, in particolare nel caso in cui le specifiche tecniche possano essere

percepite come influenzate o "rispecchianti" le caratteristiche specifiche di un particolare prodotto o servizio presente sul mercato.

In aggiunta, è possibile sottolineare che, per la Commissione europea la consultazione preliminare del mercato rappresenta solo una delle modalità con cui interrogare il mercato, e non la più comunemente usata in Europa (laddove si predilige l'utilizzo della ricerca documentale di mercato utilizzando risorse interne all'amministrazione).

5. L'esclusione dal procedimento selettivo

L'esclusione di un potenziale candidato a causa del suo precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura deve essere comminata solo laddove tale partecipazione alteri la par condicio tra i concorrenti (art. 67 comma 2).

La valutazione sulla presenza di eventuali fenomeni distorsivi e/o penalmente rilevanti, in termini di alterazione della concorrenza, andrà effettuata caso per caso, assumendo le opportune determinazioni previste dall'ordinamento.

3. Assobiomedica

Assobiomedica (associata Confindustria) Federazione nazionale tra le imprese operanti nei settori dei Dispositivi Medici e delle Tecnologie Biomediche nella loro più ampia accezione formula le seguenti osservazioni:

1) Avuto riguardo alle osservazioni/considerazioni o contributi di carattere tecnico provenienti dagli operatori economici del mercato di riferimento, qualora l'ente ritenga di non avere il necessario know-how di natura tecnica per una corretta valutazione o qualora si ravvisi la necessità di integrazione e/o completamento e/o verifica delle risultanze relative ai contributi pervenuti (dagli operatori economici) potrebbe risultare utile il coinvolgimento nella consultazione preliminare di mercato di soggetti istituzionali dotati di adeguate e comprovate competenze tecniche di elevata professionalità (si pensi al settore dei Dispositivi medici rappresentato da Assobiomedica che riguarda tecnologie altamente innovative e in molti casi complesse) al fine di "validare" o eventualmente "rimodulare" le risultanze pervenute e garantire il massimo livello di appropriatezza e correttezza delle decisioni che verranno assunte in sede di gara.

2) Posto che la categoria dei "partecipanti" al mercato di cui all'art. 66, comma 2 del codice viene intesa in un'accezione ampia, si ritiene che possano essere compresi tra i soggetti che possono essere consultati anche quelli titolari di interessi collettivi e diffusi come le associazioni di categoria.

Le associazioni di categoria potrebbero, inoltre, essere consultate su aspetti di carattere e rilevanza generale.

4. ASSTRA

In merito allo schema di linee guida recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato, attraverso le quali l'ANAC vuole fornire indicazioni sulle modalità di applicazione e funzionamento dell'Istituto delle consultazioni preliminari di mercato, di cui agli articoli 66 e 77 del Codice dei contratti pubblici, l'Associazione ritiene di dover esprimere osservazioni su alcune misure che l'Autorità intende incoraggiare con il documento in oggetto.

Come si evince dalla lettura letterale della norma (art. 66, comma 1 del Codice) le consultazioni preliminari di mercato hanno una duplice finalità: essere uno strumento attraverso il quale le stazioni appaltanti

possano acquisire informazioni utili alla predisposizione degli atti e della procedura di gara; essere uno strumento utile alle stazioni appaltanti per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

La finalità dell'istituto per le SA non dovrebbe essere quella di ottenere una consulenza, ma quella di poter disporre in modo oggettivo e confrontabile delle soluzioni tecniche proposte dagli operatori economici, per la predisposizione di una specifica procedura di gara.

Si rileva, pertanto, il rischio di interpretazioni fuorvianti di quanto affermato dall'Autorità al punto 1.2., e, soprattutto nella relazione illustrativa, laddove si parla di "acquisizione di forme di consulenza gratuite". Le SA possono, ai sensi del comma 2, dell'art. 66, "acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti" per valutazioni, ex ante ed ex post, relative alla consultazione. E ciò anche in coerenza con il presupposto sotteso all'indizione di una tale procedura ovvero la mancanza, per qualsiasi ragione, di competenze proprie dell'ente procedente.

Ciò che si intende ottenere con la consultazione preliminare di mercato non è tanto la scelta di una soluzione specifica, ma la possibilità per la SA di disporre, in modo oggettivo e confrontabile, delle soluzioni tecniche proposte dai vari operatori ai fini della preparazione delle successive procedure.

La partecipazione degli operatori alla consultazione non deve avere valenza discriminatoria. Se la volontà del legislatore è quella di incentivare il confronto con gli operatori economici, prevedere forme di esclusione dalle procedure di selezione successive degli operatori che hanno partecipato alle consultazioni preliminari di difficile ponderazione da parte delle stazioni appaltanti, rischia di limitare sia il ricorso che la partecipazione alla procedura.

Particolare attenzione dovrebbe essere, quindi, rivolta al procedimento di consultazione in relazione alle misure minime adeguate che la SA dovrebbe porre in essere al fine di evitare che le informazioni fornite in consultazione possano compromettere la partecipazione degli operatori economici alle procedure selettive. Ad esempio, una misura da incentivare potrebbe essere la consultazione collettiva degli operatori. Soluzione questa che parrebbe maggiormente garantire la trasparenza del confronto tra le soluzioni proposte dagli operatori.

Altre misure potrebbero essere, invece, foriere di contenzioso, quale, ad esempio, le comunicazioni di informazioni acquisite o scambiate nel corso della consultazione cui è tenuto il RUP. Attività queste che comporterebbero valutazioni discrezionali in merito a quali informazioni condividere e ad un bilanciamento di vari e rilevanti interessi in gioco.

Sarebbero utili indicazioni specifiche dell'Autorità sui comportamenti da seguire da parte delle Stazioni appalti in relazione alle esclusioni, laddove sia difficile, per le stesse, ponderare "il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare". Ci si riferisce, ad esempio, al caso di partecipazione di un solo concorrente alla consultazione o nel caso di adesione, da parte della stazione appaltante, ad una soluzione proposta da un candidato.

5. Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici

La Federazione Nazionale degli Ordini dei Chimici e dei Fisici (FNCF) esprime perplessità sulla bozza di linee guida in consultazione, che, apparentemente ampliando le disposizioni dell'art. 66 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito Codice), determina le seguenti criticità rendono più complesse e gravose le attività, peraltro già ampiamente regolate e definite dal Codice, del R.U.P. per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura;

1. possono dilatare i tempi decisori per la predisposizione dei documenti per le fasi procedurali di affidamento degli appalti di forniture, lavori e servizi;
2. aumentano gli oneri a carico delle pubbliche amministrazioni, in quanto indirizza queste ultime ad adottare un iter procedurale predefinito nelle consultazioni preliminari;
3. possono dar luogo ad un affidamento di attività di supporto al R.U.P. poco trasparente e, comunque, contrastante con i principi del Codice, ivi incluso quello di onerosità dei contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di consulenze, relazioni, dati e altri documenti tecnici;
4. limitano la partecipazione alle consultazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati ed interessati alle procedure di appalto, in quanto passibili di non essere ammessi alla successiva procedura eventualmente indetta dal soggetto pubblico;
5. deflazionano l'acquisizione di documenti, o prodotti, derivanti dal know-how aziendale o professionale, che siano brevettati oppure siano, comunque, di particolare interesse o pregio per le stazioni appaltanti;
6. non individuano misure concrete per garantire che la concorrenza non sia alterata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente alla procedura di consultazione preliminare.

6. Consorzio per il Sistema Informativo – Piemonte

1) Si chiede una precisazione sulla distinzione – o, in alcuni casi, sulla parziale o totale sovrapposibilità – tra l'indagine che ha come scopo la consultazione preliminare di mercato ex art. 66 Codice dei contratti pubblici (finalizzata ad acquisire informazioni per costruire il capitolato di gara) e l'indagine funzionale alla valutazione tecnico-economica prevista dall'art. 68 Codice dell'Amministrazione Digitale (nel seguito CAD), finalizzata ad identificare soluzioni software presenti sul mercato latamente inteso (incluso quindi riuso, open source, make, etc.). Per effettuare tale valutazione, infatti, l'Ente, ove già non ne disponga, deve necessariamente acquisire informazioni specifiche sui prodotti di mercato, tecniche ed economiche e si ritiene che lo strumento debba essere un confronto sul mercato. Tale indagine, a volte, può assumere una capillarità analoga ad una indagine ex art. 66 Codice Appalti: pur essendo gli obiettivi astrattamente diversi, appaiono quindi suscettibili di sovrapposizione pratica. Qualora, infatti, l'Ente si rivolgesse al mercato per raccogliere informazioni funzionali alla valutazione tecnico economica ex 68 CAD, già sapendo che in caso di acquisizione dal mercato, necessiterebbe di contributi funzionali alla costruzione del capitolato tecnico, apparirebbe razionale configurare una indagine di mercato utile a raccogliere tutte le informazioni. Analogamente, un Ente – specie per progetti informatici (o ICT) particolarmente complessi - potrebbe non avere contezza degli stessi requisiti da porre a confronto valutativo e/o da inserire a capitolato. Sarebbe quindi utile ricevere indicazioni volte a non duplicare procedure, avviando quindi, una indagine potenzialmente in grado di soddisfare tutti gli obiettivi. Si può unificare, in un unico processo di indagine, l'acquisizione di informazioni funzionali ad obiettivi diversi ma potenzialmente

conseguenti? In caso affermativo come bisognerebbe identificare tale indagine: si concretizza in un art. 66 Codice dei Contratti contenente un art. 68 CAD o viceversa? Inoltre, si dovrebbero adottare le cautele previste dall'art. 67 Codice dei contratti?

2) Circa i contenuti dell'indagine ex art. 66 Codice dei Contratti, si chiede se sia possibile acquisire informazioni che hanno natura prettamente economica, ovvero se si possa esperire tale indagine per definire la base d'asta.

3) Paragrafo 3: circa le modalità di conduzione di dette indagini, sarebbe utile a livello operativo un approfondimento concreto circa i modi di coinvolgimento degli operatori già in fase di indagine, per renderle efficaci e proporzionate al caso di specie. Infatti non sempre risulta proporzionata ed efficace la pubblicazione dell'Avviso sul sito istituzionale e/o sui giornali. Ad esempio, è possibile in via aggiuntiva contattare direttamente gli operatori noti, a fronte di una pubblicazione sul sito istituzionale?

4) Paragrafo 4: come può condursi l'evento pubblico citato al punto 4.5?

7. Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.

OSSERVAZIONI SULLE LINEE GUIDA ANAC SULLE "INDICAZIONI SULLE CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO"

In merito alla richiesta dell'ANAC di esprimere osservazioni sul documento posto in consultazione, contenente la bozza delle Linee guida sulle consultazioni preliminari di mercato e la nota illustrativa delle questioni sottese, si formulano le seguenti considerazioni.

• Punto 3.1 Linee guida

Il punto 3.1 delle LG stabilisce che la procedura di consultazione preliminare di mercato si svolge nel rispetto degli artt.66 e 67 del Codice, nonché dei "principi generali del Codice".

Gli articoli 66 e 67 del Codice impongono il rispetto dei principi di non discriminazione, di trasparenza e di parità di trattamento, senza richiamare ulteriori "principi generali del Codice".

Premesso che non è chiaro se il riferimento ai "principi generali del Codice" di cui al punto 3.1 delle LG sia inteso all'art. 4 e/o all'art. 30 del Codice e/o ad ulteriori disposizioni dello stesso, il richiamo ai principi generali sembrerebbe rappresentare, pertanto, un intervento additivo dell'Autorità. A tale proposito, si ritiene che il rispetto dei principi di par condicio, trasparenza e non discriminazione di cui agli articoli 66 e 67 del Codice sia una misura necessaria e sufficiente per assicurare gli obiettivi del legislatore comunitario e nazionale nella fase preliminare della consultazione.

• Punto 3.2 Linee guida – Obblighi di pubblicità

Il punto 3.2 delle LG prevede l'obbligo di pubblicità per l'avvio del procedimento di consultazione.

Con specifico riferimento alle consultazioni da svolgere nei settori speciali, si ritiene opportuno precisare che nel caso di consultazioni relative a contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie rientranti nell'ambito definito dagli articoli 115-121 del Codice, le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti

speciali ed esclusivi applicano - rispetto agli obblighi di pubblicità - la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti adottati ai sensi dell'art. 36, comma 8, del Codice.

- Punto 3.5 Linee guida – Consultazione ristretta

In deroga all'obbligo di pubblicità di cui al punto 3.2, il punto 3.5 delle LG consente di svolgere la procedura di consultazione mediante “lettera di consultazione” nella sola ipotesi in cui la consultazione sia indirizzata esclusivamente a “soggetti pubblici”.

Anzitutto, la mancata definizione della nozione di “soggetto pubblico” è suscettibile di dare luogo a dubbi interpretativi (ad es. il riferimento si intende limitato a enti di diritto pubblico ovvero comprende anche enti di diritto privato controllati e/o partecipati da enti pubblici, ecc.).

In questa prospettiva, deve essere rammentata che la giurisprudenza comunitaria e nazionale abbraccia una nozione ampia di “operatore economico”, tale da ricomprendere anche le società pubbliche. Di conseguenza, anche nel caso di consultazioni limitate a “soggetti pubblici” (ivi comprese, ad es., società pubbliche) potrebbero verificarsi alterazioni delle dinamiche concorrenziali, ove tali “soggetti pubblici” partecipino alla successiva fase di affidamento in concorrenza con “soggetti privati” non invitati alla fase preliminare di consultazione.

Alla luce di quanto sopra, e al fine di garantire sufficienti margini di flessibilità, propri dell'istituto, si ritiene opportuno che la scelta della modalità di conduzione della consultazione (con avviso pubblico ovvero con lettera di consultazione) sia rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dei soggetti invitati, fermo restando il rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

- Punto 4 Linee guida

Si valuta positivamente che le LG sembrano rimettere all'organizzazione interna di ciascun Committente le modalità di recepimento e utilizzo dei contributi forniti dal mercato, sia sotto il profilo della necessità di una seduta pubblica ovvero riservata in cui gli operatori economici sono chiamati a presentare i propri contributi, sia sotto il profilo dell'eventuale verbalizzazione di tali sedute.

Sembra, infatti, più opportuno devolvere alla stazione appaltante la decisione sulla modalità di recepimento e utilizzo dei contributi sia in un'ottica di semplificazione procedurale, sia al fine di calibrare gli eventuali adempimenti in ragione delle specificità della fattispecie concreta, che potrebbero scongiurare di ricorrere ad eccessive forme di pubblicità nella fase di acquisizione dei contributi.

- Punto 4.1 Linee guida

L'obbligo per le stazioni appaltanti di cui al punto 4.1 delle LG di motivare nella determina a contrarre le scelte effettuate in relazione a tutti i contributi e alle informazioni acquisite nel corso della consultazione, soprattutto nei casi in cui i contributi pervenuti siano numerosi, sembra suscettibile di rendere eccessivamente gravoso per la stazione appaltante la fase di indicazione della gara, con il rischio di irrigidire una procedura voluta e concepita in termini di flessibilità.

Si suggerisce, pertanto, di rimettere agli statuti interni della stazione appaltante l'ampiezza dell'eventuale obbligo motivazionale.

- Punto 4.6 Linee guida

Il garantire a tutti i potenziali concorrenti l'accesso ai documenti offerti in sede di consultazione preliminare di mercato potrebbe costituire un disincentivo a offrire i contributi in tale sede. Questo vale sia per quei soggetti che non intendono successivamente partecipare alla gara sia per gli operatori che hanno offerto contributi e che vedrebbero svelata parte del loro know-how a soggetti terzi, che potrebbero essere loro concorrenti nella successiva gara o in gare future.

Sarebbe, pertanto, opportuno prevedere che in fase di ostensione le stazioni appaltanti siano tenute ad assicurare l'anonimato dell'operatore che ha formulato il contributo, adottando opportune cautele per la tutela di eventuali diritti di proprietà intellettuale. In alternativa all'accesso, la stazione appaltante dovrebbe avere la facoltà di descrivere nella determina a contrarre in termini generali le modalità di svolgimento della consultazione, con indicazione dei temi posti in consultazione e delle risultanze della stessa.

- Punto 5.3 Linee guida

Sarebbe opportuno specificare che l'esclusione dell'operatore economico dalla successiva procedura selettiva non integra un'ipotesi di segnalazione del concorrente escluso all'ANAC, né di escussione della garanzia provvisoria, dal momento che l'esclusione è stata disposta per motivi non attribuibili al concorrente, bensì alla circostanza che la stazione appaltante non ha adottato misure idonee a eliminare il vantaggio competitivo derivante al concorrente dalla partecipazione alla consultazione preliminare.

8. Lombardia Informatica

Oggetto: osservazioni sullo schema di Linee Guida recanti: “Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato” adottato dall’Autorità nazionale anticorruzione.

§ 1. Premessa.

La nota illustrativa elaborata dall'ANAC in merito alle consultazioni preliminari di mercato affronta in maniera approfondita tutti i rischi connessi all'adozione di tale strumento. Per tale ragione si è ritenuto opportuno – stante anche la funzione di Lombardia Informatica, società in house di Regione Lombardia, che funge da stazione appaltante per l'acquisto di servizi tecnologici - focalizzare le presenti osservazioni sulle ricadute di tale istituto nell'ambito del mercato del c.d. “Information and Communications Technology” (d'ora in avanti in sigla ICT), in cui la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, ostacolano l'esistenza di un mercato concorrenziale.

§ 2. Le consultazioni preliminari nel mercato ICT.

Come è noto, l'art. 66 del D.lgs. n. 50/2016, nel recepire l'art. 40 della direttiva 2014/24/UE, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato quale strumento di acquisizione di maggiori informazioni tecniche ed operative nella preparazione degli appalti.

La ratio di tale istituto è, dunque, quella di consentire alle Amministrazioni di avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore prima dell'indizione di una procedura di affidamento, al fine di individuare le migliori soluzioni tecniche.

Le consultazioni preliminari rappresentano, infatti, un'utile occasione di confronto durante la quale l'Amministrazione informa gli operatori economici delle proprie esigenze, avviando un dialogo pubblico sulle varie soluzioni tecniche. Tale confronto è, dunque, destinato a influenzare la successiva strategia di gara, poiché in esso sono emersi i bisogni e le esigenze della stazione appaltate, nonché gli strumenti utili a soddisfarli.

È per tale ragione che le consultazioni preliminari nel settore dell'ICT condizionano in maniera particolarmente accentuata la successiva gara pubblica, in quanto, una volta scelta una determinata soluzione informatica quest'ultima sarà destinata ad incidere e a determinare i successivi acquisti.

D'altro canto, una previa consultazione potrebbe consentire alle stazioni appaltanti di ottenere tutte le informazioni necessarie ad evitare il rischio di *lock-in*, ovvero il rischio di legarsi indissolubilmente ad un determinato fornitore.

In questi termini, si ritiene che l'adozione della Linee Guida recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato" possa rappresentare un'occasione per intervenire anche sul mercato dei servizi ICT, poiché un idoneo utilizzo di tale strumento potrebbe consentire una migliore e più efficace individuazione della soluzione ottimale, valutandone la fattibilità non solo dal punto di vista tecnico, ma anche nell'ottica di prevenire il rischio di *lock-in*.

§ 3. Il procedimento di consultazione degli operatori nel mercato dei servizi ICT.

Le consultazioni preliminari non rappresentano una condizione di accesso alla gara, tant'è che l'operatore economico, indipendentemente dalla partecipazione a tale momento preliminare, resta sempre libero di partecipare o meno alle successive fasi della procedura. In tal senso, sembra corretto ritenere che la partecipazione alle consultazioni preliminari non determini una posizione differenziata dell'operatore economico nella successiva gara proprio in ragione dell'autonomia delle due fasi.

Se quanto detto vale in generale, nel mercato ICT le cose sembrano andare diversamente poiché la scelta di una determinata soluzione tecnologica (si pensi ad es. alla scelta di un sistema operativo tra Microsoft Windows, MacOS, Chrome OS, GNU/Linux, Unix-like, solo per citarne alcuni) è destinata a determinare sia il futuro confronto competitivo, che tutti i successivi acquisti della stazione appaltante. In questo mercato, infatti, la fisiologica infungibilità dei prodotti informatici vincola la PA a tener conto della soluzione prescelta anche per i successivi acquisti, pena la perdita degli investimenti effettuati.

Detta in questi termini, è possibile evidenziare come le consultazioni preliminari costituiscano un momento imprescindibile negli acquisti ICT, poiché all'esito delle stesse emergono i vantaggi e gli svantaggi delle varie soluzioni informatiche proposte, come anche gli accorgimenti che limitano o evitano i. Quanto detto induce a ritenere che le consultazioni preliminari nel settore ICT non siano preordinate solo ed esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato (e dunque i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare), ma rappresentino una vera e propria "gara ufficiosa" seppur caratterizzata dall'assenza di vincoli in ordine alla scelta finale.

In tal senso, le consultazioni preliminari, oltre ad essere uno strumento conoscitivo, nel settore ICT implicano anche una valutazione comparativa delle soluzioni offerte, pertanto, comportano il rispetto dei principi insiti nel concetto di gara. In quest'ottica, si suggerisce di inserire nelle Linee Guida appositi strumenti che garantiscano la partecipazione degli operatori alle consultazioni preliminari in ambito ICT entro appositi termini, nonché delle indicazioni in merito all'andamento delle consultazioni stesse.

In particolare, appare opportuno prevedere idonei strumenti atti a disciplinare:

- i. le modalità di conduzione delle consultazioni preliminari, distinte, ove possibile, per prodotti e servizi;
- ii. la possibilità di redigere un elenco di fornitori eventualmente da invitare nella fase preliminare delle consultazioni;
- iii. le regole idonee a proteggere il segreto industriale e commerciale, pur garantendo la dovuta trasparenza e imparzialità.

Con riferimento all'organo deputato a condurre le consultazioni preliminari si ritiene che questo debba essere il RUP, in quanto organo tenuto per legge ad assicurare nelle procedure ad evidenza pubblica il rispetto dei principi di par condicio, *favor participationis*, trasparenza, buon andamento e segretezza.

È poi opportuno che venga affrontato nelle Linee Guida anche il tema degli strumenti idonei a garantire i principi di trasparenza e massima partecipazione e ciò al preciso fine di non falsare la concorrenza ed evitare eventuali contenziosi con gli operatori che si reputino illegittimamente esclusi dalle consultazioni preliminari.

In considerazione delle caratteristiche insite nel mercato ICT, l'obiettivo delle Linee Guida dovrebbe essere anche quello di fornire indicazioni puntuali in merito alla partecipazione degli operatori economici, tenendo conto che la mancata partecipazione rischia di escludere determinate soluzioni informatiche dalle future scelte di acquisto della PA.

Per questo motivo si suggerisce ad ANAC di evidenziare tale aspetto anche al fine di alimentare la consapevolezza degli *stakeholders* sull'importanza delle consultazioni di mercato il rischio di *lock in*.

§ 4. Il procedimento a valle della consultazione.

Le Linee Guida individuano una serie di strumenti volti a garantire l'utilizzo dei contributi pervenuti. Per tale ragione, si suggerisce di prevedere che i risultati delle consultazioni preliminari e le soluzioni individuate siano comunicati al mercato con apposita pubblicazione sul sito della stazione appaltante nel rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

Quanto alla motivazione della soluzione tecnica prescelta, si evidenzia come questa sia un elemento imprescindibile per la verifica della correttezza formale delle operazioni, consentendo, in particolare, un riscontro sull'effettivo esame delle proposte avanzate dagli operatori in attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento che disciplinano l'azione amministrativa.

In questo senso, si suggerisce di prevedere che l'esito delle consultazioni preliminari si concluda con un atto che esterne il percorso logico-giuridico seguito dall'Amministrazione per giungere alla decisione adottata, consentendo così agli operatori di comprendere le ragioni della scelta e, conseguentemente, di accedere alla tutela giurisdizionale in conformità ai principi costituzionali.

Appare, inoltre, opportuno chiarire nelle Linee Guida la distinzione giuridica sussistente fra le consultazioni preliminari e le indagini di mercato disciplinate dal Codice dei contratti, l'una quale fase facoltativa e l'altra quale fase doverosa e necessaria per l'acquisto di prodotti informatici e licenze oggetto di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

È allora più che mai opportuno che, proprio per le caratteristiche del settore ICT, le Linee Guida in esame estendano il loro ambito di applicazione anche alle indagini di mercato, disciplinando l'interferenza fra questo istituto e le consultazioni preliminari nell'ottica di evitare comodi sotterfugi per gli operatori.

Alla luce delle predette considerazioni, si invita l'ANAC a valutare se inserire nelle Linee guida in oggetto, o in altro strumento regolatorio, le osservazioni fornite.

9. Markas S.r.l.

Sottoponiamo alla cortese attenzione di ANAC, alcune considerazioni in merito alla consultazione in oggetto.

Preliminarmente preme rilevare come il documento messo in consultazione appaia assai equilibrato definendo in primo luogo l'importante differenza fra consultazione preliminare di mercato e indagine di mercato, procedure troppo spesso erroneamente assimilate. Come correttamente rilevato, il primo strumento messo a disposizione dal codice risulta essere un prezioso supporto delle Stazioni appaltanti nell'elaborazione della documentazione e organizzazione dell'appalto stesso. A parere della scrivente tale modalità procedurale aiuta a ridurre il numero di contenzioni inerenti l'impugnazione del bando e del capitolato di gara rendendo più snelle le rispettive procedure. Soprattutto per la pianificazione di appalti complessi, con diversi lotti oppure con diverse tipologie di servizi comprese nell'appalto, ci permettiamo di suggerire che l'utilizzo propedeutico di tale previsione normativa diventi "obbligatorio".

Attualmente l'utilizzo della procedura di cui all'art. 66 del Codice è rimessa alla discrezione delle Stazioni appaltanti che possono, prima dell'avvio di una procedura di appalto, avviare consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura. Le consultazioni possono servire anche a calibrare obiettivi e fabbisogni e determinare basi d'asta congrue anche in relazione all'attesa qualità del servizio richiesto diventando utili strumenti che consentono alle Stazioni appaltanti di venire a conoscenza delle peculiarità del settore o di particolari novità di prodotti e servizi che potranno essere richiesti in fase di gara.

Appare altresì condivisibile dalla scrivente la previsione contenuta nella bozza in consultazione di prevedere che la procedura avvenga in un momento successivo alla programmazione della procedura, dopo quindi che l'Ente abbia già fissato quelli che sono gli aspetti distintivi della procedura, ma comunque prima della determina a contrarre che rende vincolante l'impegno di spesa e la documentazione pubblicata. In questo modo infatti si scongiura il rischio di veder stravolta l'intera procedura o la natura stessa del procedimento sulla scorta dei contributi inviati ma si permette all'Ente di calibrare le proprie richieste sulla base delle osservazioni pervenute.

Sicuramente apprezzabile è la previsione per cui le Stazioni Appaltanti devono garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente o di un'impresa ad essi collegata alla consultazione preliminare. A tal proposito appare opportuno citare la buona prassi posta in essere da alcune stazioni appaltanti (tra cui ad esempio: Azienda Sanitaria Ligure) che ha pubblicato, seppur in forma anonima, tutti i contributi pervenuti garantendo la massima trasparenza della procedura stessa. Ci permettiamo di suggerire inoltre, la previsione di inserire la possibilità per la stazione appaltante

di richiedere degli incontri chiarificatori su aspetti particolarmente complessi emersi nei contributi ricevuti in forma scritta. Anche in questo caso la trasparenza sarebbe assicurata dalla verbalizzazione di detti colloqui e da regole di gestione condivise con Anac; la scrivente ha partecipato con successo ad incontri di tale natura riscontrando un' utilità sia per le Stazioni appaltanti, che possono quindi apprendere novità progettuali importanti tali da rendere la qualità del servizio atteso elevata, sia per gli operatori economici/professionisti consulenti, che con questi confronti riescono a meglio comprendere le esigenze delle Pubbliche Amministrazioni.

Restiamo a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti si rendessero necessari,

Cordiali saluti.

10. Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena in nome e per conto delle Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Emilia Nord

1 Finalità e contesto dell'istituto

[1.4 LG] La consultazione si svolge dopo la programmazione e prima della determinazione a contrarre, finalizzata ad avviare il procedimento per la selezione del contraente

Relazione. La consultazione preliminare è riferita alla singola procedura selettiva ed è svolta dopo la già avvenuta programmazione. Si chiede di formulare osservazioni, possibilmente corredate di prassi amministrative sperimentate, e a proporre formulazioni alternative

Si conferma l'opportunità che la consultazione venga attivata almeno dopo la programmazione; anzi la decisione di avvalersi della consultazione preliminare potrebbe essere già indicata nella stessa programmazione.

In alcuni casi può essere necessario raggiungere un dettaglio progettuale più approfondito (relazione illustrativa) rispetto alla programmazione al fine di circoscrivere dettagliatamente il contenuto del contributo richiesto.

2 Ambito di applicazione

[2.2 a 2.5 LG] 2.5 Le stazioni appaltanti curano, in particolare, che le consultazioni preliminari di mercato siano tenute distinte dal dialogo competitivo e indagini di mercato, quali ad esempio quelle preliminari allo svolgimento delle procedure negoziate, nei casi previsti all'articolo 63, comma 6, ovvero all'articolo 36 del Codice, che costituiscono procedimenti finalizzati a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara.

Relazione. Con riferimento al rapporto tra la consultazione preliminare di cui all'articolo 66 e le indagini di mercato di cui all'articolo 63, comma 6, alla luce della giurisprudenza più recente, è emersa l'opportunità di tenere distinti i due istituti. Ciò in ragione della impossibilità, per la prima, di costituire condizione di accesso alla gara a dispetto della funzione, propria e intrinseca della seconda, di rappresentare una vera e propria condizione di accesso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando Si invitano gli stakeholder a rappresentare il loro avviso

Le consultazioni preliminari di cui all'art 66 Codice sono uno strumento con cui le stazioni appaltanti possono 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, al fine di individuare le soluzioni tecniche in grado di soddisfare al meglio i fabbisogni della stazione appaltante.

Più precisamente come stabilito dall'art. 66, comma 1, codice appalti - possono essere finalizzate:

- alla preparazione dell'appalto;
- allo svolgimento della relativa procedura;
- a fornire informazioni agli operatori sull'attività contrattuale;
- a fornire informazioni sui requisiti necessari per gli appalti programmati

Le consultazioni non sono né possono diventare – in corso d'opera delle procedure di affidamento; in questo senso, i contributi forniti non possono contenere offerte o proposte contrattuali trasmessi alla stazione appaltante secondo le modalità espresse nell'Avviso.

Tenuto conto della funzione propria dell'istituto si conferma la necessità di tenerla distinta da altre procedure attivate sulla base di un avviso , che hanno come finalità l'affidamento di contratti.

Es avviso di cui ai punti da 5.1.2 (L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento) a 5.1.5 delle LG n 4 art 36 comma 2 Codice .

Le LG n 8 Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando per acquisti infungibili di cui art 63 comma 6 richiamano proprio l'art 66 precisando che (pag 9) la stazione appaltante deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore . Occorre riflettere che l'istituto è stato delineato dal legislatore alla stregua di una semplice prefase di gara non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto ; non costituisce condizione di accesso alla successiva gara e in alcuni casi può risolversi nella successiva incapacità a contrarre con l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del successivo art. 67 Codice . Quindi non può essere condizione di accesso alla successiva procedura negoziata.

Relazione Va tenuta distinta, dalla consultazione preliminare di cui all'articolo 165, comma 3, del Codice, che consiste in un istituto rivolto ai soli operatori economici invitati a presentare le offerte, con il precipuo fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità dell'opera. A dispetto dell'omologia, sembra che si tratti di un istituto di natura diversa, sia sotto il profilo soggettivo, che è limitato ai soggetti già invitati; sia sotto il profilo oggettivo, che attiene a profili esclusivamente finanziari. Sul punto, si invitano gli stakeholder a rappresentare un eventuale, diverso avviso, sulla base delle migliori pratiche conosciute.

Si conferma quanto sopra

3. Procedimento di consultazione

Relazione Può rappresentare un presupposto della consultazione preliminare la necessità di completamento o di adeguamento di analisi già svolte, al fine di orientare al meglio la futura gara e correggere e verificare le conclusioni tecniche cui è pervenuta l'amministrazione mediante i propri uffici. Sul punto è auspicato un intervento degli Stakeholder che rappresenti buone pratiche di consultazione preliminare utilizzate per il completamento o l'adeguamento di analisi già svolte

Si conferma che costituiscono oggetto di consultazione esclusivamente gli aspetti tecnici sulla scorta dei quali la Stazione Appaltante deve predisporre le leggi di gara; tutte le prescrizioni tecniche essenziali e modalità prestazionali che consentono alla Stazione Appaltante di individuare gli standard di prodotti/servizi di cui si deve approvvigionare.

La consultazione può essere svolta anche al fine di accertare l'assetto del mercato rilevante o ricevere indicazioni circa le condizioni economiche sostenibili dagli operatori economici presenti o l'effettiva esistenza di più operatori economici in grado, tecnicamente e giuridicamente, di assicurare la produzione o distribuzione di un servizio/prodotto o le clausole contrattuali generalmente accettate. Anche su tale punto, si auspica che gli Stakeholders forniscano ulteriori suggerimenti su concrete esigenze di conoscenza dell'assetto del mercato.

Si conferma che i contributi degli OE devono riguardare i profili tecnici che consentano alla Stazione Appaltante di individuare le prestazioni minimali ed adeguate che i concorrenti dovranno poi sviluppare in gara. L'OE non dovrebbe mai indicare alla Stazione appaltante quali requisiti, criteri di valutazione o pesi da attribuire, o prezzo a base d'asta. Per quanto riguarda l'accertamento delle presunte condizioni di infungibilità si rinvia a quanto dichiarato al punto 2

Forme minime di pubblicazione

Relazione Nondimeno, non si può escludere che le stazioni appaltanti acquisiscano consulenze, relazioni e documentazioni tecniche trasmesse al di fuori delle forme della consultazione preliminare di mercato, di propria iniziativa, allo scopo di orientare l'azione amministrativa generale, anche nel caso in cui questo dovesse avere riflessi nei riguardi dei procedimenti selettivi per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture. Gli Stakeholders sono invitati a fornire considerazioni in merito al rapporto tra la consultazione preliminare di mercato e ulteriori e diverse forme di consulenza attivabili dalle amministrazioni, anche al fine di chiarire se vi sia una attrazione escludente di qualsiasi altra forma di consulenza entro tale ambito

Si ammette l'attivazione di consulenze presso esperti da parte della Stazione Appaltante al di fuori delle consultazioni preliminari, nel rispetto dei presupposti stabiliti dalla normativa vigente

[3.3 LG] L'avviso di consultazione è pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente, ferma la possibilità di disporre ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità.

Relazione Le stazioni appaltanti curano, di norma, la pubblicazione di un avviso pubblico che può essere pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente, e pubblicizzato in altre forme, secondo un criterio di proporzionalità. La eventuale pubblicità sui quotidiani è stata rimessa alla stazione appaltante Sul punto si richiede agli Stakeholders di fornire specifiche osservazioni sui pro e sui contro di una scelta in tal senso

La collocazione dell'avviso sul profilo del committente nella sezione amministrazione trasparente è la più rispondente alle finalità dell'istituto, che – pur non costituendo una procedura di acquisto - attrae il

procedimento di consultazione all'area contratti, quale presupposto preliminare e meramente conoscitivo. Risponde ai canoni di tempestività e gratuità ed è accessibile ad un ampio numero di OE. Occorre cercare di eliminare la pubblicazione sui quotidiani, onerosa e di scarsa diffusione.

Soggetti ammessi alla consultazione

[3.8 - 3.9 – 3.10LG] Possono prendere parte alla consultazione preliminare, ai sensi dell'articolo 66, comma 2, del Codice, tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste

Si sollecitano gli Stakeholders a fornire specifici contributi sulla natura dei soggetti da ritenere ammissibili alle consultazioni preliminari di mercato.

L'art 66 co 2 va interpretato in senso ampio attesa la finalità dell'istituto. Conseguentemente si ritiene possono partecipare esperti (può essere opportuno chiedere una ragionevole qualificazione professionale, mediante titoli di esperienza o di studio, senza tuttavia eccedere in criteri troppo rigidi) autorità indipendenti (anche autorità pubbliche quali, ad esempio, ministeri, agenzie, istituti scientifici pubblici, università, camere di commercio, ordini professionali, in relazione alle specifiche categorie di mercato interessate dalla consultazione).

Partecipanti al mercato (operatori economici, i.e. di soggetti titolari alla partecipazione alla futura gara, ma vi possono essere compresi altri soggetti, quali, ad esempio, soggetti di ricerca o titolari di interessi collettivi e/o diffusi, quali associazioni di categoria, di rappresentanza di altri interessi, così come le associazioni di utenti. In questo senso, possono essere individuate organizzazioni di diversa natura, purché dotate di soggettività giuridica)

Si conferma che l'Amministrazione non deve richiedere il possesso dei requisiti di cui art 80 – 83 Codice [3.9 e 3.10 LG]

L'acquisizione di contributi presentati da soggetti non qualificati potrebbe, al massimo, condurre ad un onere motivazionale, in caso di loro valutazione positiva. Sul punto, si attendono considerazioni degli Stakeholders in ordine all'opzione interpretativa adottata

Contenuto dei contributi

[3.14 LG] La stazione può indirizzare la consultazione formulando domande o indicando questioni specifiche, anche attraverso la somministrazione di un questionario.

Relazione Questa modalità non esclude che gli operatori economici possano depositare contributi aventi un oggetto più ampio, a condizione che le informazioni aggiuntive siano correlate a quelle richieste ed eventualmente strumentali ad una loro migliore comprensione. Sul punto si richiede agli Stakeholders di fornire specifiche osservazioni sui pro e sui contro dell'opzione ammessa

Tenuto conto che la funzione propria dell'istituto è quella di ridurre la cd asimmetria informativa tra la PA e le Ditte del settore, la consultazione deve essere circoscritta a quei profili tecnici che interessano l'Amministrazione per individuare le prestazioni minime ed adeguate che dovranno essere sviluppate dai concorrenti in sede di offerta, senza tuttavia privilegiare l'OE che ha collaborato con la Stazione Appaltante. Al fine di evitare un utilizzo distorto che in fase di gara comprometta la par condicio dei concorrenti occorre la rigorosa osservanza di alcune cautele: circoscrivere il contributo agli aspetti tecnici oggetto di approfondimento, garantire lo scambio di informazioni in forma scritta, verificare che le proposte presentate siano effettivamente di interesse per l'Amministrazione e siano perseguibili da

qualunque operatore del settore. Pertanto lo strumento questionario è estremamente utile perché consente di standardizzare la raccolta di informazioni, circoscritte agli aspetti di effettivo interesse per l'Amministrazione (rispetto dei principi di par condicio, trasparenza efficacia efficienza) . Tuttavia potrebbe essere difficile proporre un questionario in fase di pubblicazione dell'avviso . L'Amministrazione potrebbe ritenere opportuno convocare un incontro pubblico con le ditte, necessario per illustrare i contenuti tecnici di massima, e ad esito dell'incontro pubblicare il questionario sul sito dell'amministrazione al fine di circoscrivere il contributo degli OE.

4. procedimento selettivo a valle della consultazione

4.2 LG Le stazioni appaltanti individuano misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente o di un'impresa ad essi collegata alla consultazione preliminare.

Relazione Uno specifico approfondimento deve essere, pertanto, dedicato all'individuazione di misure adeguate a evitare che le informazioni fornite in consultazione possano compromettere la partecipazione degli operatori economici alle procedure selettive. Le Linee guida, pertanto, intendono rispondere al problema evidenziato dal Consiglio di Stato, che ha esortato il legislatore o le amministrazioni a individuare ex ante le misure ritenute adeguate a garantire che, a seguito delle operazioni di consultazione, la concorrenza non sia falsata (Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere sullo schema di decreto legislativo, del 1 aprile 2016, n. 855, articolo 67

Gli Stakeholders sono invitati ad esprimere il loro avviso in ordine alle previsioni di cui all'articolo 67, comma 1, alimentando il quadro delle possibili "misure adeguate" a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente alla procedura di consultazione preliminare di mercato

La consultazione deve essere circoscritta a specifici aspetti di carattere tecnico , la consultazione deve essere pubblica e comunque i contributi devono essere formulati per iscritto (si può valutare l'opportunità che contributi e risposte vengano pubblicati su profilo del committente) , deve essere consentito a tutti gli OE di partecipare utilmente alla gara, occorre farne espressa menzione nei documenti di gara e precisare che qualora il confronto concorrenziale venisse compromesso l'OE sarà escluso dalla gara.

5. L'esclusione dal procedimento selettivo

la possibilità di fornire la prova la sua partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza (articolo 67, comma 2, secondo periodo del Codice).

Nelle valutazioni richieste, si chiede di considerare che la ricostruzione delle soluzioni adottabili dovrebbe tener conto, da un lato, del fatto che la stazione appaltante deve adottare tutte le misure possibili per evitare che la consultazione integri una violazione della concorrenza; dall'altro, del fatto che il concorrente non abusi della opportunità della consultazione, ad esempio, fornendo dati, informazioni o documenti alterati, incompleti o non veritieri o agendo con lo scopo di orientare il procedimento selettivo per sé o per un soggetto collegato.

L'art 66 del Codice legittima la Stazione Appaltante ad acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da utilizzare nella pianificazione e svolgimento della procedura purchè non abbia

l'effetto di falsare la concorrenza. La misura dell'esclusione dell'OE coinvolto nella consultazione ha carattere residuale (solo nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento)

11. Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP)

1. In relazione al punto 3.5 delle Linee Guida (avvio delle consultazioni mediante lettera di consultazione):

In considerazione dell'applicabilità delle Linee Guida in oggetto anche agli affidamenti diretti, dunque potenzialmente anche ad affidamenti per importi irrisori, e tenuto conto del fatto che le consultazioni preliminari potrebbero riguardare anche aspetti di dettaglio dell'oggetto del successivo procedimento selettivo, si propone di estendere la possibilità di avviare le consultazioni preliminari di mercato mediante lettera di consultazione, nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016, anche all'ipotesi in cui la lettera sia indirizzata a soggetti privati e non solamente a soggetti pubblici.

2. Con riferimento ai punti 4.2 - 4.4 delle Linee Guida (misure idonee adottate dalla stazione appaltante):

Tra le possibili misure adottabili dalla stazione appaltante al fine di garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente alla consultazione preliminare viene citata, riprendendo l'art. 67, primo comma, del Codice, "la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura".

Innanzitutto, non è chiaro l'oggetto dell'obbligo di comunicazione: devono essere resi noti tutti gli scambi di corrispondenza intercorsi tra RUP ed il partecipante alle consultazioni preliminari, così come effettivamente avvenuti, o è possibile che il RUP riassume in un apposito documento il contenuto di tali scambi?

Inoltre, il tenore letterale della norma di cui all'art. 67, primo comma, del Codice, ripreso dalle Linee guida, sembrerebbe implicare una disparità di trattamento tra partecipanti ad una gara ristretta e quelli di una gara aperta, laddove nell'aperta gli operatori economici otterrebbero le informazioni suddette soltanto dopo aver presentato l'offerta.

Si pone dunque il problema di quale sia la ratio della norma di cui all'art. 67, primo comma, del Codice: si tratta di un corollario del solo principio di trasparenza o anche del principio di parità di trattamento?

Qualora trovi conferma quest'ultima ipotesi, si propone di sostituire il termine "offerenti" con la dicitura "potenziali offerenti", dimodoché, in una procedura aperta, gli operatori economici possano venire a conoscenza delle suddette informazioni già prima della presentazione dell'offerta.

12. Rete Professioni Tecniche

Le Linee Guida in oggetto generano una distorsione nell'applicazione delle norme del codice, inducendo le stazioni appaltanti ad affidare, a titolo gratuito, consulenze a supporto dei RUP, nella fase precedente alla scelta della procedura di affidamento. È appena il caso di ricordare che le prestazioni di supporto al RUP sono da identificare come servizi di architettura e ingegneria, i quali sono disciplinati dal codice. In particolare, si sottolinea che l'art. 24 comma 8 dello stesso Codice prescrive il ricorso obbligatorio al D.M. 17/06/16 per il calcolo dell'importo da porre a base di gara negli affidamenti di tali servizi, prevedendo peraltro, al punto Ob-III.10 le prestazioni di "Supporto al RUP per la programmazione e progettazione appalto".

Inoltre, il comma 8-ter dello stesso articolo 24 esclude la possibilità di affidare incarichi professionali (SAI) a titolo gratuito o a fronte di rimborso spese sotto forma di sponsorizzazione.

La flessibilità interpretativa, volutamente lasciata alle stazioni appaltanti (vedi punto 3.2 della Nota illustrativa), non costituisce peraltro presupposto di trasparenza ed uniformità nell'applicazione del codice, con il rischio di indurre le stesse stazioni appaltanti ad un uso distorto dello strumento della consultazione preliminare, in luogo delle corrette procedure sancite dal codice.

Infine, si rappresenta che l'individuazione, nel ruolo di consulente, di soggetti per i quali non viene esercitato alcun controllo sui requisiti morali e di idoneità professionale, può alimentare procedure errate e poco trasparenti.

Per quanto sopra descritto, si chiede la revisione delle linee guida in oggetto, chiarendo che le suddette prestazioni di consulenza rientrano tra quelle individuate per la figura del "supporto al RUP".

13. Dott. Stefano Betti

Nell'ambito dell'acquisizione di prestazioni d'importo inferiore a € 40.000,00, talvolta le Stazioni appaltanti si avvalgono dell'attività d'indagine effettuata dai Punti Istruttori, sia attraverso la consultazione del Catalogo Prodotti del MePA o tramite richieste a operatori economici iscritti a singoli elenchi o al MePA stesso. Acquisendo, ove richiesti, dei preventivi indicativi di spesa, senza alcun impegno per l'Amministrazione. In tal modo l'Autorità avente i poteri di spesa è messa nelle migliori condizioni per poter decidere, attraverso la determina a contrarre, quale procedura seguire.

Tale prassi, che può essere ricondotta al Punto 3.1. - Forme minime di pubblicazione - alinea 4 della Nota illustrativa, piuttosto che considerarla "al di fuori" delle consultazioni preliminari di mercato, potrebbe essere ricondotta al suo interno, inserendo, nelle Linee guida il seguente alinea:

Paragrafo 3 - Punto 3.6.

"la consultazione preliminare di mercato, nel caso di ricorso a elenchi di operatori economici e per importi presunti inferiori a € 40.000,00, è consentita senza previo atto o avviso di consultazione.

In tal caso i contributi acquisiti possono contenere preventivi o proposte contrattuali.

L'esito della consultazione dovrà essere dettagliatamente evidenziato nel corpo della determina a contrarre.

la consultazione potrà essere attuata da uno dei punti istruttori della stazione appaltante e formalizzata tramite pec."

14. UnipolSai

1) FINALITA' E CONTESTO DELL'ISTITUTO

Con riferimento alla fase delle procedure di affidamento dei contratti pubblici in cui collocare l'istituto della consultazione preliminare di mercato si propone di inserire la stessa durante (e non dopo) la fase di programmazione e comunque prima della definizione della determinazione a contrarre.

Si ritiene infatti che proprio grazie alle informazioni che si possono reperire durante la consultazione preliminare la stazione appaltante, in base ai materiali e alla documentazione ricevuta dagli stakeholders, possa stimare con maggiore precisione e dettaglio il budget di spesa necessario e la durata della procedura stessa. Prima dell'avvio di una procedura di appalto (così come richiesto dall'art. 66 del Codice) sarà quindi possibile verificare che le condizioni tecniche inserite nel Capitolato d'appalto siano suffragate da adeguate motivazioni tecniche e soprattutto economicamente sostenibili dalle imprese chiamate a partecipare, si potrà poi definire la base d'asta dell'appalto e stimare correttamente il budget di spesa dell'Amministrazione appaltante.

La fase della programmazione, del resto, rappresenta il momento in cui si determinano le esigenze delle stazioni appaltanti e si quantifica anche e soprattutto l'impegno economico necessario che consentirà agli operatori di mercato di poter formulare offerte valide, riducendo così notevolmente il rischio delle "gare deserte".

3) IL PROCEDIMENTO DI CONSULTAZIONE

Si osserva come molto spesso le esigenze delle stazioni appaltanti siano in continua evoluzione e le forniture di beni o servizi richieste si orientino necessariamente verso nuove soluzioni tecnologiche, soprattutto per prodotti o servizi tipici dei mercati particolarmente innovativi.

Sul punto sono proprio i futuri competitors ad essere i naturali depositari del know-how tecnologico e i più attenti conoscitori delle novità tecniche relative sia ai prodotti/servizi proposti, sia rispetto al contesto regolamentare di riferimento in cui si troveranno ad operare. Molto spesso tuttavia fornire dati, statistiche e documenti a contenuto altamente specializzato e tecnico con riferimento ad appalti per così dire "innovativi" potrebbe non essere sufficiente per rappresentare puntualmente il quadro di riferimento.

Ciò premesso, sarebbe auspicabile oltre alla produzione documentale anche poter organizzare degli incontri o delle audizioni nei quali gli stakeholders possano illustrare in modo puntuale i contenuti della documentazione inviata, fornendo al contempo gli opportuni chiarimenti.

3.1) FORME MINIME DI PUBBLICAZIONE

Con riferimento alla possibilità per le stazioni appaltanti di acquisire consulenze, relazioni e documentazioni tecniche al di fuori delle forme di consultazione preliminare del mercato si osserva che, al fine di orientare l'intero iter procedurale ai principi di trasparenza e correttezza, sarebbe auspicabile

che l'Amministrazione ne dia comunque notizia, specificando le fonti e le modalità di acquisizione utilizzate.

Sarebbe inoltre auspicabile che tali ulteriori supporti informativi (esterni al sistema tipizzato della consultazione di mercato) giungano da entità terze, non interessate per loro natura alla partecipazione alle gare, come ad esempio società di consulenza o intermediari abilitati (es. il broker in ambito assicurativo) e mai da operatori economici viceversa interessati alla procedura o da soggetti loro vicini, dal momento che quest'ultima categoria dovrebbe fornire il proprio apporto esclusivamente mediante la procedura tipizzata della consultazione preliminare.

Per quanto riguarda la collocazione dell'avviso pubblico di consultazione sul profilo del committente, si concorda nel ritenere che la sezione "Amministrazione trasparente" dove solitamente sono pubblicati i bandi di gara sia la collocazione più adeguata, dal momento che solitamente è la più consultata dagli operatori del settore interessati a contrarre con la pubblica amministrazione.

3.2) SOGGETTI AMMESSI ALLA CONSULTAZIONE

Con riferimento alle categorie di soggetti ammessi alle consultazioni di mercato non si ravvede alcuna criticità nel consentire la partecipazione oltre che agli operatori economici di mercato (potenzialmente interessati pertanto al partecipare alla gara) anche a quei soggetti titolari di interessi collettivi e diffusi, come ad esempio enti di ricerca, associazioni di categoria etc.

Ciò trova ragione nel fatto che i suddetti esperti possono ragionevolmente, tramite la propria expertise, appianare possibili asimmetrie informative per determinati settori del mercato o prospettare soluzioni tecniche non contemplate dai soggetti coinvolti nella procedura di consultazione preliminare.

Si è inoltre concordi nel ritenere non auspicabile la richiesta del possesso di requisiti morali ex art. 80 del Codice e tantomeno dei requisiti speciali durante la consultazione di mercato, momento prodromico alla gara.

Come giustamente osservato dall'Autorità, infatti, "la capacità di fornire consulenza non è necessariamente legata a una determinata capacità tecnico-economica" ed inoltre richiedere requisiti stringenti ai partecipanti potrebbe rappresentare un deterrente alla partecipazione, peraltro non giustificato, visto che i soggetti in parola non hanno la finalità ultima di contrarre con la pubblica amministrazione.

4) IL PROCEDIMENTO SELETTIVO A VALLE DELLA CONSULTAZIONE

Tra le "misure adeguate" a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente alla procedura di consultazione preliminare di mercato, riteniamo fondamentale che all'esito della consultazione l'amministrazione pubblici integralmente i contributi depositati, salvo le parti che effettivamente costituiscono opere di ingegno o brevetti.