

IPSOA

Giornale di diritto amministrativo

Bimestrale di legislazione, giurisprudenza, prassi e opinioni

ISSN 1591-559X - ANNO XXVI - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

1/2020

 edicolaprofessionale.com/GDA

**Algoritmi e poteri pubblici:
un rapporto incendiario**

La giustizia amministrativa nel 2020

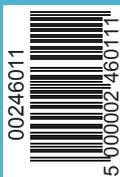
**Provvedimento amministrativo
e atti di accertamento tecnico**

DIRETTORE SCIENTIFICO
Sabino Cassese

COMITATO SCIENTIFICO
Edoardo Chiti
Giulio Napolitano
Giulio Vesperini

COMITATO DI INDIRIZZO
Francesco Battini
Luigi Carbone
Luisa Torchia

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 355/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

Procedure di gara - Verifica dell'infungibilità di beni, prestazioni e servizi

Consiglio di Stato, Sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302 - Pres. Garofoli - Est. Maiello - Althea Italia S.p.a. c. Asl Brindisi

Nelle consultazioni preliminari la stazione appaltante deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore, ma, ai fini in questione, le suddette sollecitazioni devono muovere da un quadro fattuale e giuridico di sicura affidabilità quanto ai vincoli che, nella prospettazione dell'Amministrazione, condizionano la possibilità di un effettivo confronto concorrenziale.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, sent. 16 novembre 2018, n. 1497; TRGA Trento, SS.UU, sent. 20 dicembre 2019, n. 176.
Diforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

(omissis)

Le consultazioni preliminari di mercato

di Claudio Guccione

L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici, ma non possono essere utilizzate, come nella fattispecie in esame, per indebite restrizioni del mercato senza una adeguata comprova da parte della stazione appaltante della ricorrenza di circostanze eccezionali restrittive della concorrenza.

Premessa

La sentenza del Consiglio di Stato n. 6302/2019 rappresenta un'occasione per indagare su uno strumento previsto dal nostro Codice dei contratti

pubblici - le consultazioni preliminari di mercato (1) - che, pur rappresentando potenzialmente un mezzo particolarmente utile al fine della predisposizione della *lex specialis* di gara, ha trovato,

(1) L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato non ha, ad oggi, ricevuto ancora particolare attenzione dalla dottrina. Tuttavia, per un approfondimento sul tema, si possono confrontare: A. Cianflone - G. Giovannini, "L'appalto di opere pubbliche", XXII ed., tomo I, Milano, 2012, 559 ss.; R. De Nictolis, "I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017", Bologna, 2017, 1201 ss.; F. Gambardella, "Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato. Intorno a una recente proposta di Linee Guida dell'ANAC", 5 aprile 2017, in *Federalismi.it*, n. 7/2017; F. Gambardella, "Le regole del dialogo e

la nuova disciplina dell'evidenza pubblica", Torino, 2016, 81 ss.; L. Perfetti, "Codice dei Contratti Pubblici Commentato", Milano, 2017; L. Torchia, "Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo", in questa *Rivista*, 2016, 5, 605 ss.; S. Usai, "Le consultazioni preliminari nel nuovo codice degli appalti e delle concessioni", in *oggipa.it*; V. Viti, "Consultazione preliminare di mercato e dialogo competitivo, nell'ottica dell'accentuazione della discrezionalità dell'amministrazione e della flessibilità procedurale", in *italiappalti.it*, 15 marzo 2017.

tuttavia, fino ad oggi, una applicazione soltanto limitata.

Ciò che viene esaminato, in particolare, nel caso in esame è l'utilizzo del predetto strumento quale mezzo per verificare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni e servizi che formeranno oggetto di successivo affidamento, al fine di scegliere la procedura di affidamento più consona alla reale situazione esistente sul mercato di riferimento.

Per far ciò, tuttavia, è necessario - secondo quanto sapientemente indicato dal Collegio giudicante, in parziale riforma della pronuncia del Tribunale territoriale gravata - evitare di introdurre, già in sede di consultazioni preliminari di mercato, restrizioni alla concorrenza che non siano strettamente giustificate ed imposte dalla normativa speciale del settore di riferimento.

Di seguito, ripercorsi in sintesi i fatti all'origine della controversia ed effettuata una breve disamina della normativa che regola lo strumento in questione, si esaminerà la soluzione adottata dal Consiglio di Stato, al fine di comprendere quando siano giustificate limitazioni a monte già nella fase pre-gara e quando, invece, le stesse vadano evitate, con il precipuo scopo di garantire - in conformità ai principi comunitari - la massima apertura del mercato.

La vicenda

Nel giudizio di primo grado, esitato con la sentenza T. A.R. Lecce n. 164 del 31 gennaio 2019, parzialmente riformata dal Consiglio di Stato, la società ricorrente adiva il Tribunale Amministrativo al fine di ottenere l'annullamento dell'avviso di consultazione preliminare di mercato pubblicato dall'ASL di Brindisi, avente ad oggetto l'individuazione di "operatori economici diversi dal costruttore" per il futuro affidamento di servizi di manutenzione di apparecchiature elettromedicali (nello specifico, un sistema PET/TAC prodotto dalla ditta GE Health Care).

In particolare, ciò che veniva contestato innanzi al tribunale territoriale era l'indicazione, già in sede di consultazione di mercato, di requisiti specifici in capo all'operatore economico, dovendosi dimostrare e garantire la disponibilità di "tutte le parti di ricambio originali necessarie a non far decadere la marcatura CE", di "tecnici formati ed autorizzati dal fabbricante ad intervenire sull'apparecchiatura" e di personale tecnico "costantemente istruito per la manutenzione sia on site che da remoto dal produttore".

Tali requisiti, secondo quanto prospettato dalla ricorrente, assumevano una valenza restrittiva della concorrenza e preclusiva rispetto alla partecipazione degli operatori economici alla consultazione stessa. Ed invero, prima ancora di pubblicare l'avviso gravato, nel mese di novembre 2018 la ASL - rilevato il potenziale carattere di infungibilità della prestazione di manutenzione del dispositivo medico in questione, poiché, in ragione dell'elevata tecnologia dell'apparecchiatura elettromedicale e della complessità delle operazioni per la sua manutenzione, l'unico operatore economico con le capacità scientifiche e tecniche per il servizio di manutenzione in oggetto sembrava essere il costruttore o un suo consociato - si determinava ad avviare una specifica istruttoria, in conformità all'art. 31, comma 8, L.R. Puglia n. 4/2010, volta ad accertare che sul mercato fosse effettivamente presente un unico operatore in grado di garantire la fornitura.

Lo strumento prescelto per compiere la predetta istruttoria circa l'infungibilità del servizio manutentivo è stato appunto quello della consultazione preliminare di mercato *ex art. 66, D.Lgs. n. 50/2016*, nell'ambito del cui avviso venivano, tuttavia, indicati e richiesti, ai fini della partecipazione alla consultazione stessa, i requisiti minimi sopramenzionati, poiché ritenuti essenziali per la perfetta esecuzione del servizio.

Ebbene, secondo la prospettazione della società ricorrente, porre a monte dei requisiti preclusivi della partecipazione alla consultazione di mercato si pone in aperto contrasto con il principio di libera concorrenza, del *favor participationis* e della parità di trattamento, violando in definitiva la *ratio* stessa dell'istituto previsto dal Codice dei Contratti.

La disciplina delle consultazioni preliminari di mercato e le Linee Guida ANAC n. 14/2019

Prima di entrare nel merito della decisione assunta dai giudici amministrativi nello specifico caso in esame, si rende necessaria una breve disamina dello strumento delle consultazioni preliminari di mercato, introdotto per la prima volta nel panorama dei contratti pubblici con le Dir. europee nn. 2014/24/UE e 2014/25/UE (2), sotto la rubrica "preparazione" allo svolgimento della gara.

La disciplina europea è stata recepita fedelmente nel nostro ordinamento all'art. 66, D.Lgs. n. 50/2016 (3), dal quale emerge chiaramente la duplice funzione a

(2) Le disposizioni di riferimento sono gli artt. 40 e 41, Dir. 2014/24/UE e gli artt. 58 e 59, Dir. 2014/25/UE.

(3) Art. 66, D.Lgs. n. 50/2016: "1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono

carattere informativo delle consultazioni preliminari. Se da un lato, infatti, questo strumento consente di far pervenire alla stazione appaltante elementi di conoscenza utili per la predisposizione e lo svolgimento della procedura di gara, dall'altro, consente anche di informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti richiesti per la partecipazione a questi ultimi.

L'istituto viene presentato fin da subito come uno strumento preliminare, facoltativo e non decisivo (4), rispetto all'avvio di una eventuale successiva gara d'appalto, trattandosi di una procedura che si svolge, quindi, tra la fase di programmazione e quella della determinazione a contrarre, ovvero in una fase prodromica rispetto alla decisione di bandire una gara. È proprio per il tramite di questo strumento, infatti, che l'Amministrazione aggiudicatrice può reperire le ulteriori informazioni di cui ha bisogno per predisporre la *lex specialis* di gara e individuare il tipo di procedura più adatta per la gara da bandire, ovvero può informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

Il ricorso alle procedure di consultazione risulta, pertanto, del tutto facoltativo ed è rimesso alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Tuttavia, sotto tale aspetto, nella relazione illustrativa alle recenti Linee Guida dedicate specificatamente alle consultazioni preliminari di mercato (5), l'ANAC ha chiarito come, seppur non obbligatorio, il ricorso alla consultazione preliminare di mercato

risulti consigliabile e opportuno nel momento in cui la stazione appaltante non abbia ben chiari i propri fabbisogni e debba calibrare i propri obiettivi, anche in relazione all'assetto del mercato di riferimento (6). Come noto, infatti, con delibera n. 161, 6 marzo 2019 l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha adottato le Linee Guida n. 14, contenenti specifiche "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato", con il preciso scopo di incentivare l'uso dell'istituto e promuoverne il legittimo esercizio, trattandosi di uno strumento del tutto inedito nel panorama nazionale e, seppur utilissimo, ancora poco sfruttato nella prassi.

Le consultazioni preliminari hanno, infatti, un ruolo fondamentale al fine di colmare quelle asimmetrie informative che in determinati tipi di mercati, come quelli ad alta specializzazione tecnica e tecnologica, possono venire in rilievo. Tramite un diretto confronto con i privati nella fase pre-gara (7), infatti, l'Amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di meglio conoscere gli aspetti tecnici degli acquisti che deve affrontare, potendo, di conseguenza, predisporre una *lex specialis* più consapevole e consentendo al mercato di produrre offerte più efficacemente orientate al bisogno pubblico da soddisfare (8).

L'istituto in oggetto rappresenta, dunque, uno strumento di collaborazione tra pubblico e privato (9) e risponde anche a finalità di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, atteso che consente di diminuire il rischio che le gare vadano deserte (10).

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. 2. Per le finalità di cui al comma 1, 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".

(4) Tali caratteri emergono già dalla lettera dell'art. 40, comma 1, Dir. 2014/24/UE: "Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi".

(5) Linee Guida ANAC n. 14/2019, cit., adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, così come novellato dal decreto legislativo n. 56/2017 e contenenti indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, di cui agli artt. 66 e 67 del Codice.

(6) Si legge nella medesima relazione che "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 precedente". Al contrario, è escluso il ricorso alle consultazioni per

quegli appalti di cc.dd. *routine* o *standard*: sul punto, si è espresso anche il Consiglio di Stato nel parere n. 455, 14 febbraio 2019, sottolineando l'opportunità di escludere l'applicazione delle consultazioni preliminari di mercato per gli appalti di *routine* e *standard* perché questi ultimi si pongono in palese contrasto con la finalità stessa dell'istituto in esame.

(7) Sulla partecipazione di soggetti privati nella consultazione cfr. F. Gambardella, in "Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato", cit., il quale evidenzia la differente natura che la consultazione preliminare assume in virtù dei soggetti coinvolti nella stessa: da uno strumento istruttorio se coinvolti esperti e autorità di garanzia, può diventare più uno strumento pre-negoziale se impiegato per sollecitare consulenze degli operatori di mercato.

(8) In questo senso il T.A.R. Calabria, Sez. I, sent., 11 giugno 2018, n. 340, ha statuito che: "Trattasi di uno strumento a disposizione delle stazioni appaltanti, le quali possono avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato al quale si rivolge l'appalto prima dell'indizione di una procedura di affidamento, così individuando le soluzioni tecniche in grado di soddisfare al meglio i fabbisogni della stazione appaltante".

(9) Sul punto, cfr. *Relazione illustrativa alla Linee guida ANAC*, n. 14/2019, cit.

(10) Nelle medesime Linee Guida, l'ANAC si preoccupa di distinguere le consultazioni preliminari di mercato da altri strumenti previsti dal Codice, aventi finalità differenti. La prima distinzione che viene in rilievo si ha tra consultazioni preliminari e dialogo

Le Linee Guida ANAC n. 8/2017 e la verifica dell'infungibilità dei beni, servizi o prestazioni

Nell'ambito del fine informativo sopra enunciato si inserisce una ulteriore e più specifica funzione delle consultazioni preliminari di mercato, laddove esse possono essere validamente utilizzate come strumento per verificare l'eventuale natura infungibile dei beni, dei servizi o delle prestazioni oggetto della gara che la stazione appaltante intende bandire. Difatti, il confronto con il mercato in via preventiva ben può consentire all'Amministrazione di avvedersi se esista o meno una platea più ampia di soggetti cui potersi rivolgere.

Le risultanze delle consultazioni, che confluiscono nella determina a contrarre, consentono, quindi, alla stazione appaltante di individuare la tipologia di gara maggiormente rispondente alle peculiarità e specialità del servizio o della prestazione richiesti, rendendosi in taluni casi addirittura necessarie al fine di dimostrare la sussistenza dei presupposti che legittimano il ricorso a procedure diverse da quella aperta, come, per l'appunto, quella negoziata senza previa pubblicazione del bando nel caso di forniture e servizi infungibili.

In particolare, come evidenziato anche nella pronuncia in commento di cui si dirà subito appresso, la verifica dell'eventuale natura infungibile dei beni, dei servizi o delle prestazioni di cui l'Amministrazione

necessita va svolta secondo criteri di particolare attenzione e completezza, atteso che il carattere dell'infungibilità rappresenta uno dei presupposti che consentono di derogare al principio di massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici. Seppur poi l'adozione di scelte limitative della concorrenza è comunque consentita solo se adeguatamente e specificatamente motivata in relazione all'impossibilità di potersi rivolgere ad un operatore indistinto sul mercato.

Sul punto, è indispensabile prendere in considerazione anche il contenuto delle Linee Guida n. 8, ANAC (11), in tema di procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, nell'ambito delle quali si definisce "infungibile" quel bene o quel servizio che, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non può essere sostituito.

L'Autorità Anticorruzione ha chiarito che non esiste una soluzione unica per prevenire o superare i fenomeni connessi all'infungibilità (12), ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di garantire comunque la concorrenza, la non discriminazione e l'effettiva trasparenza sul mercato. Dunque, per poter legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nel caso di infungibilità di beni e/o servizi, il primo passo è proprio quello di "accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene" (13). La stazione appaltante dovrebbe, in primo luogo, cercare di

competitivo, laddove le prime non costituiscono in alcun modo una procedura di affidamento di un contratto pubblico mentre il secondo consiste in una vera e propria procedura di scelta del contraente, mediante cui la stazione appaltante instaura un dialogo con i partecipanti al fine di individuare i mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Allo stesso modo, l'istituto in esame deve essere tenuto distinto dalle indagini di mercato, quali, ad esempio, quelle preliminari allo svolgimento delle procedure negoziate, che costituiscono procedimenti diretti a selezionare gli operatori economici da invitare alla successiva gara.

Ne discende, in via generale, che, in ogni caso, la consultazione preliminare di mercato non può mai considerarsi quale procedura selettiva né può costituire, dunque, condizione di accesso alla gara che la stazione appaltante eventualmente andrà a bandire.

(11) Linee Guida ANAC n. 8/2017, cit. tali Linee Guida sono state adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 e sono, dunque, di natura non vincolante.

(12) Come rilevato dall'ANAC, il carattere dell'infungibilità di una prestazione spesso è determinato dai comportamenti strategici degli operatori economici, nell'ambito di un fenomeno definito di "lock-in". Si tratta di casi in cui l'Amministrazione non può sostituire con facilità il fornitore alla scadenza del periodo contrattuale poiché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo operatore di subentrare al precedente.

Sul punto, cfr. Gambardella F., *Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato*, cit.: "il rischio che comporta il lock-in per la P.A. è, sostanzialmente, quello di essere catturata dal contraente che a suo vantaggio costruisce (...) una rendita di

posizione, conseguente anche alla possibilità, per chi offre un prodotto o un servizio infungibile, di praticare un prezzo più elevato, dovendosi confrontare con una domanda inelastica perché poco sensibile alle variazioni di prezzo".

(13) Cfr. Linee Guida ANAC n. 8/2017, cit.

Sul punto, la giurisprudenza ha confermato che spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o del servizio che intende acquistare (cfr. Cons. Stato., Sez. III, sent., 8 gennaio 2013, n. 26).

Una pronuncia che merita particolare menzione sull'argomento è la sent., Cons. Stato 28 gennaio 2011, n. 642, secondo cui l'unicità delle prestazioni infungibili deve essere apprezzata unitariamente, verificando in concreto se, per la particolare complessità del prodotto da acquisire ovvero per le peculiari caratteristiche del servizio da affidare, non vi sia sul mercato altro soggetto in grado di soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. Non si tratta, dunque, di una unicità in senso assoluto, bensì di una infungibilità relativa, da valutarsi caso per caso tenendo conto di tutte le esigenze specifiche e peculiari che caratterizzano il prodotto o il servizio da affidare, anche perché "sarebbe ben difficile in rerum natura rinvenire esempi di fornitore unico in astratto o, il che è identico, di prodotto o servizio offerto da un solo fornitore" (ancora, Cons. Stato n. 642/2011, cit.). In quest'ottica, nel caso esaminato dal Supremo Collegio, è stata ritenuta legittima l'interpretazione dell'amministrazione che ha considerato "unico" il prodotto (informatico) che, in quel momento, era pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti.

prevenire a monte l'insorgere di forme di infungibilità di prodotti o servizi mediante una consapevole programmazione dei propri fabbisogni, considerando, oltre che i costi immediati, anche quelli riferiti all'intero ciclo di vita del prodotto; in secondo luogo, è opportuno che osservi il comportamento di acquisto di altre amministrazioni che hanno in precedenza soddisfatto analoghi servizi pubblici; da ultimo, se tale analisi non è soddisfacente, dovrebbe rivolgersi al mercato attraverso adeguate consultazioni preliminari per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili (14).

La sentenza del Consiglio di Stato n. 6302/2019 (15)

Nel contesto delineato dalla normativa sopra richiamata si inserisce il caso all'esame dello scrivente in cui, come sopra premesso, la ASL di Brindisi ha utilizzato le consultazioni preliminari di mercato ex art. 66 del Codice per verificare la sussistenza sul mercato di una platea di operatori economici in grado di svolgere il servizio di manutenzione sul sistema PET/TAC in dotazione, prefissando a monte la necessità che fossero garantiti i seguenti requisiti minimi: disponibilità di "tutte le parti di ricambio originali necessarie a non far decadere la marcatura CE", di "tecnici formati ed autorizzati dal fabbricante ad intervenire sull'apparecchiatura" e di personale tecnico "costantemente istruito per la manutenzione sia on site che da remoto dal produttore".

Il giudizio di primo grado è esitato nella sentenza di rigetto da parte del T.A.R. Lecce n. 164/2019 con cui, pur riconoscendo che i contenuti della consultazione effettivamente determinassero una evidente drastica riduzione della platea dei possibili concorrenti, il Collegio giustificava tale circostanza quale necessaria conseguenza della specificità e della complessità dei macchinari in oggetto, connesse alla "loro 'delicatissima' funzione diagnostica, alla necessità di garantire la loro perfetta, costante operatività, alla sostanziale impossibilità di mantenerli utilizzando pezzi di

ricambio 'non originali' o personale non autorizzato dalla 'casa madre'".

A detta del Collegio di prime cure, l'Amministrazione avrebbe ben operato, riuscendo a contemperare, pur nei ristretti limiti consentiti dal caso di specie, le indefettibili specificità del caso con le esigenze di apertura del mercato. Difatti, la ASL aveva comunque esteso la platea a quanti più soggetti possibili, considerando anche soggetti che, pur diversi dal costruttore, fossero comunque in grado di intervenire con livelli di efficienza del tutto assimilabili a quelli che avrebbe assicurato il costruttore stesso (16).

La predetta pronuncia veniva dunque appellata dalla medesima società lamentando, tra l'altro, l'erroneo e distorto uso fatto dello strumento delle consultazioni preliminari di mercato, da un lato, fissando illegittimamente dei requisiti di partecipazione limitativi della concorrenza "a monte" e non "a valle" della consultazione e, dall'altro, equiparando *in toto* i requisiti del manutentore con quelli del produttore, così restringendo ulteriormente la concorrenza.

In effetti, restrizioni alla concorrenza nel mercato della manutenzione dei dispositivi diagnostici sono state già oggetto di disamina nell'ordinamento giuridico, pervenendo anche ad apposita istruttoria da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (17), su segnalazione di alcuni operatori economici, volta a verificare il possibile abuso di posizione dominante da parte delle imprese produttrici di dispositivi di diagnostica per immagini, perpetrato adottando comportamenti idonei proprio ad ostacolare lo sviluppo della concorrenza nella manutenzione dei predetti dispositivi elettromedicali.

Anche la giurisprudenza si è, invero, più volte trovata a valutare la legittimità o meno di bandi di gara aventi ad oggetto la manutenzione di apparecchiature elettromedicali in cui venissero previste apposite clausole che riconoscessero alle aziende produttrici l'esclusiva anche su alcuni segmenti del processo manutentivi, il più delle volte dichiarandole

(14) Sul punto cfr. Cons. Stato, comm. spec., 19 luglio 2017, n. 1708: "Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte in ossequio ai principi di trasparenza e massima partecipazione, al fine di non falsare la concorrenza.

Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a confermare l'esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell'art. 63, comma 1, codice il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando ovvero individuare l'esistenza di soluzioni alternative. I risultati delle soluzioni individuate a seguito delle consultazioni preliminari di mercato sono riportati nella determina a contrarre".

(15) La sentenza in commento è stata seguita, sul piano interpretativo, dalla pronuncia del TRGA Trento, sent., 20 dicembre 2019, n. 176, la quale ribadisce il ruolo di semplice sondaggio esplorativo - e giammai di fase di selezione pre-gara - delle consultazioni preliminari di mercato e la loro utilità nell'individuazione di prestazioni infungibili.

(16) Ad esempio, in ragione di rapporti convenzionali con il medesimo costruttore.

(17) Cfr. AGCM, Prov. n. 27007 reso nell'Adunanza del 31 gennaio 2018.

illegittime poiché in violazione del principio di massima partecipazione (18).

Ebbene, nel solco della medesima *ratio*, in parziale accoglimento delle suddette censure di appello, il Consiglio di Stato, con la sent. n. 6302 (19) del 29 settembre 2019 in esame, ha applicato gli stessi principi anche in ambito di consultazioni preliminari di mercato, ritenendo in parte illegittimo l'avviso gravato, laddove le restrizioni imposte a monte dall'Amministrazione nella fase pre-gara non sono risultate giustificate dalla normativa comunitaria e nazionale, né dalle caratteristiche del settore di riferimento, impedendo così di verificare in concreto se vi fossero altre soluzioni parimenti idonee nel mercato.

Anzitutto, dopo una panoramica sulla normativa nazionale ed europea che disciplina l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, sintetizzata da ultimo nel parere licenziato dallo stesso Consiglio di Stato n. 455/2019, il Collegio ha ribadito la necessaria collocazione di tale strumento in una *fase antecedente alla gara vera e propria*, "non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi" (20). Tale ultimo passaggio è stato confermato dal Consiglio di Stato nella pronuncia in esame, specificando che una limitazione rispetto al confronto concorrenziale può essere adottata solo se sostenuta da una specifica motivazione circa la sostanziale impossibilità per la stazione appaltante di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi in maniera indistinta a tutti gli

operatori del mercato: impossibilità che deve essere "rigorosamente accertata".

In tale ottica, secondo i supremi Giudici amministrativi, la stazione appaltante può servirsi delle consultazioni preliminari di mercato proprio per acquisire le informazioni necessarie ai richiamati fini istruttori e per fondare la motivazione delle proprie scelte.

Nel caso specifico all'esame del Collegio la necessità di verificare l'infungibilità dei beni oggetti di gara era poi espressamente prescritta dalla normativa regionale di riferimento (art. 31, comma 8, L.R. n. 4/2010), trattandosi di forniture in cui è richiesto un determinato grado di perfezione tecnica.

E proprio per tale ragione, nel valutare i motivi censura dell'appellante il Collegio non ha ritenuto illegittime in via indistinta tutte le restrizioni poste nell'avviso in esame, bensì solo quelle non espressamente giustificate dalla disciplina di settore sui dispositivi medici (Dir. 93/42/CEE (21), Reg. 2017/745/UE (22) e, sul versante nazionale, D.Lgs. n. 46, 24 febbraio 1997 (23)).

In particolare, l'unica clausola dell'avviso per la quale si è riscontrata una valida giustificazione negli atti di causa è la prescritta necessità di utilizzo solo di "parti di ricambio originali necessarie a non far decadere la marcatura CE", in quanto derivante direttamente dalle prescrizioni imposte dalla casa produttrice per l'uso sicuro dell'apparecchiatura suggellata dalla marcatura CE.

Diversamente, non sono risultate giustificate le restrizioni alla partecipazione alla consultazione basata sulla presunta necessaria disponibilità delle chiavi di accesso ai software di gestione, controllo e di diagnostica, poiché la stazione appaltante non ha assolto all'onere - prescritto dalla giurisprudenza europea (24) - di dimostrare l'effettiva sussistenza di circostanze eccezionali che giustificano una

(18) Cfr. in tal senso T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, sent., 12 dicembre 2013, n. 1532 e sent., 16 giugno 2014, n. 944; di contrario avviso, invece, il T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, sent., 26 settembre 2014, n. 2556 che ha ritenuto non discriminatoria la clausola del bando nella parte in cui, limitatamente alle "apparecchiature ad elevata complessità manutentiva", prevede che in fase di esecuzione l'attività di manutenzione debba essere svolta, in via esclusiva, dal produttore o da una ditta da esso autorizzata, poiché "ragionevole e sufficientemente motivata dalle esigenze manifestate dalla stazione appaltante costituite, in particolare, dalla necessità che gli interventi di manutenzione si realizzino in tempi brevi e dalla fornitura dei pezzi di ricambio dei dispositivi medici".

(19) Si segnala un precedente conforme alla sentenza qui in esame sempre in materia di servizi di manutenzione di apparecchiature elettromedicali: T.A.R. Firenze, Sez. II, sent., 16 novembre 2018, n. 1497.

(20) In senso conforme: T.A.R. Calabria, n. 340/2018, cit.: "L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, infatti, è

stato delineato dal legislatore alla stregua di una semplice prefase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto.

La partecipazione alla consultazione preliminare non costituisce condizione di accesso alla successiva gara e, anzi, in alcuni casi può risolversi nella successiva incapacità a contrarre con l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del successivo art. 67 c.c.p. "

(21) Dir. 93/42/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici.

(22) Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la Dir. 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le Dirr. 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

(23) D.Lgs. 24 febbraio 1997, n.46, adottato in attuazione della Dir. 93/42/CEE concernente i dispositivi medici e pubblicato in G. U. Serie Generale, n. 54, 6 marzo 1997, Supplemento Ordinario n.49.

(24) *Ex multis*, CGUE, sent., 8 aprile 2008, causa C-337/05.

deroga, gravante sul soggetto che intende avvalersene (nel caso di specie, l'appellante aveva dedotto in giudizio l'intervenuta acquisizione da parte della ASL anche delle chiavi di accesso ai software unitamente al dispositivo e tale assunto non è risultato in alcun modo smentito o contraddetto).

Del pari, il Consiglio di Stato ha ritenuto discriminatoria la clausola secondo cui il personale tecnico chiamato ad effettuare la manutenzione - oltre a possedere i necessari requisiti di specializzazione e di elevata qualificazione - dovesse aver ricevuto apposita formazione presso la stessa casa produttrice del dispositivo diagnostico, in tal modo inserendo un limite non desumibile dalla normativa di settore e precludendo a monte il vaglio di opzioni alternative ed equivalenti sul mercato.

Alla luce delle suddette considerazioni in fatto e in diritto, il Supremo Consesso ha, dunque, ben evidenziato in motivazione che "nelle consultazioni preliminari la stazione appaltante deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore", risultando in tal senso legittime solo quelle limitazioni a monte imposte dai vincoli normativi che nello specifico settore di riferimento condizionano la possibilità di un effettivo confronto concorrenziale.

Conclusioni

Come ampiamente evidenziato nel presente contributo, nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato conferma la considerazione delle consultazioni preliminari quale strumento particolarmente utile, sia per l'Amministrazione aggiudicatrice, sia per gli operatori economici, andando a colmare i *gap* informativi che possono, in taluni ambiti, contraddistinguere

la preparazione di una gara pubblica e la successiva partecipazione alla stessa.

In tal senso, la *ratio* dell'istituto è descritta nel senso di consentire alle stazioni appaltanti di reperire gli elementi di conoscenza utili per la predisposizione e lo svolgimento della procedura di gara, in un momento che si colloca tra la fase di programmazione e quella della predisposizione della delibera a contrarre e, dunque, può risultare utile anche proprio al fine di definire la tipologia di gara che maggiormente risponde alle esigenze pubbliche.

Dal punto di vista del privato, al contempo, la partecipazione alla consultazione preliminare, se da un lato non risulta obbligatoria e/o vincolante per la successiva presentazione della domanda di partecipazione alla eventuale gara bandita dalla medesima Amministrazione aggiudicatrice, d'altro canto consente all'operatore economico di avere informazioni sugli appalti programmati e sui requisiti richiesti per la partecipazione agli stessi, nonché di contribuire a sua volta alla delineazione dei medesimi requisiti, dando informazioni tecniche rilevanti all'Amministrazione aggiudicatrice.

Sotto tale profilo, si rinviene il primo aspetto problematico e in un certo senso limitativo rispetto all'efficacia dell'istituto stesso, laddove il legislatore ha previsto la possibilità - seppur quale ultima *ratio* - che l'operatore economico possa essere escluso dalla successiva gara di appalto se le informazioni dallo stesso rese in sede di consultazioni preliminari si rivelino tali da consentirgli un indebito vantaggio nella predisposizione dell'offerta (25). Pur trattandosi di un'ipotesi mitigata dalle plurime misure preventive che la stazione appaltante può prendere al precipuo fine di evitare una simile situazione di conflitto, si tratta all'evidenza di un aspetto che disincentiva fortemente l'aperto confronto nella fase pre-gara (26).

In disparte da ciò, comunque, lo strumento della consultazione preliminare si rivela particolarmente

(25) Linee Guida ANAC n.14/2019, par. 5.3: "L'esclusione avviene ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80, comma 5 lettera e) del Codice, 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".

Sul punto, il Consiglio di Stato nel parere n. 455/2019 sulle Linee Guida ha precisato che: "l'esclusione dell'operatore economico che ha partecipato all'indagine preliminare possa essere disposta solo nel caso in cui vi sia stato da parte di questi un comportamento volutamente scorretto, nel senso che costui abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato, non potendosi imputare all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità".

(26) Difatti, affinché l'istituto in analisi possa trovare legittima applicazione, la procedura deve essere caratterizzata da imparzialità nei confronti di tutti gli operatori economici: l'amministrazione deve riuscire a trarre l'informazione di cui necessita per meglio gestire la procedura di gara, senza rivelare informazioni ulteriori sui propri fabbisogni che potrebbero avvantaggiare gli operatori consultati rispetto ad altri operatori del mercato. Per tale ragione, ai sensi dell'art. 67, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 si stabilisce che la stazione appaltante debba adottare una serie di misure atte a prevenire i suddetti rischi (ad esempio comunicazione del RUP agli altri candidati delle informazioni pertinenti scambiate nell'ambito della consultazione; la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte; la convocazione, adeguatamente pubblicizzata, di un evento pubblico ove svolgere una consultazione collettiva aperta...).

utile, come evidenziato nella pronuncia in commento, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante deve verificare l'eventuale infungibilità dei beni, servizi, o prestazioni oggetto della futura gara, al fine di definire la tipologia di procedura ad evidenza pubblica più consona rispetto alle peculiarità della fattispecie concreta.

È noto, infatti, che in tali ipotesi l'Amministrazione aggiudicatrice può adottare scelte limitative della concorrenza solo sulla base di una specifica motivazione che garantisca la sostanziale impossibilità di rivolgersi indistintamente al mercato e, allora, la consultazione preliminare può divenire proprio il mezzo attraverso cui precostituirsi la suddetta congrua motivazione, da esplicitare nei successivi atti di gara.

Ciò che viene in rilievo nel caso esaminato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6302/2019 è l'ulteriore aspetto riguardante la possibilità o meno di porre delle limitazioni alla partecipazione sin dalla pre-fase della consultazione preliminare.

Sul punto, si registra un precedente del T.A.R. Firenze, sentenza n. 1497/2018, in cui si era negata del tutto la possibilità per la stazione appaltante di

restringere in partenza la consultazione preliminare ai soli operatori selezionati con criteri che presuppongano come già dimostrata l'infungibilità delle prestazioni richieste, dovendosi al contrario consentire la presentazione di osservazioni e consulenze a tutti gli interessati - a prescindere dal possesso dei requisiti di cui agli artt. 80 e 83 del Codice - proprio allo scopo di raggiungere un certo grado di consapevolezza da parte della stazione appaltante sull'infungibilità stessa delle prestazioni.

Nel caso oggi in commento, invece - ed il chiarimento è interessante - la limitazione alla concorrenza viene giudicata illegittima solo ed esclusivamente con riferimento a quei vincoli che sono stati inseriti dalla stazione appaltante senza essere a monte imposti dalla normativa di riferimento; al contrario, qualora la preclusione alla partecipazione discenda direttamente da una peculiarità tecnica del bene, servizio o prestazione da offrire all'Amministrazione aggiudicatrice, è a quest'ultima concesso di limitare solo agli operatori economici in possesso dei necessari requisiti anche la partecipazione alla pre-fase delle consultazioni preliminari.