

# Consultazioni preliminari di mercato - Articolo 66 del nuovo codice dei contratti pubblici

*di Francesco Caringella, Mariano Protto*

*Data di pubblicazione: 27-11-2018*

dottrina in pillole

**I COSA CAMBIA** 1. Inquadramento della disposizione - 2. Evoluzione normativa e novità di disciplina. **II INDICAZIONI OPERATIVE:** 1. La scelta discrezionale relativa all'utilizzo delle consultazioni preliminari di mercato - 2. La procedura di consultazione preliminare - 3. I soggetti cui si rivolge la stazione appaltante con le consultazioni preliminari di mercato. **III QUESTIONI APERTE:** 1. La tutela della libera concorrenza e dei principi di non discriminazione e trasparenza.

## **I COSA CAMBIA**

1. Inquadramento della disposizione.

Dopo la indicazione delle procedure di scelta del contraente, contenuta al Capo II del Titolo III della Parte II del codice, il Capo III, dedicato alla disciplina dello svolgimento delle procedure, si apre

con la Sezione I intitolata Bandi e avvisi, che si occupa della fase di preparazione e di indizione delle procedure a livello pratico. L'articolo 66, nell'aprire detta sezione, fornisce alcune indicazioni sulle attività preliminari di predisposizione della procedura di gara, riconoscendo alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di svolgere, prima dell'avvio di una procedura d'appalto, una "consultazione di mercato" tesa a raccogliere informazioni e a svolgere attività preparatorie finalizzate a predisporre la procedura e il suo successivo svolgimento, nonché a informare gli operatori economici sulla programmazione degli appalti da parte della stazione appaltante e sui requisiti che verranno richiesti. La consultazione preliminare di mercato è propedeutica quindi a confrontare le esperienze degli esperti e ad acquisire conoscenze tecniche, finalizzate a migliorare la predisposizione degli atti di gara, conciliando le esigenze della stazione appaltante con l'offerta del mercato. Si tratta di una attività volta, da una parte, a fornire alle amministrazioni un contributo tecnico per la formulazione della procedura d'appalto e, per altro verso, a garantire agli operatori economici una informazione trasparente in relazione agli appalti in programma, con possibilità per gli interessati di intervenire per mettere a disposizione le proprie conoscenze relative alla materia oggetto di procedura. In questa delicata attività, le amministrazioni hanno la facoltà di acquisire, in particolare, consulenze tecniche, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di tre categorie di soggetti: a) esperti nella materia oggetto dell'appalto; b) operatori del mercato di riferimento (con espressa specificazione, in questo caso, della necessità di

rispettare le disposizioni del codice); c) autorità indipendenti. La documentazione e gli apporti in tal maniera acquisiti potranno essere successivamente utilizzati dalla stazione appaltante - sia nella fase della pianificazione, sia nello svolgimento in concreto della procedura d'appalto - quale supporto operativo, a condizione però che ciò non produca l'effetto di falsare la concorrenza tra i potenziali candidati e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. A tale ultimo fine di tutela della libera concorrenza e della trasparenza delle procedure, il successivo articolo 67 del Codice prevede talune c.d. "misure adeguate", espressamente finalizzate a garantire che la concorrenza non venga falsata dalla partecipazione alle consultazioni preliminari da parte di candidati e offerenti (v. art. 67).

## 2. Evoluzione normativa e novità di disciplina.

L'articolo 66 traspone nel nostro ordinamento l'articolo 40 della direttiva 2014/24/UE, pur con qualche differenziazione. In particolare, al primo comma, l'articolo 66 aggiunge la previsione della possibilità, per le amministrazioni, di usufruire delle consultazioni preliminari anche per le decisioni relative alla fase di svolgimento vero e proprio della procedura d'appalto, oltre che per quelle relative alla fase preparatoria e per gli scopi informativi, ipotesi già disciplinate dalla direttiva. Risulta inoltre leggermente smussato, nel codice, il riferimento contenuto nella direttiva alla facoltà, per le stazioni appaltanti, di "sollecitare o accettare" le consulenze dei soggetti preposti, mentre all'articolo 66 si parla più genericamente della possibilità di "acquisire" le consulenze stesse. Infine, oltre alle citate "consulenze" previste dalla norma comunitaria, la norma del Codice prevede la acquisizione da parte delle stazioni appaltanti di "relazioni o altra documentazione tecnica", strumenti di consultazione, di natura documentale, non previsti dalla direttiva. Pur non essendo presente nella disciplina nazionale previgente, l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato era già sostanzialmente contenuto nella direttiva 2004/18/CE sotto la diversa denominazione di "dialogo tecnico", previsto quale possibilità per le amministrazioni di "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", prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione. La previsione, tuttavia, era contenuta solo nel preambolo della precedente direttiva, al considerando n. 8, senza che vi fosse dedicato un articolo specifico, mentre l'istituto era del tutto assente nel vecchio codice; siamo pertanto dinanzi alla prima istituzionalizzazione della fase di dialogo precedente l'adozione del bando di gara, oggi denominata "consultazione preliminare di mercato". Pur essendo ancora in uso la dicitura "dialogo tecnico" per identificare la procedura di consultazione in esame, questa va tenuta chiaramente e nettamente distinta da quella del "dialogo competitivo", prevista dall'articolo 64 del Codice, la quale è invece finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto.

## II INDICAZIONI OPERATIVE

### 1. La scelta discrezionale relativa all'utilizzo delle consultazioni preliminari di mercato.

La funzione delle consultazioni preliminari è quella di fornire al Responsabile del procedimento e ai funzionari tecnici della stazione appaltante una conoscenza più dettagliata delle opzioni esistenti sul mercato relative all'oggetto dell'appalto, in modo da dare un supporto nella redazione della parte tecnica della lex specialis, elevandone la qualità, nonché consentendo

un maggiore dettaglio nella specificazione delle competenze tecniche da richiedere ai candidati, per una più accurata selezione degli stessi. Dal tenore dell'articolo 66, risulta inequivocabile la natura facoltativa delle consultazioni preliminari di mercato, le quali sono utilizzabili o meno dalla stazione appaltante per le finalità indicate dalla norma, sulla base di una scelta ampiamente discrezionale da parte dell'amministrazione. Il codice, infatti, non fornisce alcuna indicazione circa i casi in cui le stazioni appaltanti, nel redigere la procedura d'appalto, debbano optare per l'acquisizione di informazioni preliminari dal mercato, né prevede alcun obbligo motivazionale relativo alla scelta di utilizzare o meno l'istituto della consultazione. Tuttavia, pur in una fase embrionale dell'applicazione dell'istituto, guidati dalla ratio della norma, si potrebbe sin d'ora ravvisare l'opportunità di utilizzare le consultazioni preliminari di mercato, ad esempio, in tutti quei casi in cui i servizi, le forniture o i lavori oggetto dell'appalto abbiano caratteristiche tecniche di particolare complessità o siano caratterizzati da una forte componente tecnologica. In tali circostanze, infatti, l'amministrazione potrà utilmente ricorrere al supporto di esperti operanti nel mercato di riferimento sottoponendo quesiti relativi alle eventuali innovazioni tecnologiche o alle metodologie maggiormente adottate, consentendo loro di proporre soluzioni innovative indirizzate alle esigenze della stazione appaltante, al fine di garantire il più alto livello possibile di innovazione della pubblica amministrazione, nel rispetto del criterio di economicità che sempre deve regolare l'agire pubblico. Inoltre, di notevole utilità potrebbe rivelarsi la consultazione preliminare ogni qual volta la stazione appaltante necessiti di indagini di mercato per la corretta predisposizione della procedura: l'esame del fabbisogno sul mercato relativo a un determinato servizio pubblico può infatti costituire una essenziale linea di indirizzo ai fini del contenimento di sprechi, con innalzamento dei livelli di efficienza dell'amministrazione pubblica. Infine, nell'applicazione pratica dell'istituto, grande rilievo assume il ruolo delle autorità, prima tra tutte l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, cui l'art. 71 del Codice ha affidato il coinvolgimento preventivo per eccellenza, prevedendo la adozione da parte di quest'ultima di bandi tipo ai quali le stazioni appaltanti devono conformarsi. L'utilizzo delle consultazioni preliminari, in questo senso, si presta a divenire strumento estremamente efficace per la riduzione del contenzioso in fase di gara, spesso originato dalla carenza di conoscenze adeguate per una corretta impostazione e definizione della *lex specialis* da parte delle stazioni appaltanti (v. ANAC, Atto di segnalazione n. 3, del 21 maggio 2014).

## 2. La procedura di consultazione preliminare.

La norma non prevede una procedura specifica per lo svolgimento delle consultazioni di mercato; lo spazio di azione lasciato alle amministrazioni aggiudicatrici è quindi molto ampio ed ha quale unico limite la condizione contenuta nell'ultimo capoverso del secondo comma relativa alla tutela della concorrenza e dei principi di non discriminazione e trasparenza, il cui rispetto deve essere garantito con le modalità specificate dal successivo articolo 67. Unica ulteriore specificazione prevista dall'articolo 66 è quella relativa alla tempistica delle consultazioni, che devono essere svolte dall'amministrazione "prima dell'avvio della procedura di appalto", e pertanto devono avvenire prima della pubblicazione dello studio di fattibilità o, secondo parte della dottrina, finanche prima della decisione stessa di indire una procedura di appalto (CORREALE (1), 473). La stazione appaltante che intenda instaurare una consultazione preliminare di mercato con le imprese, i professionisti, gli esperti o le autorità indipendenti per l'individuazione di soluzioni tecniche per l'appalto può quindi liberamente

scegliere di sollecitare la consulenza con un avviso pubblico e/o con un invito, ovvero può accogliere le eventuali proposte provenienti dai soggetti in possesso dei requisiti indicati dalla norma. Appare, tuttavia, opportuno che le amministrazioni, nell'invitare o nell'accettare le consulenze degli operatori di mercato, avvertano questi ultimi che la partecipazione alla consultazione preliminare di mercato non è finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto e che la stessa non deve determinare alcuna aspettativa nei confronti della stazione appaltante, essendo del tutto ininfluyente rispetto alla eventuale partecipazione alla successiva procedura d'appalto, per la quale non costituisce neppure condizione d'accesso. Le consulenze e/o la documentazione tecnica acquisite dalla stazione appaltante, inoltre, non vincolano in alcun modo quest'ultima né relativamente ai contenuti tecnici della successiva procedura, né tantomeno circa il prosieguo della procedura stessa, che non è in alcun modo garantito dall'esperimento della consultazione. Al contrario, rientrano nella piena discrezionalità dell'amministrazione appaltatrice tutte le scelte relative sia alla prosecuzione e all'esito delle consultazioni preliminari intraprese, sia quelle relative alla successiva procedura d'appalto, per la quale potrà usufruire di tutto quanto emerso dalle consultazioni stesse, con il solo limite del rispetto dei diritti di proprietà intellettuale dei partecipanti. Sembra, inoltre, di poter affermare che sia i contributi forniti dalla platea dei soggetti interessati, sia le informazioni agli stessi messe a disposizione con la procedura di consultazione debbano avere, in mancanza di una espressa previsione in senso contrario, natura totalmente gratuita (anche se ciò appare alquanto dubbio nel caso in cui a collaborare siano professionisti esperti nella materia, i quali dovrebbero fornire a titolo gratuito la propria consulenza professionale, ovvero nel caso in cui sia necessario il trasferimento di diritti di proprietà intellettuale).

### 3. I soggetti cui si rivolge la stazione appaltante con le consultazioni preliminari di mercato.

La disposizione contiene un elenco dei soggetti dai quali le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica ("esperti", "partecipanti al mercato" e "autorità indipendenti") che, pur apparendo prima facie tassativo, è in realtà variamente interpretabile, con potenziale inserimento di una pluralità di soggetti nella platea dei titolari della facoltà di fornire le consultazioni. In particolare, l'art. 66 non indica in alcun modo quali siano le caratteristiche degli "esperti" cui rivolgere le consultazioni, non viene specificato il livello di esperienza richiesto, se sia o meno necessario il possesso di un titolo di studio, né chi sia chiamato a valutare la sussistenza o meno di tale esperienza in capo ai potenziali partecipanti. Deve pertanto ritenersi che, anche sotto questo aspetto, il Codice intenda lasciare ampio spazio alle scelte discrezionali della stazione appaltante, la quale resta libera di definire i parametri in base ai quali selezionare i soggetti da consultare, da calibrarsi di volta in volta sulla base degli scopi specifici cui tende la singola procedura di consultazione preliminare, anche in relazione alle peculiarità del singolo appalto.

## III QUESTIONI APERTE

### 1. La tutela della libera concorrenza e dei principi di non discriminazione e trasparenza.

La disciplina prevista dalla norma, trattandosi di una consultazione preliminare aperta ai

medesimi operatori del mercato che saranno i potenziali partecipanti della procedura d'appalto, per di più caratterizzata da scelte amministrative ampiamente discrezionali, si presta facilmente a possibili disfunzioni e controindicazioni circa la possibilità di garantire la corretta ed imparziale predisposizione delle procedure d'appalto. Ciò accadrebbe, ad esempio, nel caso in cui la documentazione tecnica ricavata dall'amministrazione in sede di consultazioni preliminari venisse pedissequamente riutilizzata quale documentazione di gara (comprese le eventuali previsioni sui requisiti minimi per l'accesso alla procedura, ovvero le eventuali clausole escludenti). Sarà, pertanto, necessario - sia da parte del legislatore nell'adozione degli strumenti attuativi del Codice, sia da parte delle amministrazioni nell'esercizio della propria attività discrezionale - adottare tutte le cautele volte a garantire il rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e trasparenza, tenendo nel dovuto conto la particolare delicatezza della materia in esame, suscettibile di prestarsi a notevoli abusi. La tutela dei suddetti principi, invero, permea tutto l'apparato codicistico, essendo prevista, in via generale, dal comma 1 dell'articolo 30 del Codice, nonché, in particolare per le consultazioni preliminari di mercato, dal comma 2 del medesimo articolo 66. Si ricorda, infine, ad ulteriore indicazione dell'importanza della massima cautela nell'esperimento delle consultazioni preliminari, che l'articolo 353-bis del codice penale, norma inserita dalla L. n. 136/2010, ha positivizzato il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, punendo con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032 i soggetti che interferiscono fraudolentemente con il "procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione" nelle procedure ad evidenza pubblica. La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1/2015, ha chiarito che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine stesso; non è, pertanto, necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in maniera da determinare la concreta scelta del contraente, ma è sufficiente che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in pericolo con la presenza di un dolo specifico che si traduca nella finalità di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte dell'amministrazione.

In questo senso, non può non rilevarsi l'estrema delicatezza di una procedura come quella delle consultazioni preliminari, nella quale agli operatori del mercato viene data la possibilità di interferire legittimamente con la predisposizione del bando di gara; di importanza essenziale saranno, quindi, i rimedi che dovranno predisporre al fine di consentire il dovuto controllo e il corretto svolgimento delle consultazioni. Per l'esame dei rimedi predisposti dal Codice a garanzia della libera concorrenza in caso di partecipazione di candidati o offerenti alle consultazioni preliminari di mercato, si rinvia all'esame del successivo art. 67.