



DELIBERA N. 159

24 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Rai Way S.p.A. -Procedura aperta ai sensi degli art. 4 e 15 del d.lgs.50/2016 e s.m.i. per la conclusione di due accordi quadro per la Fornitura in opera di Piattaforme di Codifica e Multiplazione DTT e DTH e relativi Sistemi di Gestione - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa- Importo a base di gara: 9.600.000 euro –S.A.: Rai Way S.p.A.

PREC 23/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Criteri di valutazione delle offerte - *lex specialis* – interpretazione delle clausole – interpretazione letterale – pluralità di interpretazioni – rapporti tra bando, disciplinare e capitolato

Massima

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. Nel privilegiare il criterio letterale, qualora sia possibile addivenire a due interpretazioni, deve in ogni caso essere privilegiata l'interpretazione più coerente con lo scopo del servizio richiesto, cioè con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell'affidamento del servizio. In ogni caso, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale. Nella documentazione di gara, il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, ciascuno con una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale), mentre costituiscono nel complesso la *lex specialis* ed hanno natura vincolante per concorrenti e stazione appaltante, operano, nei rispettivi rapporti, in una relazione di gerarchia differenziata con prevalenza del



contenuto del bando di gara, mentre le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 934 del 7 gennaio 2020, presentata dalla Rai Way S.p.A. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che la stazione appaltante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del procedimento di esclusione avviato nei confronti della Sirti S.p.A. in ragione delle non conformità emerse sull'offerta tecnica di cui al verbale n. 9 del 9 dicembre 2020, inerenti il mancato rispetto di due parametri tecnici (parametro 4c "gestione della moltiplicazione" e parametro 6 "assorbimenti") nel sistema proposto, rilevate in esito al test di verifica effettuato, e rappresentava che l'operatore economico, in sede di contestazione dell'esclusione, aveva evidenziato la sussistenza di profili di dubbia interpretazione della *lex specialis* di gara. Controversia interpretativa che costituisce l'oggetto della questione prospettata;

RILEVATO che le due non conformità tecniche evidenziate dalla Commissione nel test di verifica sul prodotto offerto da Sirti Spa costituiscono un presupposto incontestato tra le parti e che la questione controversa si fonda, invece, sul contrasto interpretativo attinente alle conseguenze che discendono da tali non conformità in ragione delle prescrizioni della disciplina di gara da cui potrebbe derivare una riformulazione del punteggio ovvero l'esclusione dalla procedura del concorrente;

CONSIDERATO che, dal suo canto, l'operatore evidenziava all'amministrazione come *«il punto 2 dell'allegato B6 al Capitolato, costituente anch'esso lex specialis di gara, nel declinare le fasi del procedimento di valutazione delle offerte tecniche, stabilisce espressamente la possibilità di assegnare il punteggio tecnico finale successivamente al test sul prodotto con la conseguenza che il punteggio attribuito prima della verifica di corrispondenza deve intendersi come provvisorio per divenire definitivo e finale dopo il test»*. Con conseguente precisazione del contrasto tra tale previsione del punto 2 di cui all'allegato B6 con quella divergente del punto 19 del Disciplinare di gara che dispone invece l'esclusione del concorrente e l'incameramento della cauzione in caso di non corrispondenza tra i valori dichiarati dall'impresa e quelli successivamente riscontrati in sede di test: *«la commissione, infatti, aveva applicato il punto 19 del disciplinare, concludendo pertanto per l'impossibilità di ravvisare i presupposti dell'aggiudicazione e non invece per il ricalcolo del punteggio tecnico riferibile all'offerta dell'operatore di riferimento riguardo al parametro de quo in modo tale che il punteggio provvisorio 1 fosse trasformato in punteggio definitivo 0, ai sensi del punto 2 dell'allegato B6»*;

CONSIDERATO altresì quanto emerso nella controversia tra le parti in ordine al possibile non allineamento tra il punto 19 del disciplinare di gara con quanto indicato al punto 4.4 del Capitolato Tecnico Generale laddove relativamente ai test di valutazione in fabbrica è previsto quanto segue: *«Resta inteso che il prodotto in esame deve ottemperare a tutti i requisiti minimi mandatori indicati nel Capitolato Speciale, pena l'esclusione del concorrente in esame»*; limitando secondo l'interpretazione fornita in atti la possibilità dell'esclusione del concorrente al solo caso in cui, in sede di test, emerga la non



corrispondenza del prodotto a requisiti mandatori e non invece, a differenza del predetto punto 19 del Disciplinare di gara, anche ai titoli di merito dichiarati;

VISTA la disciplina di gara e nello specifico le disposizioni intorno a cui verte la questione interpretativa, ovvero il punto 19 del Disciplinare di gara -Valutazione Offerta Tecnica – Test di Prodotto, che dispone: *«La Commissione Giudicatrice, nella fase istruttoria del più ampio procedimento di valutazione dell'offerta tecnica, eseguirà [...] test di prodotto sui due concorrenti primi in graduatoria per ciascun Lotto per verificare i requisiti tecnici richiesti nei documenti che costituiscono il "Capitolato Tecnico" così come descritto nel documento "Criteri di valutazione per l'offerta tecnica". Le verifiche saranno svolte presso ciascuno dei due concorrenti primi in graduatoria per i due Lotti. Il superamento della verifica sarà condizione necessaria per l'aggiudicazione. I test di prodotto saranno suddivisi in 2 fasi; una prima fase, presso una sede definita dal Fornitore, ubicata in Europa, e una successiva seconda fase, presso la sede Rai Way di via Teulada. [...] La non corrispondenza ai requisiti minimi richiesti riportati nei documenti sopra citati o ai titoli di merito dichiarati causerà l'esclusione del Concorrente, e l'escussione della cauzione provvisoria, con scorrimento della graduatoria»*; il punto 2 - Valutazione delle offerte, dell'Allegato B6 secondo cui: *«I valori dichiarati dai fornitori, insieme all'offerta economica, determineranno la graduatoria provvisoria. I test di verifica saranno eseguiti dal personale Rai Way solo sul primo classificato e sul secondo con tecnologia differente. Fare riferimento anche agli altri capitolati della medesima procedura di gara. La verifica di conformità della sola soluzione proposta dall'aggiudicatario provvisorio della gara, per ciascuno dei due lotti, sarà eseguita dal personale incaricato di Rai Way, presso un laboratorio fornito e allestito dal suddetto fornitore, con strumentazione messa a disposizione da quest'ultimo. Con riferimento al Capitolato tecnico delle piattaforme, verranno popolati alcuni parametri esposti nel Capitolo 5, con un punteggio massimo di 80 punti. [...] Ai fini dell'assegnazione del punteggio tecnico finale, il valore migliore ottenuto durante i test sarà normalizzato a 80 e, di conseguenza, i valori degli altri concorrenti saranno ricalcolati in proporzione ad esso e arrotondati alla seconda cifra decimale»*; e il punto 4.4 – Test di verifica in fabbrica, del capitolato tecnico che prevede: *«Il processo di aggiudicazione prevede di eseguire dei test sugli aggiudicatari dei 2 lotti, identificati secondo i criteri del paragrafo 4.2. test avranno lo scopo di verificare l'ottemperanza al Capitolato Speciale ed ai titoli di merito dichiarati dal fornitore. Per esattezza questi test sono suddivisi in 2 fasi: 1. Prima fase, presso una sede definita del fornitore ubicata in Europa. [...] 2. Seconda fase, presso la sede Rai Way di via Teulada. Questa seconda fase ha solo lo scopo di verificare le funzionalità di criptaggio e di compatibilità con la rete banda base. [...] Durante i test sarà compilato un documento costituito dal protocollo di collaudo, fornito in fase di gara. Resta inteso che il prodotto in esame deve ottemperare a tutti i requisiti minimi mandatori indicati nel Capitolato Speciale, pena l'esclusione del concorrente in esame. Tali requisiti saranno verificati a campione. Per ulteriori dettagli sulle modalità dei Test in Fabbrica si rimanda al documento dei criteri di valutazione»*;

CONSIDERATO che, come evidenzia, l'amministrazione la differenza è rilevante in quanto la non conformità – rilevata in sede di test - di elementi tecnici significativi ai soli fini dell'attribuzione di punteggio (titoli di merito), secondo quanto previsto dal menzionato Capitolato e dall'allegato B6, non potrebbe determinare l'esclusione bensì solo la rideterminazione del punteggio finale, mentre l'ipotesi dell'esclusione sarebbe confinata alla sola carenza di elementi tecnici il cui difetto determinerebbe il mancato rispetto delle specifiche tecniche fondamentali richieste dalla stazione appaltante al punto da qualificare quanto testato come un *aliud pro alio* rispetto al prodotto descritto in offerta tecnica e che diversamente se dovesse ritenersi prevalente la previsione del punto 19 in questione che estende l'esclusione anche al mancato riscontro in sede di verifica dei titoli di merito, l'offerta di Sirti Spa non potrebbe candidarsi all'aggiudicazione, venendo esclusa;



VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 19 gennaio 2021, con nota prot. n. 4223;

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

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla definizione della linea interpretativa della disciplina di gara e delle relative conseguenze applicative;

RISCONTRATO che in merito all'interpretazione della clausole della procedura è ormai consolidato l'orientamento secondo cui le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale; per cui, secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (Consiglio di Stato, V, 29 novembre 2019 n. 8167; 12 settembre 2017 n. 4307). Diversamente, la tendenziale certezza e stabilità della norma, che rappresentano valori primari di ogni ordinamento giuridico, potrebbe essere compromessa da letture di carattere personale, delle quali non si può escludere aprioristicamente l'intento di perseguire interessi non coincidenti con quelli che la regola intende tutelare, che nella fattispecie, vertendosi in materia di gare pubbliche e di una previsione di *lex specialis* relativa all'offerta tecnica, sono: quello della stazione appaltante a che la scelta dell'aggiudicatario avvenga all'esito della comparazione di offerte che, sotto il profilo tecnico, si attestino almeno al livello del comune denominatore minimo ragguagliato alle specifiche prescrizioni dettate dal disciplinare a pena di esclusione; quello dei concorrenti a che la procedura sia rigorosamente soggetta al principio della *par condicio* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020 n. 2130);

RILEVATO che in tale ottica nell'interpretazione dei bandi di gara assume carattere preminente la regola collegata all'interpretazione letterale, con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare; tuttavia, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, è necessario fare ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui rilevano quelli dettati dall'articolo 1363 c.c., dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre, e dall'articolo 1367 c.c., che, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, nel dubbio impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenerne gli effetti, piuttosto che quella che ne determini la privazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2020 n. 2090). Conseguentemente, può riprendere vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione, consentendo, per l'effetto, all'amministrazione di discostarsi da interpretazioni apparentemente letterali ma non tutelanti il legittimo affidamento e la *par condicio* dei partecipanti (cfr. da ultimo, e ANAC *ex multis*, delibera n. 818 del 26 settembre 2018);

RILEVATO altresì che qualora, nel privilegiare il criterio letterale, sia possibile addivenire a due interpretazioni deve in ogni caso essere privilegiata l'interpretazione più coerente con lo scopo del servizio richiesto, cioè con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell'affidamento del servizio. Questi vanno desunti, oltre che dall'oggetto dell'appalto, dai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, con i quali si valorizzano gli aspetti di questa ritenuti indispensabili od utili, secondo l'insindacabile giudizio



della stazione appaltante. Peraltro, in linea con l'orientamento giurisprudenziale che vuole applicabili all'interpretazione della legge di gara i criteri in tema di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 c.c. e ss., l'attenzione prestata allo scopo perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice è conforme al criterio interpretativo del secondo comma dell'art. 1362 c. c. e la lettura combinata delle previsioni del bando che regolano l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica è, a sua volta, conforme al criterio interpretativo dell'art. 1363 c. c. (Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 434);

RILEVATO altresì che sul punto l'Autorità con delibera n. 589 del 8 luglio 2020 ha avuto modo di precisare che «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, cfr. per tutte: Consiglio di Stato, sezione V, 7 gennaio 2013, n. 7) 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2018 n. 3715); al contempo la giurisprudenza ha osservato come a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale» (in tal senso, *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020 n. 607; 12 maggio 2017 n. 2232; 24 febbraio 2017 n. 869; 5 ottobre 2017 n. 4644);

CONSIDERATO ancora il consolidato orientamento che in relazione agli atti di gara chiarisce come il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, ciascuno con una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale), mentre costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara ed hanno natura vincolante per concorrenti e stazione appaltante, operano, nei rispettivi rapporti, in una relazione di gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara, mentre le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (cfr., *ex multis*, TAR Emilia Romagna, sez. I, 8 febbraio 2021 n. 88; TAR Calabria, Catanzaro, 26 marzo 2020 n. 504; TAR Abruzzo L'Aquila, 1 giugno 2019 n. 280, TAR Lazio Roma sez. II, 18 ottobre 2019 n. 12051; TAR Venezia, 20 ottobre 2016 n. 1163; Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497);

RILEVATO, inoltre, che la posizione assunta dalla giurisprudenza e dall'Autorità relativamente alle valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti è nel senso che esse, «in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate



dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte». (cfr., *ex multis*, ANAC delibera n. delibere n. 987 18 novembre 2020, n. 354 del 22 aprile 2020, delibere n. 127 del 12 febbraio 2020; n. 687 del 18 luglio 2018; n. 193 del 1° marzo 2018; n. 797 del 19 luglio 2017; n. 210 del 1° marzo 2017; n. 528 del 4 maggio 2016; n. 198 del 25 novembre 2015; n. 37 del 1° aprile 2015; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973; Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 882; TAR Venezia, sez. I, 7 giugno 2018 n. 613);

CONSIDERATO quindi che sotto tale profilo il sindacato dell'Autorità non può tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, né può comportare una verifica delle singole voci dell'offerta, poiché così facendo si invaderebbe una sfera propria della P.A. (cfr. ANAC delibera n. 354 del 22 aprile 2020; n. 987 del 18 novembre 2020; Consiglio di Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4680);

RILEVATO che nel caso di specie sulla base delle argomentazioni giuridiche sopra richiamate spetti in ogni caso all'amministrazione procedere preliminarmente alla definizione di un'interpretazione della disciplina di gara di tipo letterale, da cui discostarsi esclusivamente in presenza di una sua obiettiva incertezza desumibile dal testo e che, qualora si versi nella condizione di più possibili interpretazioni, deve comunque essere privilegiata l'interpretazione più coerente con lo scopo del servizio richiesto, ossia con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell'affidamento del servizio, che solo l'amministrazione stessa è in grado di conoscere essendo detentrica di quell'interesse pubblico perseguito con la procedura di gara indetta, potendo prevalere il principio del *favor participationis* solo in via residuale e qualora il contrasto interpretativo possa produrre effetti differenti ed opposti sul concorrente. Un'interpretazione che, nell'ipotesi di contrasto tra i differenti atti della *lex specialis*, tenga in ogni caso conto del rapporto gerarchico tra essi esistente;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che spetti all'amministrazione, quale detentrica dell'interesse pubblico perseguito con la procedura di affidamento, interpretare la disciplina di gara in modalità più conforme al testo e che qualora sussistano differenti interpretazioni debba essere privilegiata quella più coerente con lo scopo del servizio oggetto di affidamento, rispettando il rapporto gerarchico esistente tra gli atti della *lex specialis* nonché il principio del *favor participationis*

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente