

Formazione IFEL
per i Comuni

iFEL
Fondazione ANCI

Le consultazioni preliminari di mercato

a cura dell'Avv. Elio Leonetti
17 aprile 2019



Le consultazioni preliminari di mercato

- **Direttiva Appalti UE 2004/18** > in una delle premesse prevedeva che prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici potevano, avvalendosi di un "dialogo tecnico", sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'oneri a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza
- ✓ Nella prassi il dialogo tecnico, come forma di consultazione preventiva con le imprese del settore, ha avuto una certa applicazione nelle gare per la fornitura di prodotti
- **Direttiva Appalti UE 2014/24** > sono state previste e disciplinate le c.d. consultazioni preliminari di mercato, che costituiscono uno sviluppo del dialogo tecnico

Le consultazioni preliminari di mercato

- **Il d.lgs. n. 50/2016** ha recepito la direttiva UE ed ha previsto le CPM, che rappresentano una rilevante novità ed opportunità per le stazioni appaltanti
- **Art. 66 del d.lgs. n. 50/2016** > Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le stazioni appaltanti 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 essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi
- Nel contesto delle CPM, le stazioni appaltanti possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato o da parte di autorità indipendenti.
- Tale documentazione può essere utilizzata a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza > **l'art. 67 del d.lgs. n. 50/2016** richiede l'adozione di misure correttive da parte della stazione appaltante volte ad evitare una lesione della concorrenza e, come estrema ratio, l'esclusione della gara del concorrente

Le Linee Guida ANAC

- **Delibera ANAC 161 del 6 marzo 2019 - Linee Guida n. 14 recanti “*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*”**
 - Le Linee guida contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento delle consultazioni preliminari di mercato
 - Linee guida non vincolanti.
 - Finalità delle Linee Guida: incentivare l’utilizzo delle CPM e promuoverne il legittimo esercizio
 - Le CPM consentono:
 - ✓ di ridurre le asimmetrie informative su determinati mercati;
 - ✓ di assicurare una migliore conoscenza degli aspetti tecnici degli acquisti;
 - ✓ di abbassare il rischio di gare deserte.

Le finalità delle CPM

- Le CPM sono finalizzate:
 - alla predisposizione degli atti di gara;
 - allo svolgimento della relativa procedura;
 - a fornire informazioni agli operatori economici circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse.
- Strumento preliminare, facoltativo e non decisorio
- Non è consentito l'uso delle CPM per finalità meramente divulgative.
- Le CPM possono perseguire lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante (quando non c'è chiarezza su tali profili) e realizzare economie di mezzi e risorse, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati.

L'utilizzo delle CPM

- La consultazione si svolge dopo la programmazione e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente.
- Non è consentito lo svolgimento delle PCM in merito a procedure selettive già avviate, anche se sospese.
- Le consultazioni di mercato vanno preferite quando l'appalto presenta carattere di novità (es. gare per l'acquisto di prodotti complessi e/o ad alta specializzazione tecnica e tecnologica, come dispositivi ICT o apparecchi medicali) o particolare complessità (accordi quadro complessi o sperimentali)
- È da escludersi l'applicazione dell'istituto nei casi di appalti di *routine* e appalti relativi a prestazioni *standard*.

L'ambito di applicazione delle CPM

- Le CPM possono essere utilizzate per appalti di lavori, servizi e forniture e concessioni, indipendentemente dal valore della commessa
- CPM ≠ Procedure di affidamento (es. dialogo competitivo) > la consultazione preliminare di mercato non costituisce una procedura di affidamento di un contratto pubblico.
- ✓ Le stazioni appaltanti esplicitano, negli atti di avvio della consultazione preliminare, le precise e distinte finalità della stessa.
- ✓ Alle stazioni appaltanti non è consentito in alcun modo, in corso di consultazione preliminare, di mutare la natura del relativo procedimento.

L'ambito di applicazione delle CPM

- ❑ CPM ≠ Indagini di mercato (es. quelle preliminari allo svolgimento delle procedure negoziate senza bando, nei casi previsti all'articolo 63, comma 6, ovvero all'articolo 36 del Codice per gli affidamenti sotto-soglia, che costituiscono procedimenti finalizzati a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara)
- La consultazione preliminare di mercato non può costituire condizione di accesso alla successiva gara.
- ❑ La stazione appaltante si riserva la facoltà di interrompere, modificare, prorogare, sospendere la procedura, 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.

Il procedimento di consultazione

- ❑ Le stazioni appaltanti pubblicano un avviso, denominato **atto o avviso di CPM**, con il quale rendono manifesto al mercato l'avvio del procedimento di consultazione
- ❑ La pubblicazione: nella Sezione «amministrazione trasparente» del profilo di committente, ferma restando la possibilità di disporre ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità.
- ❑ Il contenuto dell'Avviso: esplicitazione dei presupposti e delle finalità che giustificano il ricorso alla CPM.
- ✓ la consultazione può riguardare ogni aspetto tecnico ritenuto utile alla preparazione della procedura, ma:
 - gli apporti informativi forniti non possono costituire offerte tecniche o economiche;
 - i contributi 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.

Il procedimento di consultazione

- La consultazione può altresì essere introdotta mediante lettera di consultazione, se indirizzata ad autorità indipendenti.
- La stazione appaltante conserva sempre la facoltà, al di fuori del procedimento di consultazione preliminare, di interpellare soggetti pubblici, ad esempio per richiedere pareri normativi o tecnici.
- Gli avvisi o le lettere di consultazione specificano:
 - ✓ le esigenze informative e conoscitive della stazione appaltante;
 - ✓ le tipologie di contributi richiesti;
 - ✓ la forma di contributo ammissibile;
 - ✓ i tempi previsti per la presentazione dei contributi e, ove possibile, quelli per la pubblicazione della procedura selettiva e per lo svolgimento del contratto;
 - ✓ gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione;
 - ✓ le modalità di svolgimento della procedura.

Il procedimento di consultazione

- I contributi sono prestati gratuitamente, senza diritto a rimborsi spese.
 - Possono prendere parte alla consultazione preliminare tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste, inclusi i portatori di interessi collettivi e diffusi.
 - Per la partecipazione alla consultazione, non possono essere richiesti requisiti di ordine generale o di qualificazione
 - I soggetti forniscono consulenze, relazioni, dati, informazioni e altri documenti tecnici idonei a prestare il migliore apporto conoscitivo e informativo alla stazione appaltante, relativamente all'individuazione del fabbisogno o delle soluzioni tecniche e/o organizzative idonee a soddisfare le esigenze funzionali indicate dalla stazione appaltante.
- ✓ le CPM sono utili a colmare il *gap* conoscitivo esistente tra la stazione appaltante e il mercato in un determinato settore

Il procedimento di consultazione

- ❑ I contributi forniti si conformano ai canoni di correttezza, chiarezza e trasparenza
- ✓ La stazione può indirizzare la consultazione formulando domande o indicando questioni specifiche, anche attraverso la predisposizione di un questionario.
- ❑ I soggetti che partecipano alla consultazione indicano se:
 - ✓ Indicano se i contributi forniti contengono informazioni, dati o documenti protetti da diritti di privativa o comunque rivelatori di segreti aziendali, commerciali o industriali, nonché ogni altra informazione utile a ricostruire la posizione del soggetto nel mercato e la competenza del soggetto nel campo di attività di cui alla consultazione;
 - ✓ precisano altresì se la divulgazione dei contributi forniti dovrà avvenire in forma anonima > la garanzia dell'anonimato consente all'operatore di non manifestare al competitor il potenziale interesse alla partecipazione alla procedura di affidamento o specifiche informazioni

Il procedimento di consultazione

- ❑ Le stazioni appaltanti valutano i contributi in modo oggettivo e comparativo, in rapporto alle proprie effettive esigenze e li utilizzano ai fini dell'eventuale procedimento selettivo, nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza, concorrenza e non discriminazione.
- ❑ Le stazioni appaltanti individuano misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente o di un'impresa ad essi collegata alla consultazione preliminare.
- Finalità: evitare che le informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

Il procedimento di consultazione

❑ Misure adeguate minime:

- ✓ la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura;
- ✓ la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte.

❑ Misure adeguate ulteriori:

- ✓ la convocazione, adeguatamente pubblicizzata, di un evento pubblico ove svolgere una consultazione collettiva aperta.

L'esclusione dalla procedura selettiva

- ❑ La stazione appaltante procede a escludere dalla gara il concorrente che ha partecipato alla consultazione preliminare, solo nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento
- ❑ L'esclusione avviene, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80, comma 5, lettera e) del d.lgs. n. 50/2016, laddove le misure minime adottate dalla stazione appaltante non siano state in grado di eliminare il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare
- ❑ L'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. e) può essere disposta ove sia dimostrato che questi abbia intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato
- ✓ Non è imputabile all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza derivante da scelte errate della stazione appaltante.
- ❑ Il provvedimento di esclusione fornisce le ragioni sottese, motivando espressamente sulle ragioni che non hanno consentito di garantire in altro modo il rispetto del principio di parità di trattamento.

Formazione IFEL
per i Comuni



Grazie per l'attenzione

Avv. Elio Leonetti
elio.leonetti@chiomenti.net

