

## Linee Guida

### recanti “Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato”

#### NOTA ILLUSTRATIVA

Nella presente sezione sono descritte le ragioni delle scelte effettuate nel testo proposto di Linee guida e sono evidenziate le questioni sulle quali è richiesta la valutazione da parte dei soggetti partecipanti alla consultazione.

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. A tal fine, 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* di siffatto bilanciamento - 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).

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. Esso rappresenta una rilevante novità dell'ordinamento italiano del diritto degli appalti. Le Linee guida cui la presente nota è allegata sono adottate, a beneficio delle Stazioni appaltanti e degli operatori economici, al fine di incentivarne l'uso e promuoverne il legittimo esercizio.

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, cui il presente atto è allegato, saranno sottoposte a consultazione pubblica ma non ad Analisi di Impatto della Regolazione.

## 1. Finalità e contesto dell'istituto

L'istituto delle consultazioni di mercato è preliminare, facoltativo e non decisivo. Le stazioni appaltanti precedenti esercitano discrezionalmente la facoltà di svolgere procedure di consultazione e non sono tenute allo svolgimento delle stesse, conformemente alle ipotesi previste nell'articolo 66 del Codice. 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 forme di consulenza gratuite e a tutte le parti l'acquisizione di informazioni rilevanti circa l'appalto in via di definizione.

Ancorché non vi sia alcun obbligo di svolgimento, 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 consigliabile nel caso di appalti o accordi quadro complessi o sperimentali, con spiccata componente tecnologica o innovativa, avulsa dalle conoscenze proprie dell'ente procedente.

L'istituto interviene nella fase preparatoria, prossima o remota, di una gara d'appalto. La consultazione consiste in una attività propedeutica di medio periodo della stazione appaltante. Essa si svolge, di norma, prima dell'avvio di una procedura di appalto, tra la 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.

La norma che disciplina l'istituto si presta ad essere interpretata nel senso che esso possa essere svolto 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 in letteratura che l'istituto potrebbe collocarsi anche prima della fase della programmazione, in ragione del richiamo alla "*pianificazione*", *rectius* programmazione, della procedura, di cui al secondo periodo del secondo comma dell'articolo 66.

Tale opzione interpretativa, che peraltro muove da una forzatura lessicale tesa a leggere il termine pianificazione come programmazione, è stata adeguatamente presa in considerazione e, tuttavia, è stata ritenuta non condivisibile. La pianificazione di cui al citato periodo, infatti, non solo è semanticamente più appropriata con riguardo alla materia dell'urbanistica, ma - nella norma - appare riferita alla singola procedura e non al complesso delle intenzioni di acquisto della stazione appaltante. Per questi motivi, nel documento che si sottopone a consultazione è stata accolta l'interpretazione, secondo la quale la consultazione preliminare è riferita alla singola procedura selettiva ed è svolta dopo la già avvenuta programmazione. Sul punto, tuttavia, anche in considerazione della constatata presenza in letteratura di interpretazioni difformi, si invitano gli *stakeholder* a rappresentare le proprie osservazioni, possibilmente corredate di prassi amministrative sperimentate, e a proporre formulazioni alternative, se ritenute di interesse.

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 la migliore qualità delle prestazioni.

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 stato ritenuto opportuno considerare 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.

## **2. Ambito di applicazione**

La consultazione preliminare può essere esperita per lavori, servizi o forniture, nei settori ordinari e nei settori speciali. Essa si applica tanto agli appalti quanto alle concessioni. 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. Ulteriormente, è stato affermato che, nei lavori, la procedura di consultazione non può determinare interferenze con discipline settoriali di edilizia e urbanistica maggiormente stringenti.

È stato riscontrato, nella prassi, un frequente utilizzo della procedura che non esclude la possibilità di acquisto del bene o del servizio individuato. A tal riguardo, le Linee guida in consultazione 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 che assumono tratti di negoziazione o di procedimento condiviso per l'individuazione dell'oggetto contrattuale, il riferimento è, chiaramente al dialogo competitivo e alla procedura negoziata.

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.

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. Su tale interpretazione – espressa da uno dei rari interventi giurisprudenziali sulle indagini preliminari di mercato (Tar Calabria, Reggio Calabria, Sentenza 11 giugno 2018, n. 340) – si invitano gli *stakeholder* a rappresentare il loro avviso.

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, 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.

Dall'utilizzo della procedura di consultazione non derivano 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. Tanto è stato ritenuto opportuno al fine di riaffermare la differenza della consultazione da una fase di trattativa, per chiarire che dalla consultazione non derivano *sic et simpliciter* ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Nello stesso senso, 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.

### **3. Il procedimento di consultazione**

La disciplina minimale del procedimento legale lascia intendere che il legislatore propende per una formalizzazione contenuta e flessibile del procedimento, anche al fine di evitare che la procedura di consultazione 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 del Codice 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 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.

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.

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.

Le Linee guida in consultazione forniscono, in conseguenza, un orientamento per le amministrazioni procedenti al fine di individuare: 3.1) le forme minime di pubblicazione; 3.2) i soggetti ammessi alla consultazione; 3.3) il contenuto dei contributi.

### **3.1 Forme minime di pubblicazione**

Le formalità della consultazione preliminare e gli oneri di pubblicità sono state concepite in proporzione 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 procedente può servirsi di una mera lettera di invito, laddove intenda limitare la consultazione esclusivamente a determinati soggetti e si tratti di soggetti pubblici. In questa versione, l'amministrazione procedente 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 possono darsi interferenze con altre discipline delle amministrazioni procedenti relative a prestazioni consulenziali di altro genere. 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.

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.

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. Sul punto si richiede agli *Stakeholders* di fornire specifiche osservazioni sui pro e sui contro di una scelta in tal senso.

### **3.2 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.

Al fine del raggiungimento dell'effetto di massima utilità per l'amministrazione, le Linee guida intendono, pertanto, fornire una interpretazione teleologica e comunitariamente orientata, consentendo flessibilità interpretativa alle stazioni appaltanti, atteso che lo scopo della norma è quello di appianare le asimmetrie informative mediante l'acquisizione di competenze tecniche avanzate in determinati settori di mercato.

In tal senso, la categoria degli esperti intende favorire la partecipazione di soggetti qualificati, di appartenenza sia privata sia pubblica. Per la selezione degli esperti può essere opportuno mantenere la richiesta di una ragionevole qualificazione professionale, mediante titoli di esperienza o di studio, senza tuttavia eccedere in criteri troppo rigidi.

Con riguardo alla categoria delle autorità indipendenti non si può escludere che, in ragione di una interpretazione sistematica e comunitariamente orientata della norma, per la predisposizione di appalti di complessità tecnica o economica che interessa enti pubblici specifici, possano essere considerate nella categoria anche altre 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.

Si sottolinea, infine, che la categoria dei “*partecipanti al mercato*” non necessariamente coincide 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.

Su punto, si sollecitano gli *Stakeholders* a fornire specifici contributi sulla natura dei soggetti da ritenere ammissibili alle consultazioni preliminari di mercato.

Si riscontra, nella prassi, che le stazioni appaltanti richiedono ai soggetti partecipanti la sussistenza dei requisiti generali e speciali ai fini della partecipazione.

La richiesta di requisiti morali sarebbe giustificata dall'esigenza di trattare con un soggetto che garantisca i requisiti di dignità professionale dell'art. 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'art. 80, Codice.

Analogamente, si può affermare con riguardo alla sussistenza 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. Sul punto, si attendono considerazioni degli *Stakeholders* in ordine all'opzione interpretativa adottata.

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.

### **3.3 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.

Nello stesso senso, 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. Sul punto si richiede agli *Stakeholders* di fornire specifiche osservazioni sui pro e sui contro dell'opzione ammessa,

Dalla partecipazione al procedimento di consultazione non possono emergere posizioni differenziate e qualificate in ordine alla partecipazione alla gara, anche nella forma della non escludibilità del soggetto dalla fase di ammissione.

#### **4. 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 ed 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 prevedibile e inopinata esclusione, la partecipazione degli operatori economici più virtuosi 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 diassuasivo sulla partecipazione alla procedura selettiva e – in modo particolare – l’effetto escludente che deriva dalla lesione concorrenziale dovuta al contributo fornito, la stazione appaltante dovrebbe garantire sempre una rielaborazione delle consultazioni, anche sotto il profilo dell’organizzazione dei mezzi e delle soluzioni tecniche prestate e, all’esito della consultazione. 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 pubblici integralmente i contributi depositati.

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.

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.

## **5. 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, cui potrebbe assimilarsi la fattispecie delle consultazioni preliminari, 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 o 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 specifica istanza di terzi, volte a contestare la partecipazione a gara del consultato, essa valuterà l'istanza garantendo a quest'ultimo la possibilità di fornirne 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).

Ai fini della più completa ricostruzione di un delicato istituto che prevede l'esclusione del concorrente, si richiede un contributo specifico degli *Stakeholders*.

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. 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.