

Capitolo 11

Lo svolgimento delle procedure

1. Consultazioni preliminari di mercato

La parte V del Codice è dedicata allo svolgimento vero e proprio delle procedure che è stato articolato in sei titoli che ripercorrono tutta la fase dell'affidamento del contratto dalle attività preparatorie alla delezione delle offerte.

Il titolo I (artt. 77-82) presenta natura prettamente tecnica ed è in gran parte riproduttivo della direttiva n. 2014/24/UE (articoli 40, 41, 42, 43, 48). Dal punto di vista sistematico, nella relazione del Consiglio di Stato è spiegato che per meglio disegnare il dipanarsi delle procedure, l'unica sezione "bandi e avvisi" prevista dal decreto legislativo n. 50 del 2016 è stata suddivisa in un "titolo I" relativo agli "gli atti preparatori", comprendente gli articoli da 77 a 82, e un "titolo II" relativo a "I bandi, gli avvisi e gli inviti", che contempla gli articoli da 83 a 90.

All'articolo 77 è stata prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere consultazioni di mercato per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti.

La previsione ripropone la disposizione del codice previgente che aveva recepito l'art. 40 della direttiva 2014/24/UE, con la specificazione che le consultazioni possono essere svolte anche per la scelta delle procedure di gara.

Le consultazioni preliminari di mercato, da attivarsi quindi prima dell'avvio di una procedura selettiva per l'affidamento di un appalto, sono finalizzate alla predisposizione degli atti di gara, allo svolgimento della relativa procedura, nonché a fornire informazioni agli operatori circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse. Altro scopo dichiarato è quello di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e realizzare economie di mezzi e risorse, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati.

Sul punto, un elemento di novità è certamente rappresentato dall'inserimento nella platea dei soggetti consultabili della locuzione "**altri soggetti idonei**", oltre esperti e autorità indipendenti, nonché la specifica per gli operatori del mercato, in luogo della precedente formulazione "partecipanti al mercato". Nel recepire nel testo normativo la giurisprudenza prevalente, tali specificazioni sembrano fugare definitivamente ogni dubbio sulla possibilità di consentire il coinvolgimento nelle consultazioni dei titolari di interessi collettivi e/o diffusi, come ad esempio le associazioni di categoria.

Alla base della consultazione, pertanto, ci deve essere **un'effettiva esigenza dell'amministrazione** di acquisire elementi utili alla predisposizione della documentazione relativa al procedimento selettivo. Tale istituto è particolarmente indicato nel caso in cui la stazione appaltante sia in procinto di avviare appalti complessi o sperimentali, anche con una spiccata componente tecnica o tecnologica, per la quale non ha sufficienti competenze o conoscenze al suo interno.

La consultazione preliminare non costituisce una procedura di aggiudicazione di un contratto, pertanto la norma non specifica in che modo la consultazione debba avvenire, lasciando all'autonoma regolamentazione dell'ente procedente la scelta delle modalità,

rticolo
servizi
servizi
omico
dalle
lizione
rmi al
etto sia
adicato
olo 70,
indica
servizi
ali essi
lità di
resente
nfronto
one e
cuzione
servizi è
l valore
icazione
ma 1. Il
itato al
one del

ppaltanti
nici da
razioni
icazione
niche e
l rispetto
correnza,
onomici,
ti idonei.
operatore
zioni più
18, previa
uisiti di
mento di
mediante
mediante
ione.

purché la consultazione non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e si svolga nel rispetto dei principi di non discriminazione e di trasparenza sia nei confronti dei partecipanti al dialogo, sia dei potenziali futuri partecipanti alla gara.

Le consultazioni preliminari di mercato si distinguono sia dal dialogo competitivo, che consiste in una vera e propria procedura di scelta del contraente, sia dalle indagini di mercato, quali ad esempio quelle preliminari allo svolgimento delle procedure negoziate, che costituiscono procedimenti finalizzati a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC") aveva pubblicato le **Linee Guida n. 14 recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"**, pubblicate nella G.U. del 27/03/2019, n. 73, che contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto delle consultazioni preliminari di mercato. Nelle linee guida veniva spiegato come l'istituto delle consultazioni di mercato sia 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.

Secondo quanto indicato nelle linee guida le stazioni appaltanti pubblicano un avviso, denominato atto o avviso di consultazione preliminare di mercato, con il quale rendono manifesto al mercato l'avvio del procedimento di consultazione. L'avviso di consultazione è pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente, ferma restando la possibilità di disporre ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità. L'avviso contiene la corretta e adeguata esplicitazione dei presupposti e delle finalità che, in concreto, giustificano il ricorso alla consultazione preliminare. In particolare, **la consultazione può riguardare ogni aspetto tecnico** ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo, ferma restando la necessità di evitare che gli apporti informativi forniti costituiscano offerte tecniche o economiche. In ogni caso 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. Gli avvisi o le lettere di consultazione, comunque denominati, specificano le esigenze informative e conoscitive della stazione appaltante procedente, 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, nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione e le modalità di svolgimento.

1.1. Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti.

L'**articolo 78** prevede che quando un candidato o un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione indicata all'art. 77, comma 2, o abbia partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante è tenuta ad adottare **misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso**

alla fase prodromica alla procedura. La norma prevede inoltre che le misure minime orientate ad evitare ciò siano di fornire **comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti** scambiate nel quadro della consultazione e di **fissare termini adeguati alla ricezione delle offerte**. Inoltre, nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, la stazione appaltante prima di provvedere alla loro esclusione 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. Se la stazione appaltante non ritiene adeguate le giustificazioni fornite, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura.

I commi 1 e 2 ricalcano la disciplina delle Linee Guida ANAC n. 14/2019 con particolare riferimento alla possibile asimmetria informativa che la partecipazione alle consultazioni preliminari di mercato può comportare in favore di un operatore economico.

Nell'elaborazione del nuovo testo normativo seguendo - come prescritto dall'art. 1, comma 2, lett. a) della l. n. 78 del 2022 - il criterio di stretta aderenza all'art. 41, par. 3 della direttiva n. 2014/24/UE, è stato specificato che, nei casi critici, spetta al candidato o all'offerente provare che la sua partecipazione alla preparazione o scelta della procedura non gli ha garantito un particolare vantaggio competitivo. La soluzione positivistata risulta coerente con il principio di prossimità della prova e supera quanto in precedenza sinteticamente indicato al punto 5.4 delle Linee Guida ANAC n. 14/2019. Viene precisato nella relazione del Consiglio di Stato che le Linee Guida ANAC n. 14/2019 restino, nel complesso, o superate o assorbite dalle nuove disposizioni.

Secondo quanto indicato nelle Linee Guida 14/2019 le stazioni appaltanti dopo aver esaminato criticamente i contributi ricevuti, ed averli valutati in modo oggettivo e comparativo, in rapporto alle effettive esigenze dell'amministrazione, li utilizzano ai fini dell'eventuale procedimento selettivo, nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza, concorrenza e non discriminazione. Le misure adottate dalla stazione appaltante sono volte a 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. Costituiscono 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.

Costituiscono misure adeguate ulteriori: la convocazione, adeguatamente pubblicizzata, di un evento pubblico ove svolgere una consultazione collettiva aperta.

In attuazione di quanto previsto ai precedenti paragrafi, la stazione appaltante:

a) rende 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. In ogni caso, la stazione appaltante, 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.

b) fissa 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.

Ai fini della procedura selettiva, la stazione appaltante elabora il contenuto di dati, documenti e informazioni ricevuti attraverso la consultazione preliminare ed esclude 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 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 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.

2. Specifiche tecniche ed etichettature

Gli **articoli 79 e 80**, dedicati alle specifiche tecniche ed alle etichettature, in ragione del contenuto di dettaglio della pertinente disciplina, si limitano a rinviare a quanto previsto dall'**Allegato II.5**; quest'ultimo **accorpa l'allegato XIII** del decreto legislativo n. 50 del 2016, a sua volta riproduttivo dell'allegato VII della direttiva n. 2014/24/UE (che contiene le definizioni stipulative rilevanti in materia), nonché il disposto degli artt. 68 e 69 del decreto legislativo n. 50 del 2016; l'accorpamento è stato realizzato procedendo anche ad una semplificazione di tipo espressivo.

Nell'allegato II.5 alle definizioni segue la disciplina sostanziale delle specifiche tecniche e delle etichettature, che ripropone quella della direttiva; quest'ultima, a sua volta, è il precipitato di una ormai risalente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (cfr. considerando 74 della direttiva n. 2014/24/UE; per quanto concerne le specifiche tecniche, già con riferimento alla direttiva n. 2004/18/CE, si veda la sentenza 10 maggio 2012 Commissione c. Paesi Bassi in causa C-368/10; con riferimento all'art. 42 della direttiva n. 2014/24/UE si veda la sentenza 25 ottobre 2018, Roche Lietuva UAB in causa C-413/17).

3. Avvisi di pre-informazione.

Entro il 31 dicembre di ogni anno, le stazioni appaltanti rendono nota l'intenzione di bandire per l'anno successivo appalti, pubblicando sul proprio sito istituzionale un avviso di pre-informazione recante le informazioni di cui all'allegato II.6, parte I, lettera B, sezione B.1 (comma 1). Nella relazione illustrativa si evidenzia che l'**articolo 81** recepisce l'art. 48 della direttiva n. 2014/24/UE; la direttiva dettaglia il contenuto degli avvisi di preinformazione nell'allegato V che, già con il decreto legislativo n. 50 del 2016, si rinvia, con contenuto identico a quello unionale, nell'allegato XIV del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Con il nuovo codice le informazioni in questione sono inserite nell'**Allegato II.6**. Si tratta di una forma di pubblicità già prevista, ma la novità introdotta dalla direttiva 2014/24/UE (art. 48) riguarda la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, definite come "tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali" dall'art. 2 della richiamata direttiva, di indire una gara, esclusivamente in caso di procedura

ristretta o preinformazi interesse.

Pertanto, non **determinare** debbono ave regolatrice di Nel caso in competitiva comma 1, let **di preinform** previsione si preinformazi pubblici, ai suggerito nel amministrazione attribuito, qua svolto.

Conseguentem o di un avviso. appaltante spe caratterizzate alla procedura all'operatore lettera di invito o, quantomeno determinazione "negoziare sen regolatrice vie Nel complesso che la precede, una procedura dell'art. 59, con la legge regol ricostruzione st sensi degli artt. 2018, n. 159).

Il comma 1 pre dell'Unione Eu **nazionale dei** complessiva sec grazie all'accen bandi e avvisi p legale, art. 84, c nonché, in ambi Il meccanismo dell'art. 1, lett. digitalizzazione

ristretta o procedura competitiva con negoziazione, attraverso un avviso di preinformazione con il quale si invitano gli operatori economici a manifestare il proprio interesse.

Pertanto, non solo i bandi ma anche alcuni **“avvisi” possono costituire atti idonei a determinare la legge regolatrice della gara**: si tratta dunque di capire quale natura debbono avere i suddetti “avvisi” per sortire l’effetto di fotografare e congelare la legge regolatrice di tutti gli atti di gara, compresa la stessa *lex specialis*.

Nel caso in cui l’appalto sia aggiudicato mediante procedura ristretta o procedura competitiva con negoziazione, le amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 1, lettera c), possono, in deroga al primo periodo del comma, utilizzare un **avviso di preinformazione secondo quanto previsto dai commi 2 e 3 dell’articolo 70**” e da tale previsione si desume che rilevanti ai fini di che trattasi, sarebbero solo gli avvisi di preinformazione ai sensi dell’art. 70, e non anche gli avvisi che la stazione appaltante pubblici, ai sensi dell’art. 66, al fine di acquisire informazioni utili. Tuttavia viene suggerito nella relazione illustrativa che la natura di un avviso pubblicato da una amministrazione aggiudicatrice deve essere desunta, non tanto dal nome che gli è stato attribuito, quanto piuttosto dal suo contenuto e dalla funzione che in concreto esso ha svolto.

Conseguentemente nelle procedure negoziate senza preventiva pubblicazione di un bando o di un avviso, la legge regolatrice di gara viene determinata dal momento in cui la stazione appaltante spedisce la lettera di invito: tali procedure sono disciplinate dall’art. 63 e sono caratterizzate dal fatto che la stazione appaltante, oltre ad individuare i soggetti da invitare alla procedura, “negozia” con gli stessi le condizioni contrattuali, aggiudicando la gara all’operatore “che ha offerto le condizioni più vantaggiose” (cfr. art. 63, comma 6): la lettera di invito, quindi, in questo tipo di procedure non individua le condizioni contrattuali o, quantomeno, non le individua in maniera compiuta, lasciando alla trattativa spazi per la determinazione del futuro contratto: queste sono, dunque, le caratteristiche delle procedure “negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara” in relazione alle quali la legge regolatrice viene determinata dal momento di spedizione della lettera di invito.

Nel complesso, quando non vi siano differenze sostanziali tra la lettera di invito e l’avviso che la precede, esso deve essere qualificato come un avviso di preinformazione relativo ad una procedura ristretta. In quanto tale l’avviso può e deve essere considerato, ai sensi dell’art. 59, comma 5, del codice, quale atto di indizione della gara, idoneo a determinare la legge regolatrice; la successiva lettera di invito non risulta incompatibile con tale ricostruzione stante che essa, per la funzione svolta, può essere equiparata ad un invito ai sensi degli artt. 59, comma 5, seconda parte, e 75, comma 2. (così TAR Torino, 06 febbraio 2018, n. 159).

Il comma 1 prevede che la trasmissione dei dati degli avvisi all’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione Europea, ove richiesto dalla direttiva, avviene per il tramite della **Banca dati nazionale dei contratti** di cui all’art. 23 del codice; la soluzione è coerente con la complessiva scelta di digitalizzazione e semplificazione del ciclo di vita dei contratti, anche grazie all’accentramento presso ANAC delle attività di trasmissione e/o pubblicazione di bandi e avvisi prescritte obbligatoriamente in ambito europeo (tanto ai fini della pubblicità legale, art. 84, commi 1 e 2, che di pubblicità notizia, art. 84, comma 3 e 85, comma 3) nonché, in ambito nazionale, ai fini di pubblicità legale (art. 85, commi 1, 3, 4).

Il meccanismo rafforza la funzione di supporto di ANAC alle stazioni appaltanti prevista dall’art. 1, lett. b) della legge delega - l. n. 78/2022 - e fornisce un impulso alla digitalizzazione ai sensi della lett. m) della medesima legge delega, venendo ad essere la

Banca dati ANAC lo snodo della digitalizzazione delle procedure. La soluzione adottata, ai sensi dell'art. 19 del codice, si iscrive in un corpus normativo dà attuazione alla funzione normativa statale di coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione, prevista dall'art. 117, comma 2, lett. r) della Costituzione.

Non è stata ritenuta accoglibile la proposta emersa in sede di Conferenza Unificata di rendere facoltativo l'avviso di pre-informazione per i contratti sotto soglia, in quanto il predetto avviso è coesistente agli obblighi di trasparenza negli affidamenti sotto soglia. Il comma 2 prevede i presupposti al ricorrere dei quali le stazioni appaltanti sub-centrali possono utilizzare un avviso di pre-informazione come strumento di indizione della gara, nei casi si avvalgano per la scelta del contraente, delle procedure ristrette o delle procedure competitive di negoziazione; per l'individuazione del contenuto necessario dell'avviso, si richiama l'allegato II.6, lett. B, sezione B.1 e B.2. Il **comma 3** dispone che, qualora si sia adoperato l'avviso di pre-informazione per l'indizione della gara, se ne dia notizia sul sito istituzionale della stazione appaltante, come forma di pubblicazione "supplementare" a livello nazionale.

Il **comma 4**, con riferimento ai servizi "sociali ed assimilati", prevede il recepimento dell'art. 48 della direttiva 2014/24/UE, che è avvenuto, a differenza di quanto accaduto con il decreto legislativo n. 50 del 2016, in termini non perfettamente letterali; la scelta è dettata da ragioni di semplificazione espositiva e contenutistica.

L'art. 48 della direttiva consentiva, infatti, che l'avviso di pre-informazione potesse coprire un periodo "più lungo di 12 mesi", demandando al legislatore nazionale una opzione, che è in effetti stata esercitata già con il decreto legislativo n. 50 del 2016; quest'ultimo aveva infatti previsto, all'art. 70, comma 3, la possibilità che l'avviso di pre-informazione coprisse un "periodo più lungo di dodici mesi e non superiore a 24 mesi"; la tempistica pari a 24 mesi viene riproposta con il presente codice; inserito un termine massimo puntuale e compatibile con la direttiva ne consegue l'inutilità dell'ulteriore ovvia precisazione che si tratti di un tempo altresì "più lungo di 12 mesi", come ancora prescritto dal decreto legislativo n. 50 del 2016.

4. Documenti di gara

L'**articolo 82** al comma 1 **definisce quali sono i documenti di gara** (a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito; b) il disciplinare di gara; c) il capitolato speciale; d) le condizioni contrattuali proposte) e stabilisce al comma 2 che "*in caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara*". La relazione illustrativa del codice specifica che la norma in esame è di nuova introduzione risponde ad una esigenza di chiarezza, precisando quali sono i principali documenti di gara che la stazione appaltante deve predisporre e, in caso di contrasto, quale di essi debba ritenersi prevalente. Inoltre appare in coerenza con la giurisprudenza, in particolare, fra le più recenti, con le sentenze (in tema fra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2022, n. 7573, secondo cui il bando di gara rappresenta il "*documento fondamentale*" del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria "legittimazione" funzionale) necessariamente dal primo. Se ne trae il corollario di una gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le