AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 450

3 ottobre 2023.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla società A.G.I. S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di coordinamento per la pubblicazione degli avvisi ed esiti gare indette dal Policlinico Riuniti di Foggia sui quotidiani regionali e nazionali, sugli organi ufficiali e sui siti istituzionali del Ministero delle Infrastrutture e dell'Osservatorio dei lavori pubblici. Importo Eu. 330.000,00 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Policlinico Riuniti di Foggia

UPREC/PRE/665 /2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Artt.83, 84, 85; art.79 all.II.5 D.lgs.36/2023; Artt. 72, 73, 68 D.lgs.50/2016

Parole chiave

Obblighi di pubblicazione bandi e avvisi di gara-clausola di equivalenza

Massima

Appalto pubblico – servizi- servizio di coordinamento editoriale per la pubblicazione su quotidiani nazionali e locali degli estratti di bandi e/o avvisi di gara –clausola di equivalenza – predeterminazione elenco testate giornalistiche - legittimità

Nelle procedure per l'affidamento dei servizi di pubblicazione dei bandi di gara, è conforme alla normativa di settore la clausola che preveda un elenco di testate giornalistiche, suggerite a titolo esemplificativo, lasciando all'operatore economico cui sarà affidato il servizio, la possibilità di scegliere tra le stesse o anche di proporne altre equivalenti per tiratura cartacea e digitale sulle quali pubblicare i bandi o avvisi di gara per conto della stazione appaltante, da concordare con il rup, nel rispetto del principio di rotazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 ottobre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 59030 del 19 luglio 2023, con cui la AGI S.r.l. impugna la clausola del capitolato tecnico di cui all'art.3.1.1 - nella parte in cui prevede un elenco limitato di testate restringendo, a suo parere, ingiustificatamente la platea dei potenziali concorrenti nonché il numero e la qualità delle offerte possibili;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 64144 del 4 agosto 2023;

VISTA la memoria integrativa trasmessa in cui l'istante rileva una contraddizione tra l'obbligo della indicazione di almeno due testate nazionali e due testate locali a pena di esclusione, obbligo previsto in capitolato tecnico, e la risposta a una richiesta di chiarimenti in cui sembrerebbe sia necessario presentare l'offerta per dieci giornali; inoltre contesta la mancata indicazione di testate giornalistiche sportive da ritenersi illogica e contraria ai precedenti ANAC in materia;

VISTO il capitolato tecnico in cui all'art. 3.1.1, tra le modalità di esecuzione, si prevede che l'Amministrazione concordi con il responsabile della commessa individuato dall'appaltatore i quotidiani nazionali e locali su cui effettuare la pubblicazione e in seguito, si riporta un elenco di giornali che verrà *proposto* in sede di offerta economica;

VISTA la risposta alla richiesta di chiarimenti, pubblicata sulla piattaforma Empulia in data 19 luglio in cui il Policlinico di Foggia precisa che l'elenco delle testate giornalistiche proposto è stato tratto dal sito ufficiale della Federazione Italiana Editori Giornali e fornito agli operatori economici nel capitolato tecnico *inserito negli atti di gara a titolo esemplificativo e non tassativo con effetti escludenti.* Inoltre specifica che sono da applicarsi, sebbene non espressamente richiamate, le previsioni normative contenute nell'art. 68 del D. L.gs. 50/2016, pertanto *l'operatore economico resta libero di proporre ulteriori testate giornalistiche purché per equivalenza siano riconducibili per tiratura giornalistica (cartacea e digitale) a quelle menzionate negli atti di gara*;

VISTA la memoria trasmessa dall'ente in cui, nel ribadire quanto sopra, si chiarisce ulteriormente che la richiesta del prezzo a modulo (spazio riservato in ciascuna testata giornalistica) per almeno due testate nazionali e due locali sulle quali l'operatore economico dovrà garantire la pubblicazione, consente libertà di scelta dell'abbinamento delle testate da parte dell'operatore economico aggiudicatario ed è previsto l'onere di redigere un report con indicazione delle testate selezionate, da sottoporre al RUP con cadenza trimestrale per una verifica che garantisca il rispetto del principio di rotazione;

CONSIDERATO che il D.Lgs. n. 36/23, al fine di semplificare gli adempimenti in capo alle stazioni appaltanti, prevede un nuovo metodo digitalizzato per la pubblicità degli atti, tuttavia fino al 31 dicembre 2023, continuano ad applicarsi le corrispondenti disposizioni in materia di pubblicità di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, 129, comma 4);

CONSIDERATO che, come anche ricordato nel Comunicato del Presidente ANAC del 16 giugno 2021, gli obblighi di pubblicità previsti dal Codice in merito agli avvisi e ai bandi di gara di cui agli articoli 70, 71 e 98 sono corollario del generale principio di trasparenza delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e sono preordinati a garantirne la maggiore conoscibilità, per favorire la concorrenza attraverso una più ampia partecipazione dei possibili operatori economici interessati. Conseguentemente le stazioni appaltanti, in osservanza dei principi di adeguatezza ed efficacia, devono richiedere condizioni di pubblicazione degli estratti di bandi e/o avvisi capaci di realizzare tali obiettivi;

CONIDERATO che nello stesso Comunicato, richiamando la Delibera n.357 del 5 maggio 2021, si precisa che l'eventuale previsione di elenchi di testate giornalistiche imposti come tassativi con relativa clausola di esclusione per gli operatori economici che non vi si attengano è da ritenersi invalida in quanto determina una ingiustificata restrizione della libera concorrenza e si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art.83 comma 8 del Codice;

CONSIDERATO che l'articolo 3 del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 2 dicembre 2016, recante la definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, ritiene idonea a garantire la presunzione di conoscenza la pubblicazione per estratto su almeno uno (in caso di affidamenti di valore inferiore alla soglia ivi prevista) o due (in caso di affidamenti di valore superiore alla soglia ivi prevista) dei principali quotidiani a diffusione nazionale e/o locale. Dalla disposizione in esame si può, quindi, ricavare un criterio di equivalenza fissato ex ante dal legislatore tra i quotidiani menzionati nel citato articolo 3, che deve essere rispettato dalle stazioni appaltanti nella predisposizione della lex specialis;

CONSIDERATO che l'art.79 D.lgs 36/2023 richiama l'All. II.5 in cui confluisce l'All.XIII, a sua volta riproduttivo dell'All.VII alla Direttiva n.2014/24/UE nonché dell'art. 68 D.lgs.50/2016 in merito al quale, come affermato in *Cons. St. sez. III, 17.08.2020 n. 5063* : *"il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor partecipationis e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione (cfr. Cons. St., III, 18.09.2019 n.6212, id.n.4364/2013; n.4541/2013; n.5259/2017; n.6569/2018);*

CONSIDERATO che il principio di equivalenza delle offerte attuativo del più generale principio del favor partecipationis, costituisce espressione della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti, e tanto comporta l'esigenza di limitare entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio – parallelamente ma anche ragionevolmente e proporzionalmente – ai prodotti sostanzialmente analoghi a quelli espressamente richiesti dalla disciplina di gara, cosicché, per il principio di equivalenza, la valutazione della congruità tecnica non si risolve in una verifica formalistica ma nella conformità sostanziale dell'offerta delle specifiche tecniche inserite nella lex specialis (Cons. St. 17.8.2020 n.5063);

CONSIDERATO che il servizio di pubblicazione dei bandi e degli avvisi a livello nazionale ed europeo di cui agli artt. 72 e 73 D.lgs. 50/2016 non prevede la predeterminazione da parte delle stazioni appaltanti nella lex specialis di gara di un elenco tassativo di testate giornalistiche, ma soltanto una indicazione di massima per gli operatori economici dei quotidiani, tra quelli a maggior diffusione nazionale e/o locale, su cui effettuare, a scelta del concorrente, le pubblicazioni sopra citate e il mancato rispetto dell'elenco non può avere effetto escludente (vd. Delibera ANAC n.357 del 5 maggio 2021);

CONSIDERATO inoltre che, non si ravvisa nella presente procedura una aprioristica esclusione, a parità di tiratura, della stampa del settore sportivo dal novero delle possibili testate su cui pubblicare i bandi che, come già affermato da questa Autorità, sarebbe illegittima sempre in ossequio ai principi di libera concorrenza e *favor partecipationis*;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che è conforme ai principi di concorrenza e *favor partecipationis* e alla normativa di settore la clausola del capitolato tecnico che preveda, a titolo di mera proposta, come indicazione di massima, un elenco di testate giornalistiche tra cui eventualmente individuare i referenti da includere per la pubblicazione, lasciando libero l'operatore economico di indicarne altri equivalenti per tiratura cartacea e digitale;

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 ottobre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente