



DELIBERA N. 417

14 settembre 2022.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da CMR Surgical S.r.l. - Procedura aperta per fornitura in noleggio di 7 anni, installazione e posa di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per conto dell'IRCCS AOU di Bologna lotto unico - Importo a base di gara: Euro 5.500.000,00 - S.A.: Azienda USL di Bologna.

PREC 70/2022/F

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, artt. 66, 67.

Parole chiave

Consultazioni preliminari di mercato.

Massima

Appalto pubblico – Forniture – Scelta del contraente – Procedura – Consultazioni preliminari di mercato – Caratteristiche – Processo verbale – Obbligo – Non sussiste.

Le consultazioni preliminari di mercato rappresentano una pre-fase della procedura di gara, concepita con caratteri di spiccata informalità, nella quale la documentazione tecnica fornita dagli operatori economici può essere utilizzata dalla Stazione appaltante come apporto informativo ai fini della predisposizione della documentazione di gara, essendo funzionale ad acquisire informazioni utili per la migliore predisposizione della procedura di aggiudicazione. Ne discende che la Stazione appaltante non ha l'obbligo di valutare tutta la documentazione acquisita dagli operatori e di redigere formale processo verbale, diversamente da quanto è tenuta ad effettuare in fase di gara per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche, né tantomeno sussiste l'obbligo di motivare l'utilizzo o il mancato utilizzo delle informazioni acquisite.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 14 settembre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 31314 del 27 aprile 2022, con la quale la Società CMR Surgical S.r.l. ha contestato la consultazione preliminare di mercato condotta dall'Azienda USL di Bologna per la fornitura di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo, in quanto la Stazione appaltante avrebbe tenuto una condotta non conforme agli artt. 30 e 66 del Codice, alle Linee guida Anac n. 14, nonché ai principi di trasparenza, correttezza, non discriminazione e pubblicità dell'azione amministrativa;

RILEVATO che l'istante ha chiesto all'Autorità se è conforme alle Linee guida Anac n. 14, all'art. 97 Cost. e all'art. 30 del Codice: *i/* la condotta della Stazione appaltante che non renda disponibili, ancorché richiesti, i documenti acquisiti dagli operatori economici nel corso di una consultazione di mercato; *ii/* il silenzio serbato dalla Stazione appaltante sulla richiesta di proroga del termine di scadenza di presentazione delle offerte di una procedura di gara preceduta da una preliminare consultazione di mercato, la cui documentazione non è stata messa a disposizione dell'operatore economico; *iii/* la mancata redazione di un processo verbale relativo alle valutazioni effettuate durante la consultazione preliminare di mercato. Con successiva memoria (acquisita al prot. n. 33803 del 4 maggio 2022), la Società istante ha integrato i quesiti formulati chiedendo, in sintesi, se: *iv/* è conforme alla L. 241/90 e al D.Lgs. n. 33/2013, alle Linee guida Anac n. 8 e 14 e agli artt. 30, 66 e 67 del Codice il diniego di accesso ai documenti di una consultazione preliminare di mercato e la condotta della SA che non consenta l'esame della documentazione della consultazione di mercato agli operatori che vi hanno preso parte; *v/* se è conforme alla richiamata normativa l'indagine di mercato basata su un elenco minuzioso dei requisiti tecnici del bene da approvvigionare, identificativi di una determinata tipologia di prodotto;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 34420 del 5 maggio 2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti, in particolare la memoria della SA (acquisita al prot. n. 35177 del 9 maggio 2022) e quella dell'istante (acquisita al prot. n. 35892 dell'11 maggio 2022);

VISTA la nota trasmessa in data 11 maggio 2022 dalla società controinteressata AB Medica S.p.A., con la quale l'Autorità è stata resa edotta della avvenuta presentazione, da parte di tale operatore, di un ricorso al TAR avverso il bando di gara pubblicato all'esito della consultazione di mercato;

VISTO il menzionato ricorso della AB Medica S.p.A. (iscritto dinanzi al TAR Emilia Romagna, Bologna, r.g. n. 309/2022) con cui sono stati contestati sotto più profili gli atti di gara, lamentando, in particolare, la violazione dell'art. 68 del Codice nella parte in cui il bando prevede caratteristiche tecniche di un determinato sistema robotico (denominato Hugo) offerto solo dalla società Medtronic (c.d. bando-fotografia); vista, inoltre, l'ordinanza n. 274 del 12 maggio 2022, con cui il TAR ha respinto la domanda cautelare;



CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento di precontenzioso, *"le istanze sono improcedibili in caso di: (...) b) sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità"*. La previsione valorizza il carattere "alternativo", rispetto alla tutela giurisdizionale, del rimedio del precontenzioso ed è rivolta a prevenire un potenziale contrasto tra il parere dell'Autorità e la sentenza del Giudice Amministrativo sulla medesima questione;

CONSIDERATO, preliminarmente, che la questione *sub v)*, relativa alla contestazione delle specifiche tecniche richieste dalla SA asseritamente identificative di un determinato sistema robotico fornito solo da un operatore, è oggetto del ricorso al TAR Emilia Romagna sopra citato, presentato da una Società che è parte del presente procedimento (AB Medica S.p.A.) e che risulta titolare di un interesse adesivo a quello dell'odierna istante, in quanto rivolto alla caducazione del bando di gara e alla rinnovazione della consultazione preliminare di mercato che ha preceduto l'indizione della presente procedura;

RITENUTO, pertanto, che l'Autorità non possa esprimersi su tale questione in quanto *sub iudice* e che, limitatamente a tale aspetto, l'istanza vada dichiarata improcedibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Regolamento di precontenzioso, mentre possono essere esaminate le altre questioni;

RILEVATO che i restanti quesiti prospettati dall'istante sono riassumibili in due questioni: la prima riguarda la legittimità del diniego di accesso agli atti della fase della consultazione preliminare di mercato e della condotta tenuta dalla SA, la seconda, invece, la congruità del termine di presentazione delle offerte;

TENUTO CONTO che l'art. 66, comma 1, del Codice prevede che *"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"* e che il successivo art. 67 dispone che se un candidato che fornito documentazione nell'ambito della consultazione di mercato partecipa alla successiva procedura *"l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso"*, tra tali misure vi rientrano la comunicazione delle informazioni scambiate nell'ambito della consultazione e la fissazione di termini di presentazione delle offerte adeguati;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha evidenziato che *"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"* (Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302). Si tratta di un istituto di natura preliminare, facoltativa e non decisoria, 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. La consultazione è finalizzata a predisporre con maggiore competenza gli atti di gara, nonché a informare gli operatori economici circa le proprie intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali. Essa persegue, altresì, lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e, in tal modo, consente economie di mezzi e risorse;



CONSIDERATO che, come l'Autorità ha avuto modo di rilevare nelle Linee guida n. 14 (recanti "*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*" approvate con delibera n. 161 del 6 marzo 2019), la consultazione preliminare di mercato non costituisce una procedura di affidamento né, a differenza delle indagini di mercato di cui all'art. 63, comma 6, del Codice, un procedimento finalizzato a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara, ma uno strumento attraverso cui la stazione appaltante, specie negli appalti che presentano caratteri di novità, può colmare il proprio gap conoscitivo e informativo acquisendo contributi, nella forma di consulenze, relazioni, dati, informazioni e altri documenti tecnici, da parte di esperti, di partecipanti al mercato o di autorità indipendenti, in relazione ad ogni aspetto tecnico ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo;

CONSIDERATO che l'Autorità, nelle richiamate Linee guida, ha fornito indicazioni sulle misure che le amministrazioni possono adattare per garantire che la concorrenza non sia falsata. In tale ottica, è stato previsto che "*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, nel rispetto di quanto previsto al § 3.12, secondo periodo, 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*" (cfr. par. 4.6 delle cit. Linee guida);

RILEVATO che, nel caso di specie, la Stazione appaltante ha precisato che alla consultazione di mercato hanno partecipato tre operatori economici e che l'Ente, dopo avere valutato la presenza sul mercato di eventuali *competitors* in grado di soddisfare le esigenze dell'Azienda relative all'acquisizione di un sistema di chirurgia robotica, ha comunicato a tutti gli operatori che avrebbe proceduto all'indizione di una successiva gara (avviata con determina n. 764 del 22.03.2022). La ASL ha precisato che, in sede di gara, sono state modificate diverse caratteristiche tecniche del sistema robotico (alcune del tutto eliminate, altre declinate come aspetti di valutazione dell'offerta e non come requisiti minimi), al fine di ampliare la concorrenza. Con riferimento alle questioni sollevate dall'istante, la SA ha esposto che la prima richiesta di accesso agli atti della ditta è pervenuta durante il periodo di svolgimento della gara, pertanto non è stata evasa ai sensi dell'art. 53 del Codice, mentre ha riscontrato l'istanza di accesso civico; in relazione alle richieste di informazioni relative alla consultazioni di mercato, è stato precisato che "*non sono stati scambiati documenti di natura tecnica con nessun operatore economico, non esistono verbali di valutazione alla documentazione e non si sono tenuti singoli incontri con alcun operatore economico*". Con riferimento al termine di presentazione delle offerte la SA ritiene di avere rispettato le vigenti disposizioni;

RILEVATO che, quanto alla questione relativa all'accesso, dalla documentazione in atti emerge che la CMR Surgical S.r.l. in data 31.03.2022 ha richiesto una serie di informazioni e documenti relativi alla consultazione di mercato (informazioni e documenti scambiati con gli operatori che hanno partecipato alla consultazione, verbali del seggio che ha svolto la valutazione, verbali degli incontri con gli operatori, atto di nomina del seggio) nonché di prorogare il termine di scadenza delle offerte. Il 4.04.2022 la SA ha riscontrato la richiesta indicando i nominativi degli operatori che hanno partecipato alla consultazione e precisando che "*a parte la documentazione tecnica inviata dalle ditte in sede di manifestazione di*



interesse, non sono stati scambiati documenti di natura tecnica con nessun Operatore Economico, non esistono verbali relativi di valutazione alla documentazione e non si sono tenuti singoli incontri con alcun Operatore Economico'. Con nota dell'8.04.2022 la Società ha presentato un'istanza di accesso civico reiterando le richieste documentali. La SA, dopo avere richiesto ai due operatori l'assenso all'ostensione della documentazione tecnica presentata in sede di consultazione preliminare, con nota del 29.04.2022 ha messo a disposizione dell'istante la documentazione della AB Medica (in relazione alle parti consentite), mentre la ditta Medtronic ha confermato il diniego già espresso in sede di partecipazione alla consultazione;

RITENUTO che, in base alla documentazione esaminata, non si ravvisano profili per censurare la condotta tenuta dalla stazione appaltante. La SA ha, infatti, riscontrato la richiesta di accesso civico formulata dalla Società (di analogo contenuto rispetto all'istanza documentale) trasmettendo i documenti inviati dalle due società partecipanti, limitatamente agli aspetti non coperti da segreto industriale. Sotto tale aspetto merita evidenziare che l'Autorità, nelle Linee guida, ha chiarito che i soggetti che partecipano alla consultazione possono indicare *"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. I partecipanti precisano altresì se la divulgazione dei contributi forniti dovrà avvenire in forma anonima"*. Pertanto, non appare censurabile la condotta della SA di consentire l'accesso alla documentazione tecnica presentata da due partecipanti alla consultazione preliminare di mercato solo nei limiti in cui questi vi abbiano acconsentito;

CONSIDERATO, inoltre, che le consultazioni in esame rappresentano (come sopra argomentato) una prefase della procedura di gara, concepita con caratteri di spiccata informalità e che i documenti "tecnici esterni" forniti dagli operatori economici possono essere utilizzati dalla SA come mero apporto informativo ai fini della predisposizione della documentazione di gara, essendo funzionali ad acquisire informazioni utili per la migliore predisposizione della procedura di aggiudicazione. Da tale considerazione discende che la Stazione appaltante (ed in particolare, il RUP a cui in via residuale va attribuito il compito di gestire le consultazioni preliminari di mercato) non ha l'obbligo di valutare tutta la documentazione acquisita dagli operatori e di redigere formale processo verbale, diversamente da quanto è tenuta ad effettuare in fase di gara per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche, né tantomeno sussiste l'obbligo di motivare l'utilizzo o il mancato utilizzo delle informazioni acquisite;

RILEVATO, peraltro, che la normativa in materia di accesso civico (art. 5, comma 3, del D.Lgs. n. 33/2013) non impone alle Amministrazioni di ostentare documenti che non detiene, pertanto non è censurabile la condotta della SA di non consentire l'accesso ai verbali di valutazione della documentazione acquisita in sede di consultazione preliminare che la SA non detiene e che non è tenuta a redigere nella fase propedeutica alla gara;

CONSIDERATO che, con riferimento al termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte, l'art. 79, comma 1, del Codice prevede che *"Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65"*, a sua volta l'art. 60 del Codice dispone che questo è di *"trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara"* (comma 1), prevedendo che *"le amministrazioni aggiudicatrici possono ulteriormente ridurre di cinque giorni il termine di cui al comma 1 nel caso di presentazione di offerte per via elettronica"* (comma 2-bis). La regola generale è, dunque, la previsione di un termine minimo di 35 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara, ovvero, ai sensi



dell'art. 72 del Codice, dalla sua trasmissione per via elettronica all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea. Va, peraltro, considerato che la previsione di tale termine minimo (di gran lunga inferiore rispetto a quello previsto nel sistema previgente) risponde all'esigenza di garantire la rapidità dello svolgimento delle procedure di gara, esigenza da ultimo avvertita dal legislatore con il D.l. n. 76/2020 (convertito con modificazioni in L. n. 120/2020) che, con riferimento alle procedure di affidamento di contratti sopra soglia indette entro il 23 giugno 2023, ha previsto un termine massimo di sei mesi (dalla data di adozione della determina a contrarre o atto equivalente) per la conclusione della procedura e la generale possibilità di avvalersi di termini procedurali ridotti per ragioni di urgenza, che le amministrazioni non sono obbligate a motivare (art. 8, comma 1, lett. c) del D.l. n. 76/2020);

RITENUTO che, anche prescindendo da esigenze di celerità nell'affidamento della fornitura in oggetto, la SA ha rispettato il termine minimo per la ricezione delle offerte di cui all'art. 60 del Codice. Risulta, infatti, dagli atti del procedimento che il bando di gara è stato inviato all'Ufficio delle pubblicazioni dell'U.E. il 23.03.2022 e che il termine di presentazione delle offerte, da trasmettere mediante piattaforma telematica, scadeva il 28 aprile 2022 alle ore 15:00. È stato, pertanto, rispettato il termine minimo di 30 giorni di cui al cit. art. 60 (dovendo essere decurtati 5 giorni al termine minimo di cui al comma 1 dell'art. 60, a fronte della richiesta delle offerte in modalità elettronica);

RILEVATO, infine, che la previsione di tale termine non pare avere precluso agli operatori di partecipare alla procedura selettiva, in quanto su tre società che avevano presentato documenti in fase di consultazione preliminare di mercato, due hanno presentato la propria offerta.

Il Consiglio

Ritiene che, nei limiti di cui in motivazione:

- l'istanza è parzialmente improcedibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Regolamento di precontenzioso, in relazione alla contestazione delle specifiche tecniche richieste dalla SA, in quanto *sub iudice*;
- per le restanti questioni sollevate dall'istante, la condotta della Stazione appaltante è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 settembre 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente