



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee Guida n. 14
recanti “Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”

Relazione Illustrativa

Premessa

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito Codice) prevede all'articolo 66 che *“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”*.

A tal fine, dispone altresì che *“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”*.

Nella disposizione immediatamente seguente, la legge richiede alla stazione appaltante l'adozione di misure correttive volte a bilanciare le possibili lesioni alla concorrenza che possono derivare dall'avvenuta partecipazione alla consultazione. La norma dispone, infatti, che *“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”* (articolo 67, comma 1).

In disparte l'obbligo di indicare nella relazione unica di cui all'articolo 99 del Codice le misure adottate (articolo 67, comma 3), la legge prevede infine, quale *extrema ratio*, all'esito di siffatta valutazione, che *“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”* (articolo 67, comma 2).

1. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità

L'istituto deriva dal recepimento, nel Codice, degli articoli 40 e 41 della Direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 58 della Direttiva 2014/25/UE, aventi medesimo contenuto. Fermo restando il precedente istituto del dialogo tecnico, presente soltanto nella disciplina comunitaria antecedente e mai recepito nella legislazione italiana dei contratti pubblici, l'istituto si presenta come del tutto inedito nell'ordinamento nazionale.

In considerazione della disciplina ancora poco utilizzata nella prassi, l'Autorità reputa opportuno adottare Linee guida *ad hoc*, con l'esplicito fine di incentivare l'uso dell'istituto e promuoverne il legittimo esercizio, tenuto conto che lo strumento in parola consente alle amministrazioni pubbliche di ridurre le asimmetrie informative su determinati mercati e che una migliore conoscenza degli aspetti tecnici degli acquisti previsti dalle pubbliche amministrazioni permette al mercato di produrre offerte più efficacemente orientate al soddisfacimento del bisogno pubblico. Dal punto di vista dell'economicità e dell'efficienza dell'attività amministrativa, l'istituto in oggetto, inoltre, consente di abbassare il rischio di gare deserte e rappresenta un esercizio di leale collaborazione tra pubblico e privato.

2. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio

L'atto regolatorio ha un impatto oggettivo sull'intero spettro della contrattualistica pubblica, con particolare riguardo agli appalti e alle concessioni di servizi e forniture, in quanto l'istituto in parola:

- riguarda l'attività di predisposizione di tutti i bandi di gara delle stazioni appaltanti e, in determinati settori ad alta specializzazione, viene incontro al frequente deficit conoscitivo di tipo tecnico delle amministrazioni pubbliche rispetto al mercato rilevante;
- interessa l'attività degli operatori economici, ai quali è consentita una più esatta rappresentazione al settore pubblico dello stato del mercato, delle idoneità tecniche dei prodotti e delle attitudini tecniche delle aziende in taluni settori, nonché ai fini della più compiuta e consapevole formulazione delle offerte;
- permette l'efficace esplicazione dell'attività propria di enti rappresentativi di interessi, laddove consente agli stessi di intervenire e di influire sulla fase prodromica di predisposizione degli atti di gara nell'interesse del mercato.

Appare evidente che, per le sue caratteristiche intrinseche, l'istituto è tuttavia orientato a soddisfare le ipotesi di contratti in cui sia presente un certo tasso di novità e la sua applicazione sia da escludere per gli appalti relativi a prestazioni *standard* e per gli appalti di *routine*. Sotto il profilo merceologico, i settori che manifestano maggiore interesse, anche in ragione della complessità dei prodotti, sono quelli ad alta specializzazione tecnica e tecnologica, in particolare quello dell'*Information and Communication Technology* (ICT) e quelli degli apparecchi medicali, più sensibili ai casi di asimmetrie informative circa la componente tecnica.

3. La procedura di approvazione dell'atto, con particolare riguardo alla fase di consultazione pubblica

Nell'adunanza del 18 luglio 2018, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare una consultazione pubblica sul documento denominato "*Linee guida recanti indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*", al fine di acquisire osservazioni e valutazioni da parte degli operatori del settore.

Nel corso della consultazione - che si è svolta dal 23 luglio al 20 settembre 2018 - è stato raccolto l'intervento di n. 14 soggetti, distribuiti tra stazioni appaltanti, operatori economici e associazioni di categoria.

Sulla base delle osservazioni acquisite e delle ulteriori riflessioni effettuate, l'Autorità, nell'adunanza del 12 dicembre 2018, ha approvato il testo definitivo e ne disposto la trasmissione al Consiglio di Stato per il consueto parere.

Ai sensi dell'articolo 8, comma 1, del "*Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)*", le Linee guida non sono sottoposte ad Analisi di Impatto della Regolazione, in considerazione del carattere sostanzialmente interpretativo dell'atto regolatorio e per la assenza strutturale di dati di tipo quantitativo sui procedimenti avviati ai sensi dell'articolo 66 del Codice. Si tratta, infatti, di procedimenti che non implicano meccanismi di selezione del contraente e, pertanto, non sono tracciati e presi in considerazione dalle banche dati dell'Autorità.

Il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 17 gennaio 2019 ha reso il proprio parere n. 445/2019 del 14 febbraio 2019.

Successivamente al parere del Consiglio di Stato, recependo le osservazioni ivi mosse, il Consiglio dell'Autorità ha approvato le presenti Linee guida in versione definitiva nell'adunanza del 6 marzo 2019.

4. Le scelte di fondo dell'atto regolatorio

Alla luce del complessivo procedimento svolto, possono essere evidenziate le scelte di fondo operate dall'atto regolatorio. L'evidenza di tali scelte può essere di aiuto per la complessiva ricostruzione di un istituto di rilevante potenzialità applicativa e ancora trascurato dalla prassi delle amministrazioni pubbliche.

In sede di consultazione, gli operatori del mercato hanno manifestato approvazione e interesse nei riguardi del testo proposto, pur palesando osservazioni di rilievo con riferimento ad aspetti di carattere operativo e procedimentale.

Le tematiche affrontate in esito alla consultazione attengono, partitamente, al procedimento di consultazione e alla gestione del procedimento selettivo, a valle.

In relazione alle problematiche attinenti al procedimento, tra le questioni di maggiore interesse, si segnalano le seguenti tematiche:

- con riguardo alla collocazione dell'istituto nelle fasi del procedimento, l'Autorità ha optato per la conferma della naturale collocazione in fase successiva alla fase di programmazione degli acquisti, escludendo, in riscontro a una osservazione espressa dal Consiglio di Stato,

- la possibilità - in casi eccezionali - di ricorrere alla consultazione preliminare anche in via anticipata;
- in relazione alla possibilità che l'oggetto della consultazione sia limitato ad aspetti di natura tecnica, afferenti alla sola predisposizione del capitolato ovvero anche ad aspetti di natura diversa, l'Autorità - su espressa indicazione del Consiglio di Stato - ha optato per l'interpretazione più restrittiva, secondo cui la consultazione si presta ad essere utilizzata esclusivamente con riguardo agli aspetti puramente tecnico- prestazionali, escludendo la possibilità che essa possa riguardare aspetti di carattere misto, quali ad esempio le condizioni giuridiche di partecipazione alla gara;
 - con riguardo alla possibilità di svolgere la cd. consultazione indirizzata, oltre che nei confronti di soggetti pubblici, anche nei confronti di soggetti privati, l'Autorità ha optato per accogliere le sollecitazioni del mercato, nei casi in cui la particolarità della fornitura o del servizio lo richieda;
 - con riguardo alla richiesta di anonimato dei contributi forniti, l'Autorità ha optato per la possibilità che i contributi forniti vengano diffusi durante l'iter selettivo con garanzia di anonimato, in modo tale da consentire all'operatore economico la tutela del proprio interesse strategico all'acquisizione del mercato.

5. Esame dell'atto e valutazione delle opzioni alternative suggerite dal mercato

Le Linee guida forniscono un orientamento per le amministrazioni procedenti al fine di individuare: (5.1) l'finalità dell'istituto; (5.2) l'ambito di applicazione; (5.3) il procedimento di consultazione; (5.4) le forme minime di pubblicazione; (5.5) i soggetti ammessi alla consultazione; (5.6) il contenuto dei contributi.

5.1 Finalità dell'istituto

L'istituto delle consultazioni di mercato è preliminare, facoltativo e non decisorio. Le stazioni appaltanti esercitano discrezionalmente la facoltà di svolgere procedure di consultazione e non sono tenute allo svolgimento delle stesse. Si tratta di un istituto volto a ridurre le asimmetrie informative esistenti tra stazioni appaltanti e operatori di mercato, mediante il quale si consente alle prime l'acquisizione di informazioni di mercato per una scelta più consapevole e a tutte le parti l'acquisizione di informazioni rilevanti circa l'appalto in via di definizione. In nessun modo, per il settore dei lavori pubblici, le consultazioni preliminari di mercato, quali attività propedeutiche alla progettazione, possono sostituire o essere confuse con le attività di supporto al RUP nelle fasi preliminari di un appalto pubblico, in quanto queste ultime consistono in un vero e proprio affidamento di servizi, riservato a professioni tecniche.

Il ricorso alla consultazione preliminare di mercato si rende opportuno e consigliabile, ove la stazione appaltante non abbia chiara contezza dei propri fabbisogni ed esiga calibrare i propri obiettivi, anche relativamente all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati. Il ricorso all'istituto appare particolarmente indicato, nel caso di appalti o accordi quadro complessi o sperimentali, con spiccata componente tecnologica o innovativa, avulsa dalle conoscenze proprie dell'ente procedente. Di contro, è da escludersi l'applicazione dell'istituto con riguardo ad appalti di routine o relativi a prestazioni standardizzate.

L'istituto interviene nella fase preparatoria di una gara d'appalto. La consultazione consiste in un'attività propedeutica di medio periodo della stazione appaltante. Essa si svolge prima dell'avvio di una procedura di appalto, tra l'avvenuta programmazione e la definizione della determinazione a contrarre, prima della decisione di bandire una gara di appalto e prima ancora della scelta delle procedure di cui all'articolo 59. Relativamente alla collocazione dell'istituto nelle fasi del procedimento degli acquisti pubblici, la lettura dell'articolo 66 del Codice è stata oggetto di controversie interpretative in fase di consultazione.

In particolare, l'articolo 66 si presta ad essere interpretato nel senso che la consultazione preliminare possa essere svolta successivamente alla già avvenuta programmazione, in considerazione del dato letterale che fa riferimento agli appalti "*programmati*".

Da un altro punto di vista, è stato inteso che l'istituto potrebbe collocarsi anche prima della fase della programmazione, in ragione del richiamo alla "*pianificazione*" della procedura, di cui al secondo periodo del secondo comma dell'articolo 66, sebbene la pianificazione appaia un termine semanticamente più appropriato alla materia dell'urbanistica. Nel senso così indicato, si sono espressi alcuni soggetti in fase di consultazione delle presenti Linee guida, sottolineando tra l'altro che l'inserimento anticipato in tale fase conseguirebbe il fine di ottenere dal mercato risposte in grado di soddisfare ed orientare la domanda dell'amministrazione.

Alcuni *stakeholders* hanno osservato che la scelta di riservare in via esclusiva la consultazione alla fase successiva alla programmazione detterebbe un elemento di rigidità in uno strumento - per sua natura - altamente flessibile. In tal senso, la norma si presterebbe a diverse interpretazioni e fissare l'applicazione dell'istituto alla sola fase immediatamente antecedente alla determinazione a contrarre risulterebbe eccessivo.

In considerazione della natura preliminare propria dell'istituto, è stato inoltre esplicitato che le consultazioni non possono essere svolte rispetto a procedure già avviate, anche ove le stesse fossero sospese.

La consultazione è finalizzata a predisporre con maggiore competenza gli atti di gara, nonché a informare gli operatori economici circa le proprie intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali. Essa persegue, altresì, lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e, in tal modo, consente economie di mezzi e risorse. In tal senso, l'istituto assume una duplice, non scindibile, finalità di sostegno alle amministrazioni e di informazione per il mercato, volta a far convergere gli sforzi della domanda e dell'offerta al fine di favorire l'acquisizione più adeguata di beni e servizi.

Lo svolgimento della consultazione preliminare ha come presupposto una carenza conoscitiva, informativa, documentale di carattere tecnico, tecnologico, scientifico, economico o organizzativo da parte della stazione appaltante.

Nel documento è stato esplicitato che, alla base della consultazione, deve sussistere sempre una reale esigenza dell'amministrazione di acquisire elementi utili alla predisposizione della *lex specialis*.

In ragione dei fini propri dell'istituto, è opportuno sottolineare la differenza tra la consultazione preliminare e l'istituto, parimenti innovativo, del dibattito pubblico, di cui all'articolo 22 del Codice. È da ritenersi estranea, pertanto, alla consultazione preliminare ogni finalità di ottenere forme di consenso e approvazione da parte del mercato, relativamente alle scelte della commessa, le quali sono riservate esclusivamente alla amministrazione procedente. Quale ulteriore corollario, è da ritenersi che non sia consentito l'uso delle consultazioni per finalità meramente divulgative, le quali sono proprie dell'istituto dell'avviso di pre-informazione.

Opzione scelta

L'opzione interpretativa della anticipazione della consultazione preliminare alla fase di programmazione è stata adeguatamente presa in considerazione ma non può essere accolta.

Occorre evidenziare che appare, per il vero, difficile ammettere che gli operatori di mercato possano anticipare la loro partecipazione consultiva alla fase programmatica fino a condizionare l'analisi dei fabbisogni amministrativi, orientando così la domanda stessa dell'amministrazione.

Per questi motivi, è stata confermata l'interpretazione secondo la quale la consultazione preliminare è riferita alla singola procedura selettiva ed è svolta dopo la già avvenuta programmazione.

Tale opzione è stata ritenuta preferibile dal Consiglio di Stato in sede consultiva, ove è stato affermato che la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante.

5.2 Ambito di applicazione

La consultazione preliminare si applica tanto agli appalti quanto alle concessioni; essa può essere esperita per lavori, servizi o forniture, nei settori ordinari e nei settori speciali. Nondimeno, 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. Gli *stakeholders* hanno evidenziato che, nei lavori, la procedura di consultazione preliminare di mercato non può determinare interferenze con discipline settoriali di edilizia e urbanistica maggiormente stringenti.

È stato riscontrato, nella prassi, un frequente utilizzo della procedura che include la possibilità di acquisto del bene o del servizio individuato. A tal riguardo, le Linee guida si premurano di chiarire che la consultazione preliminare non costituisce una nuova procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico. Le amministrazioni dovrebbero avere cura, pertanto, nello svolgimento del procedimento di consultazione, di esplicitare con attenzione le precise e distinte finalità della consultazione di mercato. Analogamente, le stazioni appaltanti procedenti assicurano che le consultazioni preliminari siano tenute distinte, in modo netto ed evidente, dalle procedure di gara; il riferimento è, chiaramente, al dialogo competitivo e alla procedura competitiva con negoziazione.

Il dialogo competitivo consiste, infatti, in una procedura di scelta del contraente, con cui la stazione appaltante instaura un dialogo con i partecipanti selezionati finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nel dialogo competitivo si instaura, pertanto, una fase di scambio dialogico in cui le stazioni appaltanti discutono con i partecipanti tutti gli aspetti dell'appalto, con finalità non meramente conoscitive. Tale dialogo appare estraneo alle consultazioni preliminari in oggetto. La procedura competitiva con negoziazione consiste in un procedimento con cui gli operatori economici rispondono a un avviso pubblico della stazione appaltante con una offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione. Anche in questo caso la negoziazione si fonda sulla progressiva individuazione delle esigenze dell'amministrazione e, tuttavia, essa si conclude con un provvedimento di aggiudicazione.

E' emersa, inoltre, l'opportunità di tenere distinti i due istituti della consultazione preliminare di cui all'articolo 66 e delle indagini di mercato di cui all'articolo 63, comma 6. Ciò in ragione della impossibilità, per la prima, di costituire condizione di accesso alle gare 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. Tale interpretazione è stata fatta propria da uno dei rari interventi giurisprudenziali sulle indagini preliminari di mercato (Tar Calabria, Reggio Calabria, Sentenza 11 giugno 2018, n. 340).

La consultazione preliminare di mercato va tenuta distinta, infine, 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, si tratta 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.

Il corretto esercizio della procedura di consultazione non dovrebbe comportare vincoli per la stazione appaltante, né alcuna pretesa da parte degli operatori di mercato allo svolgimento della prevista attività, neanche nelle forme della legittima aspettativa. Tuttavia, in tal senso occorre dare luogo allo spazio deliberativo del giudice competente, eventualmente chiamato a fare luce su ipotesi di responsabilità precontrattuale, le quali sono - come è noto - rette dalle norme primarie degli articoli 1337e 1338 codice civile.

Nello stesso senso di corretto esercizio del procedimento, alle stazioni appaltanti non sembra essere consentito, in corso di consultazione preliminare, mutare la natura del procedimento o orientarne le finalità nel senso di una procedura diversa da quella con cui è stato dato avvio alla consultazione.

L'amministrazione procedente, tuttavia, potrebbe volersi riservare la facoltà di interrompere, modificare, prorogare, sospendere la procedura, in qualsiasi momento, consentendo, a richiesta dei soggetti intervenuti, la restituzione della documentazione eventualmente depositata, senza che ciò possa costituire, in alcun modo, diritto o pretesa a qualsivoglia risarcimento o indennizzo.

Molteplici interventi degli *stakeholders* hanno evidenziato che, nel settore cd dell'*Information and Communication Technology* (ICT), lo svolgimento di una consultazione preliminare di mercato può condizionare sensibilmente non soltanto la strategia della successiva gara ma anche gli acquisti a catena, collegati o dipendenti dalla stessa; e che una errata impostazione di una gara può determinare un fattore difficilmente eliminabile di *lock in*, *i.e.* quel fenomeno individuato dalla scienza economica, secondo il quale un soggetto del mercato viene “catturato” dalle scelte sfavorevoli, improprie o incomplete che gli sono imposte, nel futuro, dalla scelta previa di un determinato fornitore.

Altri interventi hanno evidenziato l'esistenza di un istituto proprio e tipico del settore ICT, contemplato all'articolo 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.

Il documento in consultazione non conteneva alcun accenno sul punto. Molti contributi hanno chiesto di inserire nel corpo delle Linee Guida alcune considerazioni sull'istituto del CAD, anche relativamente alla definizione dei confini tra i due istituti.

Opzione scelta

La richiesta di inserire, nel corpo delle Linee guida, considerazioni sul procedimento del CAD non è stata accolta, in quanto l'istituto è da considerarsi estraneo alla disciplina propria delle consultazioni preliminari di mercato. Nondimeno, in considerazione delle possibili interferenze tra gli istituti, si è ritenuto di rimettere alla sola Relazione illustrativa alcune brevi considerazioni.

L'istituto dell'analisi comparativa delle soluzioni previsto all'articolo 68 del CAD tiene nella dovuta considerazione le specificità settoriali, imponendo una fase preliminare all'acquisto ai sensi del Codice dei contratti (comma 1-bis), nella quale le stazioni appaltanti devono considerare, oltre ai costi espliciti di una determinata soluzione, anche i costi ulteriori, necessitati ed eventualmente occulti. Tra questi, si evidenziano i costi di manutenzione e implementazione della soluzione nel tempo; i costi che potrebbero derivare da una carenza di compatibilità e dalla necessità di assicurare l'interoperabilità e la cooperazione applicativa tra i diversi sistemi informatici della pubblica amministrazione; i costi nascosti per garantire elevati livelli di sicurezza e conformità alla normativa in materia di protezione dei dati personali (comma 1-bis, lettere da *a* a *c*).

L'istituto succintamente riassunto presenta indubbiamente punti di convergenza con l'indagine preliminare di mercato, ma occorre tenere presente che la procedura del Codice, per quanto altamente opportuna, è pur sempre una procedura facoltativa, mentre la procedura ex articolo 68 del Codice dell'amministrazione digitale si presenta come doverosa in caso di acquisto di programmi informatici.

In ragione di un principio di economia procedimentale, potrebbe essere opportuno e consigliabile che le due procedure siano svolte congiuntamente, avviando un'indagine che sia in grado di soddisfare entrambi gli obiettivi conoscitivi, i quali, ancorché diversi, perseguono il medesimo

scopo di predisporre l'acquisto più favorevole e più opportuno per rispondere ai bisogni della pubblica amministrazione.

Si raccomanda, in ogni caso, un uso particolarmente attento dei due istituti nei settori indicati, affinché le consultazioni si mantengano entro stretti limiti di una indagine volta a conoscere l'assetto del mercato e non sconfinino eccessivamente verso la fase di scelta.

5.3 Il procedimento di consultazione

La disciplina minimale del procedimento lascia intendere che il legislatore propende per una formalizzazione contenuta e flessibile, anche al fine di evitare che esso diventi un inutile e gravoso duplicato delle procedure del Codice.

Non ravvisandosi nel Codice disposizioni specifiche relative al procedimento e alle competenze, la disciplina che le stazioni appaltanti dovrebbero adottare è stata articolata sulla base dei principi generali e le formalità sono state ricavate nel rispetto del principio di divieto di *gold plating*.

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 o verificare le conclusioni tecniche cui è pervenuta l'amministrazione mediante i propri uffici.

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.

E' pacifico che la consultazione preliminare di mercato serva a colmare, per quanto possibile, il *gap* conoscitivo esistente fra la stazione appaltante e il mercato, in un determinato settore merceologico. Alcuni *stakeholders* hanno osservato che l'Autorità dovrebbe chiarire se, in concreto, la consultazione preliminare di mercato possa riguardare tutti gli elementi del futuro procedimento selettivo (es. tanto gli aspetti tecnico-prestazionali quanto quelli economici o i requisiti di accesso o di selezione delle offerte) ovvero solo alcuni, e in particolare quelli di natura tecnico-prestazionale.

Come noto, l'istituto in esame, previsto all'articolo 40 della direttiva 2014/24/UE, prende le mosse dal precedente "*dialogo tecnico*", contemplato al considerando n. 8 della direttiva 2004/18/CE (non regolato a livello nazionale con il D.Lgs.n.163/2006), laddove si prevedeva che "*prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono, avvalendosi di un «dialogo tecnico», sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'onere a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza*".

Nel dialogo tecnico la possibilità di dialogo era limitata ad aspetti di natura tecnica, ossia afferenti in sostanza alla predisposizione dei capitolati. Va detto, peraltro, che la prassi ha mostrato un ampio utilizzo dell'istituto anche in riferimento ad aspetti di natura diversa.

Sulla base della predetta considerazione, alcuni *stakeholders* ritengono che anche l'istituto previsto dal Codice del 2016 abbia un preciso sostrato tecnico e che, pertanto, in linea di continuità con l'assetto previgente, la stazione appaltante possa acquisire solo informazioni tecniche, con esclusione di aspetti di altra natura. La preoccupazione palesata afferisce, in particolare, al paventato rischio che – ove si prendessero in considerazione anche elementi di natura economica ad esempio – la consultazione preliminare possa, surrettiziamente o meno, divenire uno strumento anticipatorio della scelta del contraente, in grado di alterare il successivo gioco competitivo.

Una corretta e adeguata motivazione, che espliciti i presupposti che giustificano il ricorso alla consultazione preliminare è contenuta nell'avviso di consultazione. La più ampia e completa descrizione delle motivazioni a supporto della scelta del procedimento è altresì elemento utile ai soggetti consultati per la formulazione delle osservazioni e dei contributi.

Opzione scelta

Con riguardo alla corretta individuazione dell'oggetto della consultazione, l'Autorità ritiene di poter accedere alle indicazioni emerse nel dibattito.

Si osserva, infatti, che l'articolo 66 del Codice, come anche l'articolo 40 della Direttiva 2014/24/UE, non introducono limiti oggettivi alla consultazione. Si osserva, ulteriormente, che l'espressione "*capitolato d'oneri*", utilizzata dal Considerando n. 8 della precedente direttiva appalti, si prestava a supportare un utilizzo esteso dell'istituto, atteso che la stessa poteva essere riferibile sia al capitolato puramente tecnico (ossia prestazionale) che a quello con natura mista (capitolato tecnico + disciplinare di gara, regolante le condizioni giuridiche di partecipazione alla gara).

Nel paragrafo 3.4 delle Linee guida, è stato pertanto introdotto il seguente periodo: "*...la consultazione può riguardare ogni aspetto ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo, ferma restando la necessità di evitare che gli apporti informativi forniti costituiscano offerte tecniche o economiche. I contributi forniti non possono anticipare specifiche quotazioni afferenti al prodotto/servizio/opera oggetto della consultazione che abbiano l'effetto di alterare il regolare sviluppo competitivo della successiva fase di selezione*".

Nello stesso senso, su espressa indicazione del Consiglio di Stato, si è ritenuto di dover restringere la possibilità di accettare contributi ai soli aspetti tecnici del procedimento, escludendo dal novero delle consultazioni le scelte di merito amministrativo le quali – anche a uno sguardo meno sgranato dell'articolo 66, comma 2 - devono essere autonomamente assunte in via esclusiva dalla stazione appaltate. Per l'effetto, relativamente a "*ogni aspetto utile alla preparazione del procedimento*", di cui al capoverso citato, è stato aggiunto l'aggettivo "*tecnico*".

5.4 Forme minime di pubblicazione

Le formalità della consultazione preliminare e gli oneri di pubblicità sono stati concepiti in relazione alle finalità conoscitive, informative, istruttorie dell'amministrazione procedente.

La consultazione che coinvolge operatori economici o soggetti, direttamente o indirettamente, idonei a partecipare alla successiva fase competitiva è sempre resa nota mediante avviso pubblico. Di contro, l'amministrazione può servirsi di una mera lettera di invito, laddove intenda limitare la consultazione alle autorità indipendenti. In questa versione, l'amministrazione può valutare aspetti

e requisiti di tipo strettamente tecnico, ma anche estendere l'indagine a conoscenze e competenze di tipo amministrativo, finalizzate alla redazione delle più idonee soluzioni, anche di carattere procedimentale, degli atti di gara.

Gli atti di invito, comunque denominati, specificano le esigenze informative e conoscitive dell'amministrazione procedente, le tipologie di contributi richiesti, la forma di contributo ammissibile, i tempi previsti per la pubblicazione della gara e per lo svolgimento dell'appalto, nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione e le modalità di svolgimento della procedura. Gli atti di invito chiariscono, in ogni caso, che la consulenza è prestata gratuitamente, anche relativamente ai costi e alle spese sostenute. Le consultazioni non danno diritto, infatti, ad alcuna forma di compenso o rimborso.

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.

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 e adeguatezza. La eventuale pubblicità sui quotidiani è stata rimessa alla stazione appaltante.

La collocazione della pubblicazione nella sezione amministrazione trasparente sembrerebbe, *prima facie*, 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.

Opzione scelta

Vista la condivisione del testo proposto, non sono state apportate variazioni.

5.5 Soggetti ammessi alla consultazione

L'articolo 66, comma 2, del Codice dispone che possono prendere parte alla consultazione preliminare esperti, partecipanti al mercato e autorità indipendenti, derivando tali definizioni da quelle di “*independent experts or authorities or market participants*” dell'articolo 40 della Direttiva 24/2014/UE.

Si sottolinea, infine, che si è posto il dubbio che la categoria dei “*partecipanti al mercato*” debba necessariamente coincidere con la categoria degli operatori economici, *i.e.* di soggetti titolati 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.

Sul punto, alcuni *stakeholders* hanno richiesto che la modalità di consultazione preliminare indirizzata sia estesa anche a soggetti privati, e in particolare alle associazioni di categoria ovvero anche agli operatori economici, soprattutto nei casi in cui la stazione appaltante si trovi nella fisiologica necessità di interpellare alcuni specifici operatori, per la particolarità del prodotto o del servizio.

Si auspica, al riguardo, che, diversamente da quanto avviene nella prassi, le stazioni appaltanti non richiedano ai soggetti partecipanti la sussistenza di requisiti generali e speciali ai fini della partecipazione. La prassi evidenzia, infatti, la richiesta di requisiti morali, giustificata dall'esigenza di trattare con un soggetto che garantisca i requisiti di dignità professionale dell'articolo 80, per interagire con le pubbliche amministrazioni.

Occorre, di contro, osservare e sottolineare che la *ratio* della richiesta di requisiti morali è giustificata non già con riguardo alla fase delle trattative, ma sussiste per i fini contrattuali. Pertanto, l'Autorità ritiene che - non consistendo, come già chiarito, la consultazione preliminare di mercato in una procedura finalizzata alla conclusione di un contratto con la pubblica amministrazione - non sia necessario l'accertamento dell'assenza di cause di esclusione della legittimazione a contrattare con la pubblica amministrazione, di cui all'articolo 80 del Codice.

Lo stesso si può affermare con riguardo alla eventuale richiesta di requisiti speciali. Le stazioni appaltanti non possono, infatti, limitare la partecipazione alla consultazione preliminare sulla base di requisiti tecnici, economici o organizzativi.

Tale opzione è sembrata preferibile a quella opposta riscontrata nella prassi, sia in ossequio al divieto di *gold plating*, sia sulla base della considerazione secondo cui non è sempre possibile verificare il possesso di tali requisiti in capo ai soggetti che intervengono. In primo luogo, perché sono ammessi anche soggetti che non sono operatori economici, la cui verifica dei requisiti sarebbe impossibile o inappropriata; in secondo luogo, per il carattere tipicamente transitorio di alcuni requisiti, che potrebbero non essere ancora nella disponibilità del soggetto che aderisce alla consultazione al momento della stessa, ma ben essere presenti al momento della gara; in terzo luogo, perché la capacità di fornire consulenza non è necessariamente legata a una determinata capacità tecnico-economica. L'acquisizione di contributi presentati da soggetti non qualificati potrebbe, al massimo, condurre ad un onere motivazionale, in caso di loro valutazione positiva.

È sempre salva la libertà dei soggetti invitati di non aderire alla consultazione, senza che ciò pregiudichi in alcun modo la loro eventuale, futura partecipazione.

Nel documento posto in consultazione è stata prevista, anche sulla scorta della prassi sovente riscontrata, la possibilità che le stazioni appaltanti indirizzino la consultazione a soggetti pubblici determinati, allo scopo di acquisire informazioni da autorità che detengono, a giudizio della stazione appaltante, informazioni o *expertise* qualificate.

Opzione scelta

La possibilità di estendere l'utilizzo della "*consultazione preliminare indirizzata*" anche nei riguardi di soggetti privati può essere accolta.

Al riguardo, tale opzione è stata ammessa, in via eccezionale, laddove la particolarità della fornitura o del servizio lo richieda (§ 3.5). Nelle suddette ipotesi, è stata ritenuta comunque necessaria la consultazione in forma pubblica, tramite avviso sul sito istituzionale.

E' stato inoltre precisato che non costituisce consultazione preliminare di mercato ai sensi dell'articolo 66 del Codice la richiesta di pareri, ad esempio di natura tecnica o normativa, a soggetti pubblici (es. Ministeri). In tali ipotesi, infatti, le richieste sono finalizzate all'acquisizione di informazioni o elementi tecnico giuridici e non di conoscenza dell'assetto del mercato di riferimento.

5.6 Contenuto dei contributi

I soggetti che partecipano alla consultazione forniscono relazioni, dati e documenti idonei a prestare il più fondato apporto conoscitivo e informativo all'amministrazione procedente, relativamente all'individuazione del fabbisogno o delle soluzioni tecniche e/o organizzative idonee a soddisfare esigenze funzionali delle stazioni appaltanti.

Ai fini del corretto recepimento dei contenuti della consultazione nei successivi atti di selezione, nonché delle eventuali misure che la stazione appaltante dovrà considerare nel procedimento a valle, i soggetti che partecipano alla consultazione indicano se i contributi forniti contengono informazioni, dati o documenti protetti da diritti di privativa o comunque rivelatori di segreti aziendali, commerciali o industriali e forniscono, inoltre, ogni informazione utile a ricostruire la propria posizione nel mercato e la propria competenza nel campo di attività di cui alla consultazione.

Relativamente alla formulazione, i contributi forniti rispettano i canoni della correttezza, chiarezza e trasparenza. Essi riguardano l'oggetto del prodotto o del servizio o dell'opera o rispondono alla richiesta della stazione appaltante circa la ricostruzione del fabbisogno dell'amministrazione.

Dal lato della domanda, la stazione appaltante può orientare la consultazione preliminare secondo le proprie esigenze. In tal senso, l'amministrazione può stimolare una consultazione anche parziale, limitatamente agli aspetti ancora da chiarire di un determinato appalto, sottoponendo unitamente all'avviso un questionario con domande specifiche. 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.

Dalla partecipazione al procedimento di consultazione non possono emergere posizioni differenziate e qualificate in ordine alla partecipazione alla gara, anche nella forma del non assoggettamento ad esclusione dell'operatore dalla fase di ammissione.

Nel documento preliminare è stato posto il tema dell'anonimato dei contributi, in relazione alla esigenza o meno della loro diffusione in sede di scelta del contraente. Il tema è chiaramente emerso in fase di consultazione. Sotto un primo punto di vista, è stata sostenuta la necessità di diffondere

ogni informazione, a fini di trasparenza; altri contributi hanno sottolineato l'opportunità di celare il nominativo del partecipante.

Opzione scelta

Con riguardo al tema dell'anonimato dei contributi forniti e del rapporto di questi con il principio di trasparenza, l'Autorità ha optato per la possibilità che i contributi forniti vengano diffusi durante l'*iter* selettivo con garanzia di anonimato, in modo tale da consentire all'operatore economico la tutela del proprio interesse strategico all'acquisizione del mercato. Tale cautela è da ritenersi ragionevole e proporzionata.

È, pertanto, ammesso che il partecipante possa richiedere che i contributi forniti vengano diffusi, durante l'*iter* selettivo, con garanzia di anonimato (rif. § 3.12). Tale cautela appare ragionevole, allo scopo di consentire all'operatore economico di non manifestare, ai *competitors*, un potenziale interesse a partecipare alla gara.

5.7 Il procedimento selettivo a valle della consultazione

La stazione appaltante recepisce le risultanze del procedimento di consultazione ai fini della predisposizione degli atti del procedimento selettivo e per il suo migliore svolgimento, evitando che l'apporto, comunque fornito, sia posto, senza propria elaborazione, a base del procedimento individuato. In modo particolare, la stazione appaltante elabora il contenuto di dati, documenti e informazioni ricevuti attraverso la consultazione preliminare nel rispetto delle prescrizioni e dei divieti posti dall'articolo 68 del Codice. In tal senso, la stazione appaltante adotta tutte le misure volte a garantire parità di trattamento e di accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e ad evitare ogni effetto escludente. La determina a contrarre dovrebbe motivare in ordine alle scelte effettuate e la eventuale mancata opzione per l'avvio della selezione deve essere fornito con apposito atto motivato.

Al fine di compensare i rischi di restrizione della concorrenza e lesione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento da parte degli operatori economici che abbiano partecipato alle consultazioni preliminari, la stazione appaltante adotta adeguate misure, anche nella forma di maggiori cautele procedurali.

Tali misure appaiono essenziali per non disincentivare, con la inopinata esclusione, la partecipazione degli operatori economici più virtuosi e l'interesse a fornire il proprio contributo consultivo. Le amministrazioni procedenti, infatti, hanno cura di adottare tutte le misure, affinché sia incentivata la partecipazione alla consultazione da parte dei soggetti più virtuosi.

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).

Nell'ottica sopra illustrata, è essenziale che la stazione appaltante renda note *ex ante* le modalità con cui tratterà le informazioni ricevute e le misure compensative della eventuale lesione concorrenziale. Le stazioni appaltanti procedenti hanno cura di adottare adeguate misure di garanzia.

Costituiscono misure adeguate minime, ai sensi di legge (articolo 67 Codice):

- la comunicazione da parte del RUP agli altri concorrenti “*di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell’offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione*”;
- la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte.

Al fine di scongiurare qualsivoglia effetto dissuasivo sulla partecipazione alla procedura selettiva e – in modo particolare – l’effetto escludente che deriva dal contributo lesivo della concorrenza, la stazione appaltante dovrebbe garantire sempre una rielaborazione delle consultazioni, anche sotto il profilo dell’organizzazione dei mezzi e delle soluzioni tecniche prestate. Dovrebbe, in tale ottica, rendere disponibili, in tempo utile alla partecipazione al procedimento selettivo, a richiesta dei potenziali concorrenti, le informazioni acquisite o scambiate nel corso della consultazione da operatori economici o da imprese collegate agli stessi, ovvero da soggetti terzi che le abbiano fornite nell’interesse di specifici operatori economici; fissare congrui termini di ricezione delle offerte, che consentano agli operatori economici di esaminare il materiale acquisito ai sensi del punto precedente, di valutare le specifiche della documentazione di gara e di partecipare al procedimento selettivo. A tal fine, le Linee guida individuano, quale misura ulteriore a garantire la concorrenza, la convocazione di consultazione collettiva adeguatamente pubblicizzata; e prevedono che, all’esito della consultazione, l’amministrazione procedente pubblichi i contributi depositati.

In ogni caso, la stazione appaltante – a tutela di segreti commerciali, brevetti e opere dell’ingegno - può limitarsi a mettere a disposizione estratti, sunti o documenti che non contengano informazioni coperte da diritti di privativa, rivelatori di segreti aziendali, tecnici o commerciali o comunque non diffondibili in applicazione della pertinente normativa di riferimento.

Opzione scelta

In esito al dibattito sull’argomento, viene sostanzialmente confermato il testo proposto dall’Autorità. Allo scopo di assicurare che le stazioni appaltanti esercitino un apporto rielaborativo rispetto alle informazioni acquisite durante la consultazione preliminare, è stata sottolineata nel § 4.1 l’esigenza di un’elaborazione critica e oggettiva.

In accoglimento di una osservazione del Consiglio di Stato in sede consultiva, è stata soppressa la specificazione relativa all’obbligo di motivazione, in quanto l’obbligo di un’adeguata motivazione si ricava già dalla legge generale sul procedimento amministrativo, oltre che dal Codice degli appalti.

5.8 L’esclusione dal procedimento selettivo

Coerentemente con la disposizione dell’articolo 67, comma 2, del Codice, le Linee guida prevedono l’esclusione del concorrente dalla competizione, chiarendo che ciò può avvenire unicamente quale

extrema ratio, ove non sia possibile garantire altrimenti il rispetto del principio della parità di trattamento.

Conformemente alla citata norma, il concorrente è ammesso a provare che la sua partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza. Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, la normativa comunitaria osta di per sé a norme che precludano la partecipazione a una selezione pubblica da parte di un operatore economico che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione dello studio o dello sviluppo dell'appalto senza che si conceda al medesimo soggetto la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da esso acquisita non ha potuto falsare la concorrenza (Corte di giustizia delle comunità europee, Cause riunite C-21/03 e C-34/03, Sentenza 3 marzo 2005, Fabricom).

La stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dopo aver verificato che tutte le altre possibili misure non siano state sufficienti a garantire la concorrenza e la *par condicio*, fermo restando il rispetto delle garanzie procedurali di legge.

Anche laddove l'amministrazione abbia valutato che le misure minime siano sufficienti, in presenza di specifiche istanze di terzi, volte a contestare la partecipazione a gara del consultato, essa valuterà l'istanza garantendo a quest'ultimo che l'esclusione avvenga esclusivamente nel caso in cui sia dimostrato che la partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto abbia costituito causa di alterazione della concorrenza (articolo 67, comma 2, secondo periodo del Codice).

Nelle valutazioni sollecitate agli *stakeholders* era stato chiesto di considerare che la ricostruzione delle soluzioni adottabili dovrebbe considerare, da un lato, il fatto che la stazione appaltante deve adottare tutte le misure possibili per evitare che la consultazione integri una violazione della concorrenza; dall'altro, il 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. Va considerato, infatti, anche che gli operatori economici potrebbero essere indotti a indirizzare il contenuto della consultazione perché la futura competizione sia artificialmente conforme alle proprie esigenze. Si ravviserebbe, in tali casi, un'ipotesi di conflitto di interesse non più sanabile derivante dalla fase di consultazione svolta con modalità viziate.

Sul punto, gli *stakeholders* hanno evidenziato l'opportunità di chiarire se l'eventuale esclusione del concorrente, disposta ai sensi dell'articolo 67, comma 2 del Codice, in mancanza di soluzioni alternative alla rimozione del profilo anticoncorrenziale, dia luogo alla consueta segnalazione all'Autorità ovvero se, in tale ipotesi se ne debba prescindere.

Giova, peraltro, considerare che il legislatore ha codificato l'esclusione in parola, inquadrandola nell'alveo dei requisiti morali per l'accesso alle gare pubbliche, all'articolo 80, comma 5, lettera e), del Codice. A tal fine, è stato inserito, al § 5.3, l'inciso "*ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80, co. 5, lettera e) del Codice*", propendendo quindi per la tesi che, come qualsivoglia fattispecie escludente

per motivi legati al difetto dei requisiti generali di partecipazione, l'esclusione debba essere segnalata all'Autorità in conformità a quanto previsto dall'art. 213, comma 10 del Codice e all'articolo 8, comma 2 del Regolamento Anac per la gestione del casellario informatico dei contratti (Delibera 6 giugno 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 148 del 28 giugno 2018).

Opzione scelta

Il tema della esclusione del concorrente che abbia partecipato alla consultazione, condizionando la stazione appaltante al punto tale da risultare, in ipotesi, determinante sulla scelta del contraente, rappresenta un aspetto particolarmente problematico dell'istituto.

È evidente, infatti, che il rischio di esclusione dell'operatore economico, in caso di previa partecipazione condizionante alla consultazione preliminare potrebbe penalizzare la resa dell'istituto, disincentivando notevolmente la partecipazione degli operatori economici alla consultazione preliminare o inducendo gli stessi alla partecipazione mediante soggetti interposti, al fine di scongiurare tale rischio (es. l'impresa Alfa partecipa strumentalmente alla consultazione preliminare, nell'interesse occulto di Beta, per orientare il successivo procedimento in senso favorevole ai prodotti/servizi di Beta).

Si intravede, peraltro, un ulteriore aspetto problematico nel rischio che il concorrente possa essere escluso per la sola circostanza che la stazione appaltante, nell'elaborazione delle informazioni acquisite nella consultazione o per altra ragione, erri nell'interpretazione dei dati o nel relativo utilizzo, emanando un bando illegittimo.

In tal caso, anche alla luce del contributo fornito dal Consiglio di Stato in sezione consultiva, l'esclusione del concorrente, pur disposta quale *extrema ratio*, presuppone necessariamente una qualche forma di imputabilità alla condotta posta in essere nella consultazione preliminare e la stessa non può conseguire, in termini puramente oggettivi, al mero riscontro fattuale del *vulnus* alla concorrenza.

D'altra parte, ai sensi dell'articolo 66, comma 2, la "*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*". Sembra quindi corretto, in ultima analisi, distinguere l'ipotesi in cui la violazione della concorrenza consegua ad un comportamento scorretto dell'operatore economico 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.

Alla luce di queste considerazioni, è stato inserito un capoverso nelle Linee guida ove si afferma non soltanto che l'esclusione dell'operatore economico può essere disposta ove questi abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato e non nel caso in cui l'effetto distorsivo

derivi da scelte errate della stazione appaltante, ma altresì che – in virtù del principio di riferibilità o di vicinanza della prova - è onere alla stazione appaltante indicare e comprovare l'effetto distorsivo imputato all'operatore economico stesso.