



DELIBERA N. 646

22 settembre 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società STAR Srl – Gara a procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 per la stipula di una convenzione per l'affidamento del servizio di pubblicazione di bandi e avvisi per un periodo di 36 mesi per gli enti del SSR del Friuli Venezia Giulia – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 220.000,00 – S.A.: ARCS-Friuli Venezia Giulia.

PREC 178/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 68, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Servizio di pubblicazione di bandi e avvisi – Quotidiani locali – Maggiore diffusione locale – Differenza tra tiratura e diffusione – Chiarimenti della SA – Funzione e limiti interpretativi dei chiarimenti.

Massima

Servizio di pubblicazione di bandi e avvisi – Quotidiani locali – Maggiore diffusione locale – Differenza tra tiratura e diffusione – Chiarimenti della SA – Funzione e limiti interpretativi dei chiarimenti – Chiarimenti che integrano la portata di un requisito – Inammissibilità.

I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la *ratio*, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 settembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0056755 del 20.7.2021, con la quale la società STAR Srl lamenta di non aver potuto partecipare alla procedura di gara in oggetto a causa della illegittima e tardiva modificazione di alcuni requisiti di partecipazione previsti *ab origine*;

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo la società istante *«l'ARCS ha violato le prescrizioni di legge poiché attraverso l'utilizzo di artifici sono stati introdotti requisiti nuovi, stringenti ed ultronei rispetto al disciplinare di gara ed al capitolato tecnico, tali requisiti, tuttavia, sono stati introdotti solo attraverso chiarimenti, dei quali gli O.e. non erano obbligati a prendere visione e nessun comunicato ufficiale è stato effettuato. Attraverso i requisiti richiesti nei chiarimenti l'ARCS ha identificato solo tre testate su cui pianificare in luogo di decine di testate che esistono sul mercato e precisamente nel disciplinare di gara era stato richiesto che i quotidiani avessero una tiratura di almeno 20.000 copie e nei chiarimenti l'ente ha richiesto che i quotidiani stessi avessero anche il requisito delle 6.000 copie di diffusione rendendo la scelta dei quotidiani su cui pianificare limitata solo a tre testate (Il Messaggero Veneto, il Gazzettino ed il Piccolo) prevedendo come motivo di esclusione il caso in cui non siano quotate tutte le testate. Nuove richieste di requisiti che i quotidiani devono ricoprire ed ulteriori precisazioni di refusi, come il dato certificatore non richiesto nel bando ma requisito diventato obbligatorio nella precisazione dei chiarimenti, e modifiche del disciplinare di gara e capitolato tecnico hanno comportato una modifica sostanziale e radicale del bando stesso in violazione della legge e della giurisprudenza»*;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante ritiene di aver operato correttamente in quanto *«I predetti chiarimenti - oltre a essere stati tempestivamente pubblicati ex art. 2.2 del Disciplinare di gara - hanno anche formato oggetto di formale approvazione con Determinazione Dirigenziale n. 540 del 09/07/2021, pubblicata sull'albo pretorio on-line. Ciò premesso, il chiarimento n.6 contestato dalla STAR Srl ha uno scopo meramente interpretativo per gli operatori economici (in quanto fornisce una mera indicazione applicativa, riferita al mercato regionale, di quanto già prescritto nel Disciplinare e Capitolato tecnico) e non ha contenuto innovativo/modificativo della Lex Specialis, come erroneamente affermato da STAR Srl. Dunque, lo scopo perseguito con tale chiarimento è quello di dare **oggettiva chiarezza alla Lex specialis** (superando, con un dato oggettivo rispetto al mercato regionale di riferimento, la incertezza e variabilità del concetto normativo di quotidiano a "maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti") e, al contempo, si è voluto **tutelare la par condicio competitorum** (mediante una interpretazione del testo volta a rendere il suo contenuto più chiaro e comprensibile a tutti gli operatori economici, anche a quelli non avente sede o non operanti nella Regione FVG, senza apportare contenuti innovativi al testo originario). Tale criterio interpretativo fornito da ARCS è, inoltre, **oggettivo, razionale e logico** rispetto al mercato regionale dei quotidiani locali: si consideri che la Regione FVG ha attualmente una popolazione residente di 1.198.753 persone e che, tra i quotidiani locali presenti sul mercato regionale, quello più diffuso ha un dato di "diffusione media regionale" pari a 33.818 copie (ben cinque volte superiore al criterio interpretativo fornito)»*;



VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30.7.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 3 del Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016 (recante *"Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016*) stabilisce che *«A decorrere dal 1° gennaio 2017, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità delle procedure di gara e di favorire la concorrenza attraverso la più ampia partecipazione delle imprese interessate, anche nelle realtà territoriali locali, la pubblicazione degli avvisi e dei bandi, nonché degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati, è altresì effettuata per estratto dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di riduzione dei termini di cui agli articoli da 60 a 63 del codice, e, per gli appalti di lavori di importo superiore a euro 500.000 e inferiore alla soglia di cui all'art. 35, comma 1, lettera a) del codice, entro cinque giorni dalla pubblicazione avente valore legale:*

a) per gli avvisi ed i bandi relativi ad appalti pubblici di lavori o di concessioni di importo compreso tra euro 500.000 e l'importo di cui alla soglia di cui all'art. 35, comma 1, lettera a) del codice, per estratto su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti;

b) per gli avvisi ed i bandi relativi ad appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35, commi 1 e 2, del codice, per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti.

2. Per area interessata, ai fini della pubblicazione su quotidiani locali, si intende il territorio della provincia cui afferisce l'oggetto dell'appalto e nell'ambito del quale si esplicano le competenze dell'amministrazione aggiudicatrice»;

CONSIDERATO che l'art. 3 del Disciplinare prevede che *«In particolare, si richiede che le pubblicazioni siano effettuate – a seconda del lotto e della eventuale voce – su uno o due quotidiani locali, aventi ciascuno tiratura di almeno 20.000 copie, e su uno o due quotidiani nazionali, avente tiratura di almeno 80.000 copie. [...] Gli operatori economici devono dichiarare, in sede di offerta economica, quali sono i quotidiani – aventi le caratteristiche minime come sopra descritte – sui quali intendono compiere le pubblicazioni. L'indicazione di quotidiani non aventi tali caratteristiche minime comporterà l'esclusione dalla procedura»;*

CONSIDERATO che nella risposta al quesito n. 6, contenuta nei "chiarimenti" del 30.6.2021, la Stazione appaltante precisa che *«In particolare - considerato che ai sensi del DM MIT 02/12/2016 i "quotidiani locali" sono quelli a maggior diffusione e rilevanza locale nel luogo in cui si eseguono i contratti, ossia nell'ambito della Regione Friuli Venezia Giulia - si ritiene di dover chiarire, in via autentica, che i quotidiani locali di cui all'art. 3 del "Disciplinare e Capitolato tecnico" (pagg.8-9) sono quelli che hanno una tiratura di almeno 20.000 copie (cfr. chiarimento n.2) e che hanno una maggior diffusione e rilevanza locale ai sensi del DM MIT 02/12/2016 da interpretarsi come "diffusione media regionale" riferita alla Regione FVG non inferiore a 6.000 copie, secondo quanto attestato nella ultima divulgazione non certificata - rispetto alla data di scadenza per la presentazione della domanda - effettuata dalla Accertamenti Diffusione Stampa Srl»;*



RICHIAMATE integralmente le considerazioni e le conclusioni contenute nella Delibera n. 357 del 5 maggio 2021 e nel successivo Comunicato del Presidente ANAC del 16 giugno 2021, in particolare laddove si chiarisce che *«In ossequio al principio della libera concorrenza e del favor participationis, non si rinvergono 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»;*

RITENUTO, in via generale, che non sia sindacabile la facoltà della Stazione appaltante di specificare, secondo valutazioni che rientrano nella sfera della discrezionalità amministrativa, le caratteristiche minime del servizio oggetto di affidamento in relazione alle finalità perseguite; sicché, in astratto, l'individuazione del numero di almeno 6000 copie in relazione alla "diffusione media regionale" dei quotidiani selezionati dai concorrenti per effettuare le pubblicazioni richieste dall'Amministrazione procedente non appare incongruente o sproporzionata rispetto all'oggetto e alle finalità dell'appalto né, pertanto, lesiva della concorrenza come apoditticamente sostenuto dalla società istante (e ciò proprio alla luce dei dati relativi alla diffusione dei quotidiani nella Regione di riferimento da cui risulta che, a prescindere dai quotidiani a maggiore diffusione regionale, ovvero Il Messaggero Veneto, il Gazzettino ed il Piccolo, che si attestano su un numero di copie vendute di 3/5 volte superiore alla soglia minima di 6000 individuata dalla SA, la maggior parte degli altri quotidiani ordinariamente presenti sul mercato nazionale hanno una diffusione talmente bassa, superando in Friuli Venezia Giulia raramente le 2000/3000 copie, che il loro utilizzo per le pubblicazioni in questione non potrebbe comunque garantire gli "adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità delle procedure di gara" volti a favorire la più ampia concorrenza e ragionevolmente richiesti dalla citata normativa);

RITENUTO, quindi, che la questione non si pone sul piano della legittimità del requisito minimo richiesto con riferimento al dato della c.d. "diffusione media regionale" dei quotidiani ai sensi dell'art. 3 del decreto del MIT sopra citato, quanto piuttosto sulla diversa problematica, pur sollevata dall'istante, inerente alle modalità con cui tale requisito è stato introdotto nella legge di gara ovvero se – come ritiene la SA – il chiarimento n.6 contestato dalla STAR Srl abbia *«uno scopo meramente interpretativo per gli operatori economici (in quanto fornisce una mera indicazione applicativa, riferita al mercato regionale, di quanto già prescritto nel Disciplinare e Capitolato tecnico) e non ha contenuto innovativo/modificativo della Lex Specialis»*, oppure – come sostenuto dalla società istante – tali chiarimenti abbiano comportato una illegittima modificazione della disciplina dettata per lo svolgimento della gara, in quanto sarebbe stato violato l'indiscusso principio generale secondo cui *«i medesimi hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara»;*

RILEVATO, sotto questo profilo, che secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la *ratio*, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (in tal senso si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, n. 1604/2020);

RITENUTO che appare evidente che la specificazione relativa al requisito minimo delle 6000 copie oggetto di controversia non costituisce *«una mera indicazione applicativa, riferita al mercato regionale,*



di quanto già prescritto nel *Disciplinare e Capitolato tecnico*” senza alcun contenuto innovativo/modificativo, bensì esattamente il contrario, in quanto mira a definire con precisione un dato qualificante la prestazione richiesta, per giunta a pena di esclusione, non originariamente presente nella *lex specialis* e neppure desumibile in via interpretativa, come apparentemente sostenuto dalla Stazione appaltante, per la evidente ragione che siffatto requisito è stato individuato esclusivamente sulla base di una valutazione discrezionale della SA che, per quanto – come già detto – in astratto ragionevole e congrua, poteva essere affatto diversa, comportando così anche, a seconda dei casi, un ampliamento o una restrizione del novero dei quotidiani considerabili *“a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti”* come previsto dalla norma di riferimento;

RILEVATO, inoltre, che il dato della diffusione di 6000 copie valutato con riferimento a quanto *«attestato nella ultima divulgazione non certificata - rispetto alla data di scadenza per la presentazione della domanda - effettuata dalla Accertamenti Diffusione Stampa Srl»* risulta poco chiaro e quindi esso stesso foriero di difformi interpretazioni, atteso che il concetto di “divulgazione” non è assimilabile a quello di “rilevazione/accertamento”, tanto che i dati relativi alla diffusione media regionale sono molto diversi a seconda che si consideri solo l’anno 2020 oppure una serie storica più ampia (è agevolmente verificabile che in quest’ultimo caso il numero di quotidiani con diffusione superiore alle 6000 copie è più ampio rispetto a quello relativo al solo 2020);

RITENUTO, pertanto, che il pur apprezzabile intento di rendere più chiari i contorni della prestazione richiesta e, quindi, gli obblighi del futuro aggiudicatario ha di fatto comportato l’introduzione, *ex novo*, mediante i “chiarimenti” in parola, di un requisito che la SA ha ritenuto necessario specificare proprio perché non altrimenti desumibile dalla legge di gara e comunque, in assenza di tale precisazione, soggetto a valutazioni arbitrarie tanto da parte dei concorrenti quanto della stessa Amministrazione committente, e che ciò abbia determinato un’illegittima integrazione della *lex specialis*;

RITENUTO che tali ultime conclusioni risultano assorbenti e quindi rendono inutile la trattazione delle altre contestazioni sollevate;

RITENUTO utile precisare, nondimeno, in via generale, in merito alla contestazione relativa all’asserita violazione del comma 7 dell’art. 68 in tema di specifiche tecniche e connesso principio di “equivalenza”, che la particolare tipologia del servizio oggetto di affidamento comporta necessariamente che, qualora la Stazione appaltante abbia individuato il numero minimo di copie che definisca il concetto generico di *“maggiore diffusione locale”* (e/o nazionale), dettato dal legislatore, in modo congruo e proporzionato al valore e all’obiettivo dell’appalto, trattandosi di valutazione che rientra nell’ambito della c.d. discrezionalità tecnica, non sarà di fatto possibile al concorrente dimostrare che *“le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*, poiché è di tutta evidenza che lo scopo che si intende perseguire con le pubblicazioni delle procedure ad evidenza pubblica può ritenersi giuridicamente soddisfatto solo laddove sussista un rapporto significativo tra popolazione locale e diffusione (locale) dei quotidiani; rapporto che spetta, appunto, all’Amministrazione committente stabilire e che può essere sindacato solo in caso di manifesta incongruità, illogicità o sproporzione;

RITENUTO, da ultimo, parimenti irrilevante ai fini del presente parere dirimere l’ulteriore controversia relativa all’esistenza di un presunto refuso contenuto nell’art. 3 del Disciplinare di gara laddove, nell’indicare agli operatori economici, quale mezzo di prova per verificare la idoneità dei quotidiani offerti in gara, la *“ultima divulgazione non certificata”* della Società ADS Srl, la Stazione appaltante sarebbe incorsa in un errore (tardivamente riconosciuto e corretto con i chiarimenti n. 9 del 06/07/2021) poiché



«la Società ADS Srl oggi –diversamente dal passato (in cui vi era anche la divulgazione “non (ancora) certificata” di dati) – pubblica solamente “dati certificati”» e ciò perché anch'essa assorbita dall'accertata illegittimità principale,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che con i chiarimenti n. 6 del 30.6.2021 la Stazione appaltante abbia introdotto un elemento additivo che ha modificato la portata delle prescrizioni contenute nella *lex specialis*, con l'effetto di integrare, in tal modo, inammissibilmente il requisito di cui all'art. 3 del Disciplinare di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 settembre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

(atto firmato digitalmente)