

INDIRIZZI OPERATIVI PER L'UTILIZZO DELLA CONSULTAZIONE PRELIMINARE DI MERCATO - ARTT. 66 E 67 DEL D.LGS 50/2016

Premesse

Il nuovo Codice fa propri principi comunitari innovativi introducendo svariate previsioni e ponendo anche l'accento sulla necessità di accountability negli appalti pubblici, intesa come trasparenza e tracciabilità dei processi.

In attuazione di detti principi, tra le principali innovazioni del D.Lgs 50/2016, vi è, tra l'altro, l'introduzione, all'art. 66 del Codice degli Appalti, dello strumento delle consultazioni di preliminari di mercato (in realtà, già previsto anche da precedenti direttive comunitarie).

Quest'ultimo risulta fondamentale al fine di evitare i rischi insiti, nella gestione delle procedure d'acquisizione, derivanti dall'asimmetria informativa (condizione per cui due o più parti interagiscono in un flusso operativo in modo non paritario, dal punto di vista della conoscenza: una parte - solitamente, nell'appalto, il fornitore - ha a disposizione maggiori elementi conoscitivi dell'altra - solitamente, nell'appalto, la P.A.), che contraddistingue alcuni casi specifici di appalto o concessione (soprattutto nei casi in cui la S.A. si appresta a bandire gare innovative rispetto alle precedenti acquisizioni, oppure è carente di progettisti, esperti nella materia - che possono essere diversi dai meri utilizzatori finali - oppure, ancora, quando abbia avuto notizia di progressi della scienza nel campo di interesse ma non sappia se e in che misura questi progressi si siano già tradotti nella disponibilità di beni o servizi correlati).

Pertanto, la comunicazione tra buyer e fornitori, seppure nel rispetto dei limiti posti dalla normativa vigente, rappresenta, specie nei casi critici, la chiave per favorire la conciliazione delle opposte esigenze nell'ambito delle varie fasi dell'appalto: strategia di acquisto (lato domanda) e strategia di mercato (lato fornitore), in fase pre-gara, strategia di gara (lato buyer) e strategia di offerta (lato fornitore) in fase di gara, consentendo quindi di allineare i diversi obiettivi che contraddistinguono le due parti.

L'interazione tra le due parti, conclusivamente, dovrebbe consentire di soddisfare le esigenze della P.A., selezionando il fornitore che meglio risponde (in termini di affidabilità) ed è in grado di dare risposte (in termini di risultato) alle esigenze pubbliche, preferibilmente ottimizzando anche la spesa (nell'ottica dell'efficacia, efficienza ed economicità della spesa, superando, quindi, la logica della mera spending review), garantendo, peraltro, che il fornitore possa, rimanendo competitivo all'interno del mercato, acquisire il contratto massimizzando il profitto.

Le previsioni normative

La direttiva 2014/24/CE, all'art. 40, introduce l'istituto oggi conosciuto come "consultazioni preliminari di mercato", recepito nell'ordinamento nazionale con l'introduzione degli artt. 66 e 67 del D.Lgs 50/2016.

L'art. 66, nello specifico, prevede la possibilità per le Stazioni Appaltanti di svolgere consultazioni preliminari di mercato prima dell'avvio della procedura di appalto, attraverso la pubblicazione di uno specifico avviso.

La norma dispone che il contatto possa avvenire tra le Amministrazioni e una platea molto ampia di interlocutori (esperti, partecipanti al mercato o anche autorità indipendenti) e che esso possa avere ad oggetto consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica, "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 offre almeno indicazioni di massima su come dovevano e devono operare le Stazioni Appaltanti (non le imprese presenti sul mercato coinvolte nella consultazione), perchè i principi enunciati all'art. 66 siano rispettati, in concreto, nel confronto competitivo successivo; infatti, vengono individuate due misure che, insieme, soddisfano ex lege (salvo, ovviamente, prova contraria) il requisito dell'adequazione a non falsare la concorrenza:

- a) nel confronto competitivo, informazione sul contributo preliminare alla progettazione della gara dato da terzi: rendere, cioè, conoscibile a tutti l'eventuale contributo pervenuto in sede di consultazione, da parte di potenziali offerenti;
- b) idoneo tempo di ricezione offerte, così da non avvantaggiare chi nel frattempo, avendo partecipato alla consultazione preliminare, ha avuto notizia dell'avvio della progettazione della procedura, seppure non conclusa, confrontandosi su questa con la S.A.

Indicazioni operative

Certo, non può dirsi che le indicazioni fornite dal legislatore siano esaustive. Ne consegue che, seppure, da un lato si tratti di strumento importantissimo per abbattere le barriere dell'asimmetria informativa, che, come detto, può contraddistinguere il rapporto tra P.A. e operatori economici esperti di uno specifico settore, dall'altra, il suo utilizzo (senza trattare di fenomeni corruttivi, che costituiscono patologia della condotta) privo di ulteriori regole di carattere generale e/o imprudente, specie se affidato a soggetti impreparati o non avveduti, sembra esporre la stessa stazione appaltante al rischio di compromettere la par condicio tra operatori economici e quindi di vanificare o compromettere il processo di acquisizione.

In concreto, si ritiene opportuno, quindi, definire ulteriori misure pratiche/accorgimenti ritenuti necessari per il corretto ricorso a detto strumento, partendo dalla distinzione dell'uso della consultazione preliminare in relazione all'ambito di applicazione.

Nello specifico, infatti, emerge la necessità di conciliare l'uso dello strumento della consultazione preliminare di mercato come delineato nell'art. 66 ed alla luce delle previsioni dell'art. 67 e degli obblighi di cui all'art. 99 del Codice, con le esigenze operative delle singole stazioni appaltanti.

Se l'uso tipico dell'art. 66 è connesso all'avvio della singola procedura di gara, è prevista dallo stesso art. 66 anche la sua applicabilità già in fase di programmazione (quando ancora non si dispone di una progettazione), nei limiti di appresso si dirà.

La differenza sostanziale evincibile dal Codice consiste principalmente nel diverso approccio, in termini di tipologia di informazioni acquisibili:

- **AVVIO DELLA PROCEDURA DI GARA**: il ricorso allo strumento è legato alla necessità di concludere la progettazione di una singola gara; in questo caso, il Direttore della SC competente può decidere, anche su richiesta del GTP nominato, di esperire una consultazione preliminare, al fine di acquisire le informazioni tecniche di cui il GTP è privo/carente, necessarie per concludere la progettazione e bandire la gara. In sintesi, le informazioni che possono essere raccolte attraverso lo strumento previsto dall'art. 66 si ritiene che debbano riferirsi all'individuazione degli standard dei prodotti e/o servizi di cui ci si deve approvvigionare, qualora non si sia in possesso delle o di tutte le conoscenze necessarie.

E' soprattutto in tale ambito che si rileva la necessità di fissare preventivamente:

- a. sia limiti oggettivi agli argomenti che possono essere oggetto di trattazione nella consultazione;
- b. sia regole di condotta;
- c. sia modalità di consultazione e di documentazione degli eventi che ne garantiscano l'assoluta trasparenza e, contestualmente, la riservatezza almeno fino alla ricezione delle offerte, nel successivo confronto competitivo.

a. LIMITI OGGETTIVI AGLI ARGOMENTI OGGETTO DELLA CONSULTAZIONE PRELIMINARE

Si ritiene, per garantire il rispetto dei principi cardine dell'ordinamento, che debba prevedersi il divieto assoluto di richiedere e accogliere contributi, forniti dall'operatore economico, in materia:

- di individuazione dei requisiti d'ammissione dei concorrenti, salvo quanto appresso si dirà;

- di fissazione dei criteri di valutazione delle offerte,

perchè diversamente sarebbe quasi impossibile, nel successivo confronto competitivo, assicurare la par condicio tra operatori economici (quest'interpretazione, almeno per quanto concerne i requisiti d'ammissione, sembra trovare conferma indiretta nel Codice perchè il primo comma dell'art. 66, mentre legittima il coinvolgimento degli operatori economici "*per la preparazione dell'appalto*", li individua come meri destinatari di una informazione preventiva - in fase di programmazione - in ordine ai "*requisiti relativi a questi ultimi*").

b. REGOLE DI CONDOTTA

Quanto alle regole di condotta, nulla è stato detto, dal legislatore, in tema di obblighi specifici a carico dell'operatore economico, che quindi devono essere desunti con la logica; si può ritenere che, almeno, vi siano, per quanto qui interessa:

- l'obbligo di dare informazioni veritiere sulle peculiari caratteristiche dei propri prodotti/servizi, evitando, in particolare, di sovrastimare gli effetti/benefici che essi sono in grado di garantire;

- l'obbligo di dichiarare l'esistenza di eventuali brevetti;

- l'obbligo di dichiarare l'eventuale esistenza di collegamenti di qualunque tipo con altre imprese che, insieme allo stesso operatore economico, sarebbero le sole in grado di offrire il bene/servizio oggetto di trattazione nella consultazione di mercato con la caratteristiche proposte o rese conoscibili nella consultazione (cartello occulto).

c. MODALITÀ DI CONSULTAZIONE E DOCUMENTAZIONE DEGLI EVENTI

In ordine alle modalità di consultazione e documentazione degli eventi, si crede sia necessario anzitutto che l'intento di avviare la consultazione debba essere pubblicizzato almeno nelle stesse forme previste per il successivo confronto competitivo, dando adeguato tempo agli operatori economici per manifestare il loro interesse a fornire l'apporto richiesto.

Per quanto concerne i rapporti stazione appaltante/operatori economici, è opportuno che avvengano in forma esclusivamente scritta (ad esempio, a mezzo scambio di pec) o siano comunque accuratamente verbalizzati, ipotizzando, in tal caso, eventualmente anche la partecipazione di testimoni ai colloqui o, in aggiunta o in alternativa, la documentazione a mezzo di registrazione audio video dei colloqui stessi.

Relativamente all'accessibilità di detta documentazione, fermi gli obblighi di informazione preventiva previsti dal Codice ("*L'operatore x ha partecipato alla consultazione preliminare di mercato fornendo contributi in materia di*") considerati gli obblighi di segretezza previsti dall'art. 53 del Codice, si ritiene che nessun soggetto terzo interessato direttamente o indirettamente alla procedura possa prendere visione della documentazione di dettaglio fino alla scadenza del termine di ricezione offerte previsto nel successivo confronto competitivo.

Diversamente, infatti, i potenziali concorrenti diversi da quello/quelli che hanno partecipato alla consultazione potrebbero mettersi in contatto tra loro, falsando la concorrenza; inoltre, qualora nella consultazione risultasse documentato know how d'impresa che non si è tradotto in specifiche tecniche nel confronto competitivo, il terzo potrebbe profittarne indebitamente.

D'altro canto, conoscere questa documentazione nel dettaglio soddisfa esclusivamente l'esigenza di consentire al terzo, estraneo alla consultazione, di effettuare un controllo ex post per verificare, appena possibile, che effettivamente la par condicio tra operatori sia stata rispettata.

● **PROGRAMMAZIONE**

E' peraltro chiaro che, in sede di programmazione, invece, con l'acquisizione di informazioni inerenti la progettazione di una o di nuove procedure d'appalto, in conformità a quanto previsto dall'art. 21 del D.lgs 50/2016 e dal recente DM 14/2018, gli operatori economici hanno piena facoltà di utilizzare lo strumento ex art. 66 per segnalare eventuali criticità che potrebbero dar luogo a indebite limitazioni della concorrenza, in particolare ai requisiti d'ammissione alla procedura (ad esempio, discriminazioni nei confronti delle MPMI o nei confronti dei nuovi operatori che, pur in possesso di idonei mezzi e di adeguato personale, non abbiano ancora, dalla loro costituzione, operato nel campo di attività specifico, risultando così privi di fatturato specifico) . Anzi, tale modus operandi potrebbe rappresentare un utilissimo strumento, anche in termini di riduzione del contenzioso, nella successiva gara d'appalto.

Mentre, lato S.A., non sembra impossibile ed anzi pare utile (se non, in alcuni casi, indispensabile) acquisire informazioni riguardanti il prezzo da porre a base d'asta, anche per poter effettuare le dovute valutazioni in termini di costi/benefici, fin dalla fase di programmazione.

Lo strumento potrebbe essere utile, ed in misura non marginale anche per ottimizzare tre ulteriori aspetti altrettanto fondamentali per la buona riuscita della procedura di acquisizione.

Ci si riferisce alla razionalizzazione dei fabbisogni dati per "noti" alla base della programmazione (si tratta di passaggio indispensabile per poter ambire davvero alla realizzazione del concetto di "value for money", quindi, come detto, sostanzialmente, spendere meglio, spendere il meno possibile per ottenere il massimo risultato, dal punto di vista della qualità e/o dell'utilità) ed alla gestione della fase di esecuzione dell'appalto, attraverso un sistema di controlli davvero esperibili da parte della S.A., atti a garantire il giusto equilibrio tra gli interessi della S.A. e quelli degli operatori economici.

Infatti, quanto alla razionalizzazione dei fabbisogni "noti", in realtà, spesso, le SSAA ritengono di conoscerli riferendosi ad essi in termini meramente numerici (per fare un esempio d'uso comune, il numero di aghi e siringhe utilizzati nella gestione ordinaria dei servizi sanitari), senza però porsi il problema dell'appropriatezza nell'utilizzo del bene rispetto all'esigenza clinica. Ancora, potrebbe essere nota l'esigenza di acquisire determinati servizi necessari al completamento del ciclo produttivo, nota l'entità della domanda di quei servizi, ignota la possibilità degli operatori economici di offrire, insieme a quei servizi e senza oneri supplementari per la S.A. altre prestazioni comunque necessarie ad essa che neppure si era ipotizzato di aggregare.

Pertanto, una verifica preliminare del mercato potrebbe consentire ai progettisti anche di diversificare la quantificazione del bisogno in modo più razionale rispetto all'insieme di beni o servizi usualmente aggregati nella procedura d'acquisizione fornendo agli utilizzatori finali utili indicazioni sull'appropriato uso degli stessi, in fase di gestione delle forniture o di sfruttamento dei servizi messi loro a disposizione.

Lo strumento potrebbe essere utilizzato anche per scegliere la modalità migliore di esternalizzazione di alcuni servizi; in particolare, si potrebbero valutare vantaggi e svantaggi tra appalto tradizionale e concessione di servizi, ad esempio, quando si volesse ricavare un utile dalla gestione dei parcheggi.

Per quanto attiene la fase di gestione dell'esecuzione contrattuale capita non infrequentemente che l'appalto sia strutturato in modo tale da rendere praticamente impossibile alla S.A. eseguire controlli puntuali sull'esecuzione, diversi da quelli meramente amministrativo contabili.

Se, invece, la progettazione della gara utilizzando lo strumento dell'art. 66 fosse compiuta anche in considerazione delle esigenze di controllo della fase esecutiva del contratto, si riuscirebbe a perseguire uno scopo che la logica, lo stesso ordinamento ed Anac, individuano quale prioritario: nessuno ignora, infatti, che un appaltatore lasciato a sè stesso non assicurerà mai risultati simili a quello di un appaltatore impegnato in prestazioni analoghe che siano state puntualmente verificate in fase di esecuzione.

E' quindi presumibile che un appalto teoricamente meno "performante" rispetto ad un altro analogo progettato con livelli prestazionali maggiori, se puntualmente seguito nella fase esecutiva, sia in grado di assicurare una prestazione molto più utile del secondo, non controllato se non in termini contabili.

Conclusioni

L'insieme di dette misure dovrebbe se non eliminare, ridurre enormemente il rischio di violazione della par condicio, che, se non garantita, in base al comma 2 del citato articolo 67, obbligherebbe ad escludere dalla gara del candidato che, in violazione di detti principi, abbia partecipato alla consultazione, fornendo magari un contributo essenziale per i fini della S.A.

Ed è pur vero che vi è la possibilità, per quest'ultimo, di provare, entro 10 giorni, che il proprio apporto non sia stato idoneo ad alterare la competizione ma sembra piuttosto difficile che vi sia l'effettiva possibilità di fornire detta prova.

Così facendo, invece, si riduce sensibilmente il rischio di vanificare l'utilità dello strumento.

In conclusione, si reputa che l'uso estensivo dell'istituto descritto, dapprima in fase di definizione della programmazione (pubblicizzando un'ipotesi di programmazione e, contestualmente indicando i requisiti di partecipazione che intenderebbe individuare negli atti di gara) e, successivamente, nell'ambito della progettazione dei singoli interventi in essa previsti (per portare a termine la progettazione tecnica della gara, in modo da ottimizzare il rapporto costo/benefici ottenibili, in relazione ai propri fabbisogni), potrebbe effettivamente consentire l'ottimizzazione dei benefici descritti e cioè, sinteticamente, tramite il dialogo tra la stazione appaltante e gli operatori economici, massimizzare i rispettivi, diversi, risultati attesi, ciascuno in base ai propri interessi.

