



## DELIBERA N. 357

5 maggio 2021

**Oggetto** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società A. Manzoni & C. S.p.A. – Procedura negoziata per l'affidamento del Servizio di Pubblicità Legale sui quotidiani nazionali e locali degli estratti dei bandi e/o avvisi di gara di competenza del Servizio Centrale Unica di committenza della Regione Molise per l'anno 2021. Importo a base di gara euro: 20.000,00. S.A.: Regione Molise - CUC.

**PREC 101/21/S ex PREC-DIR 28/21/S**

### Riferimenti normativi

Art. 51 d.lgs. 50/2016 e s.m.i.,

Artt. 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016 e d.m. MIT 2.12.2016

### Parole chiave

Suddivisione in lotti

Pubblicazione bandi e avvisi

### Massima

Il principio contenuto dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. circa la suddivisione dell'appalto in lotti funzionali può essere derogato sulla scorta di una congrua motivazione e una ragionevole ed equilibrata ponderazione degli interessi in gioco.

Con riferimento al tema della pubblicazione di bandi e/o avvisi di gara il quadro normativo di riferimento nonché le disposizioni attuative, al fine di garantire certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, delineano un modello di pubblicazione standard a livello Europeo e nazionale, contemplando altresì anche la possibilità di utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. In ossequio al principio della libera concorrenza e del *favor participationis*, non si rinviengono specifici richiami alla necessaria indicazione che le stazioni appaltanti forniscano una selezione delle testate giornalistiche, a pena di esclusione in caso di mancata osservanza da parte dell'operatore concorrente. Una clausola di tal fatta, si pone, pertanto, sia in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 9 del Codice, laddove la pubblicazione su specifici quotidiani sia prevista a pena di esclusione dalla gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 5 maggio 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 19429 del 5.03.2021 relativamente alla procedura indicata in oggetto.

Considerato, più specificamente, che parte istante ritiene che la RDO così come impostata e formulata dalla Regione Molise, con particolare riferimento alle condizioni particolari del servizio, queste ultime contengono clausole illogiche, incongrue e con portata escludente. Parte istante sostiene che sia errata la scelta di avere definito con unico lotto l'affidamento del servizio in questione, comprendente quotidiani nazionali e quotidiani locali, in quanto ritiene che una siffatta scelta penalizzi alcuni operatori del mercato, in specie le concessionarie (a vantaggio viceversa delle agenzie pubblicitarie), poiché non tutte le concessionarie di pubblicità gestiscono sia quotidiani nazionali sia quotidiani locali, e comunque gestendo anche i quotidiani locali, potrebbero non averli sul territorio richiesto nel bando. L'impresa istante rappresenta di aver formulato offerta solo per i due quotidiani nazionali, in quanto non è stata in grado di offrire il servizio anche per i due quotidiani locali richiesti dal bando, tanto da dover essere esclusa. Infine, parte istante sostiene che anche la selezione aprioristica dei quotidiani nazionali sui quali dovranno essere fatte le pubblicazioni appare come una scelta errata, contraddittoria e illogica della stazione appaltante.

Visto l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 19.03.2021.

Vista la memoria inoltrata dalla stazione appaltante nella quale la stessa ribadisce la correttezza della definizione della disciplina di gara sia in ordine alla mancata suddivisione in lotti dell'affidamento del servizio in quanto ritenuta prestazione unitaria e non divisibile e pertanto sarebbe stata violativa della disposizione contenuta all'art. 51 d.lgs. 50/2016 e s.s.m.m.i.i. Evidenzia la Regione Molise che la previsione di un lotto unico, oltre ad essere giustificato dalle evidenziate esigenze di connessione funzionale delle prestazioni oggetto di appalto, si rende opportuna per assicurare il rispetto dell'efficienza, della tempestività e dell'economicità e della correttezza dell'attività amministrativa, tutelate dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016: infatti consente di provvedere alle pubblicazioni di legge rivolgendosi ad un unico interlocutore, mentre due lotti di appalto imporrebbero di raddoppiare gli adempimenti, anche contabili (impegni di spesa, liquidazioni, fatturazioni elettroniche, pagamenti), per le pubblicazioni, con conseguente inutile aggravio di procedimenti di gara già molto complessi (da espletare peraltro in carenza di personale). Precisa, inoltre, la stazione appaltante che i giornali più diffusi in termini di vendite sono proprio quelli più diffusi in termini di tiratura. Di talché l'elenco dei principali quotidiani nazionali indicato nella documentazione di gara, se fosse stato redatto in base alla diffusione degli stessi in termini di vendita, non sarebbe cambiato. Ne consegue che, nel pieno rispetto dell'art. 3 del DM 2 dicembre 2016 del MIT, sono stati correttamente individuati e riportati negli atti di gara i principali quotidiani a diffusione nazionale. Infine, evidenzia come nel caso di specie, il criterio del prezzo più basso, anche in considerazione dell'esiguo importo dell'appalto, appare certamente adeguato a garantire, ai sensi dell'art. 3 del DM 2 dicembre 2016 del MIT, l'apertura alla concorrenza e il rispetto del su richiamato principio di rotazione degli affidamenti.

Vista la memoria presentata dall'operatore Centro Italia Stampa con la quale la stessa ritiene legittima la previsione di un lotto unico operata dalla Regione Molise in merito alla RDO in oggetto. Ritiene, viceversa che la selezione aprioristica delle testate sulle quali dovranno essere pubblicati gli avvisi pubblici non sia conforme alla legge, non lasciando libertà di proposizione delle testate agli oo.ee. partecipanti. Chiede l'operatore economico di permettere a tutti gli altri concorrenti di proporre testate locali anche diverse da quelle indicate dalla s.a., anche al fine di evitare l'esclusione arbitraria e illogica di testate ben più note e diffuse. Altresì, a carattere generale chiede all'Autorità di pronunciarsi affinché stabilisca criteri oggettivi e validi per tutti per l'utilizzo dei quotidiani nazionali e per la corretta applicazione della legge,



impedendo l'utilizzo di testate considerate arbitrariamente "nazionali" ma in realtà prive dei necessari requisiti, così come stabilito dal Codice Appalti nonché un parere in merito al corretto utilizzo dei quotidiani "locali" così come definiti dal Codice Appalti. Tutto quanto sopra è stato confermato anche mediante memoria integrativa presentata all'esito delle osservazioni inoltrate da AGI S.r.l. di Potenza in qualità di concessionaria della testata locale "Off-Officina dei Giornalisti" e intervenuta nel procedimento *de quo* di cui si dà atto. AGI ha inoltrato proprie osservazioni con le quali contesta quanto affermato dalla concorrente Centro Italia Stampa nella propria memoria, confermando la correttezza operata dalla stazione appaltante nell'averla inserita nella rosa delle testate su cui pubblicare gli avvisi oggetto della procedura in esame in quanto risulta essere regolarmente registrata presso il Tribunale di Campobasso, dispone di un proprio Direttore Responsabile; di una propria sede; di propri collaboratori giornalisti e pubblicisti; di una edizione in formato cartaceo nonché di un'edizione digitale e di un numero di abbonati pari a 4.000.

Considerato, in generale, che secondo orientamento consolidato in giurisprudenza, in tema di suddivisione in lotti è pacifico ritenere che il principio previsto dall'art. 51, d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., possa essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata ed espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza 2044 del 3 aprile 2018).

Considerato che nel caso in esame, risulta che per l'indicato importo dell'affidamento *de quo*, per le argomentazioni offerte dalla stazione appaltante circa la scelta di affidare il servizio mediante unico lotto, ciò appare coerente e conforme al quadro normativo di riferimento.

Rilevato che sull'ulteriore profilo di censura avanzato da parte istante circa la previa selezione da parte della stazione appaltante di una rosa di testate giornalistiche di livello nazionale e locale su cui richiedere a scelta del concorrente il servizio di pubblicazione di bandi e/o avvisi di gara di competenza del Servizio Centrale Unica di committenza della Regione Molise, tenuto conto di quanto disposto dal Codice dei Contratti e dal decreto MIT 2 dicembre 2016 recante la definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli artt. 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016, si rappresenta che la disciplina di riferimento a carattere generale, al fine di garantire certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, delinea un modello di pubblicazione standard a livello Europeo (invio all'ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea) e nazionale (G.U. e profilo del committente), contemplando altresì la possibilità di utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata.

Nelle disposizioni del codice e in quelle attuative sopra richiamate, nel rispetto della libera concorrenza e del *favor participationis*, non si rinvengono specifici richiami alla necessaria indicazione che le stazioni appaltanti forniscano una selezione delle testate giornalistiche, a pena di esclusione in caso di mancata osservanza da parte dell'operatore concorrente.

La previsione di una clausola di tal fatta, accompagnata dall'espressa previsione dell'esclusione in caso di mancata sua osservanza, è da ritenersi in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 9, del Codice, anche secondo l'interpretazione più ampia fornita dal Consiglio di Stato e dall'A.N.AC. (v. Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 21/2012 e n. 7/2014; Delibera Anac n. 1363/2017; Delibera Anac n. 765 del 4 settembre 2019), secondo cui sono ammesse clausole escludenti qualora l'adempimento dalle stesse descritte sia previsto come doveroso dal Codice o da altre norme di settore, al di là dell'espressa previsione di una sanzione espulsiva. Il che nel caso di specie, come sopra evidenziato, non è.

Pertanto, con riferimento al caso di specie, si ritiene che la stazione appaltante non possa fornire in sede di bando un elenco preordinato di testate giornalistiche se non come indicazione di massima per gli



operatori economici su cui richiedere la pubblicazione degli avvisi e bandi. Ricade sugli operatori concorrenti, infatti, la possibilità di scelta e di indicazione delle testate, fermo restando l'obbligo di rispettare le caratteristiche richieste; il mancato rispetto dell'elenco fornito dalla stazione appaltante non può avere quindi effetto escludente.

Parimenti sotto il profilo della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara ovvero in quella di individuazione delle prestazioni richieste deve essere evitata la predisposizione di prescrizioni di gara gratuitamente selettive, discriminatorie e avulse da esigenze oggettivamente collegate al concreto servizio (v. Parere n.104 del 27/06/2012). Nel servizio in questione è consentita, pertanto, solo l'individuazione di caratteristiche oggettive del servizio corrispondenti all'esigenza della massima diffusione della pubblicazione a prescindere dall'individuazione di una specifica testa, sì da permettere la massima partecipazione dei concorrenti.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, limitatamente alla scelta di indicare in sede di bando un elenco preordinato di testate giornalistiche, tale da assumere un effetto escludente in caso di mancato rispetto da parte degli operatori concorrenti, non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data il 13 maggio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente