



## DELIBERA N. 53

8 febbraio 2023.

### Oggetto

Istanza presentata dalla Unimatica - RGI S.p.A. - Procedura ristretta per i servizi informatici di fatturazione elettronica, conservazione sostitutiva e di interfaccia con SDI per 5 anni (C.I.G. 9117795276). Importo a base di gara euro: 680.000,00, oltre a I.V.A.. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. S.A.: Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A..

**PREC 4/2023/S**

### Riferimenti normativi

Articolo 83 del d.lgs. 50/2016

Articolo 79, co. 3 del d.lgs. 50/2016

### Parole chiave

appalto pubblico – servizi – bando – requisiti tecnico – professionali - Funzione e limiti interpretativi dei chiarimenti

### Massima

appalto pubblico – servizi – bando – requisiti tecnico – professionali - Funzione e limiti interpretativi dei chiarimenti

I chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 febbraio 2023



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 106610 del 19.12.2022 con la quale la Unimatica RGI s.p.a. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità e la operatività del chiarimento reso dalla stazione appaltante GSE s.p.a. in materia di capacità tecnico – professionale relativamente alla procedura ristretta per i servizi informatici di fatturazione elettronica, conservazione sostitutiva e di interfaccia con SDI per 5 anni;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 1505 del 10.1.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte sulla rilevanza e la portata integrativa della lex specialis del chiarimento reso con la risposta n. 1 dalla stazione appaltante in data 24.5.2022, che a detta dell'istante avrebbe determinato una sostanziale modifica dei requisiti di partecipazione;

PRESO ATTO altresì che ai sensi del bando di gara alla sezione III recante "Condizioni di partecipazione" era richiesto tra l'altro (punto 1.3. – requisiti di capacità professionale e tecnica) di *"essere iscritto all'elenco (marketplace) per i servizi di conservazione dell'AgID. Il possesso di tale requisito deve essere dimostrato con la presentazione della copia fotostatica del relativo certificato o altro idoneo documento. In caso di ATI, il requisito deve essere soddisfatto dal raggruppamento nel suo complesso. Si precisa che gli operatori dovranno dimostrare il possesso dei suddetti requisiti minimi anche nella fase successiva di Gara"*;

PRESO ATTO che con il chiarimento formulato con la "risposta n. 1" del 24.5.2022, la stazione appaltante precisava che *"... come riportato nella sezione "Domande Frequenti" relative alla Conservazione del sito dell'AgID <https://www.agid.gov.it/it/argomenti/conservazione> - per iscriversi al Marketplace "È sufficiente un'autodichiarazione, all'interno della piattaforma dedicata, il cui contenuto sarà verificato dall'Agenzia in sede di vigilanza, come previsto dall'art. 4, comma 4, del Regolamento"; per la partecipazione alla procedura in oggetto si invita ad iscriversi al suddetto Marketplace e a presentare contestualmente alla domanda di candidatura l'attestazione di richiesta di iscrizione all'AgID il cui contenuto sarà verificato dall'Agenzia in sede di vigilanza, come previsto dall'art. 4, comma 4, del Regolamento"*;

RILEVATO tuttavia che ai sensi del Regolamento sui criteri per la fornitura dei servizi di conservazione dei documenti informatici di AgID, segnatamente all'art. 4 è previsto che *" 1) Il conservatore interessato all'iscrizione al marketplace dei servizi di conservazione provvede a trasmettere apposita richiesta tramite la piattaforma AgID dedicata. 2) AgID provvede sulla richiesta di iscrizione entro trenta giorni dalla sua ricezione a seguito di verifica formale della documentazione prevista dall'allegato A e dall'allegato B al presente regolamento. 3) In caso di documentazione erronea o incompleta AgID comunica al conservatore interessato i motivi che ostano all'accoglimento della richiesta di iscrizione. In tal caso, il termine di trenta giorni di cui al comma precedente è sospeso e inizia nuovamente a decorrere dalla ricezione della documentazione richiesta al conservatore interessato"*.

RILEVATO quanto sopra, la procedura di iscrizione al Marketplace non sembra pertanto perfezionarsi con la sola autodichiarazione, come invece affermato dalla stazione appaltante, ma richiede piuttosto una



procedura articolata su più passaggi. Dirimente in tal senso è peraltro la nota di AgID del 7.7.2022 destinata alla controinteressata aggiudicataria, presente in atti, con la quale *"si comunica l'accoglimento, in data 05/07/2022, della richiesta e l'iscrizione al Marketplace per i servizi di conservazione"*;

CONSIDERATO inoltre che, dall'esame delle c.d. *"Domande Frequent"* sul sito AgID richiamate nella citata risposta n.1 non si rinviene il passaggio ove sarebbe indicato che la sola autodichiarazione risulterebbe sufficiente ai fini dell'iscrizione al Marketplace, risultando invece che la summenzionata autodichiarazione è richiesta per dichiarare unicamente la conformità (compliance) agli standard richiesti;

CONSIDERATO che le memorie difensive prodotte dalla stazione appaltante e dal controinteressato aggiudicatario non contengono rilievi volti a corroborare le indicazioni di cui alla citata risposta n.1, che, come già osservato, si fonda sull'indimostrato convincimento dell'equipollenza della autodichiarazione all'effettiva iscrizione al Marketplace AgID, ne consegue che, nonostante la non obbligatorietà dell'iscrizione al Marketplace sancita dall'art. 3 del summenzionato Regolamento, le specifiche capacità tecnico professionali richieste espressamente dalla sez. III – 1.3) del Bando di gara non necessitano di ulteriori esplicitazioni, risultando altresì coerenti con la disciplina di riferimento in materia di servizi di conservazione AgID;

PRESO ATTO che alla luce dei precedenti rilievi, nel caso in esame i requisiti di capacità appaiono invece dilatati dal chiarimento reso successivamente dalla stessa stazione appaltante, con evidenti ricadute sulla par condicio dei partecipanti;

CONSIDERATO che costante giurisprudenza ritiene che *"... i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis; i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso"* (ex multis Consiglio di Stato sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64 – Parere ANAC n. 646/2021), con la conseguenza che anche una omissione non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, *"l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento"* (TAR Lazio, Sez. III Quater, 6 dicembre 2018 n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162; Cons. Stato 7 gennaio 2021 n. 173);

RILEVATO che ai sensi di quanto precisato dalla scrivente ANAC *"Costituisce vero e proprio ius receptum giurisprudenziale quello per cui nelle gare d'appalto vige il principio interpretativo che vuole privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza (occorre infatti evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale) e che l'interpretazione della lex specialis soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli articoli 1362 e ss. c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale"* (delibera 159/2021);

PRESO ATTO che nel caso di specie, a fronte del chiaro dato letterale della previsione del bando che richiede espressamente l'iscrizione al Marketplace AgID da dimostrare *per tabulas* il cui possesso deve essere mantenuto nel tempo e della procedura prevista per l'iscrizione stessa, il chiarimento reso dalla



stazione appaltante con la risposta n.1 del 22.5.2022 non può ritenersi un'attività di tipo meramente interpretativo, ma costituisce invece una vera e propria integrazione della lex specialis, che, in assenza di una apposita rettifica della stessa da parte della stazione appaltante, non può ritenersi conforme alla disciplina di riferimento;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il chiarimento reso dalla stazione appaltante ampli in maniera non conforme all'ordinamento vigente i requisiti richiesti, rispetto a quelli previsti originariamente nel bando di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente