

Consultazioni preliminari di mercato: premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità

2 Ottobre 2019

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.

Lo ha chiarito in sede giurisdizionale la Sezione Terza del Consiglio di Stato con la **sentenza n. 6301 del 23 settembre 2019** che ha accolto il ricorso presentato per la riforma di una sentenza di primo grado che aveva respinto l'iniziale ricorso avverso la **consultazione preliminare di mercato** indetta ai sensi dell'art. 66 del **D.Lgs. n. 50/2016** (c.d. *Codice dei contratti*).

Appare utile ricordare il testo dell'**Art. 66** (*Consultazioni preliminari di mercato*) del Codice dei contratti:

«1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici 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 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.».

Come chiarito dalle **Linee guida ANAC n. 8** recanti "Ricorso a procedure

negoziata senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” (Delibera ANAC 13 settembre 2017, n. 950): “Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a confermare l’esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell’art. 63, comma 1, d.lgs. 50/2016 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”.

Ciò vuol dire che 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. L’adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato.

Le determinazioni acquisite durante le consultazioni preliminari devono essere **incontrovertibili**, sì da rendere addirittura inutile il sondaggio pubblico dovendo altrimenti risultare strutturalmente cedevoli a fronte di un possibile diverso esito del sondaggio in questione.

Tanto premesso, nel caso di specie la stazione appaltante ha vincolato la consultazione preliminare sulla scorta di requisiti tracciati in modo rigido. In altri termini, la consultazione di mercato non è ad ampio raggio ma presuppone una prima forte restrizione del mercato, definito sulla scorta dei requisiti tracciati in modo rigido e vincolante dalla stazione appaltante e si rivolge, dunque, esclusivamente agli operatori che, in via di mera tesi, ed in aggiunta al fornitore, già posseggano tali requisiti.

Tanto giustifica la legittimazione e l’interesse ad agire dell’attuale appellante che, pertanto, risulta, a cagione delle suddette condizioni, già in partenza irrimediabilmente escluso dalla suddetta competizione, non essendo le dette condizioni reversibili.

Tanto premesso, secondo Palazzo Spada il suddetto approdo, nell’introdurre le limitazioni oggetto di contestazione, può dirsi solo in parte giustificato dalla disciplina di settore. Giustificazioni che non valgono nel caso di specie.

[sentenza-cds-23.09.2019-6302](#)