



DELIBERA N. 147 del 20 marzo 2024

Oggetto

Istanza di parere congiunta per adesione ex articolo 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 – OE istante: GRINDER Ideas Production Entertainment S.r.l., - SA: Scuola Superiore Meridionale - Procedura negoziata senza bando mediante RdO aperta su MEPA ai sensi degli artt. 71 e 108, comma 1, del d.lgs. 36/2023 per l'affidamento dell'ideazione di una campagna pubblicitaria con produzione audio-visiva social - CIG: A01F1A3A7E- Importo a base di gara: euro 45.000,00

UPREC-PRE-0046-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Art. 92, d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Chiarimenti – Modifiche significative ai documenti di gara – Ripubblicazione atti di gara – Riapertura termini

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Bando – Chiarimenti - Modifiche significative ai documenti di gara –Ripubblicazione atti di gara – Riapertura dei termini per la presentazione delle offerte – Doverosità.

In caso di modifiche significative ai documenti di gara, tali da incidere sulla platea degli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura o da modificare l'esito della gara, la stazione appaltante è tenuta alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura di tutti i termini previsti dalla lex specialis per la partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 marzo 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 20841 del 9 febbraio 2024 presentata da GRINDER Ideas Production Entertainment S.r.l., relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

VISTA la nota prot. n. 22204 del 14 febbraio 2024 con cui la stazione appaltante manifestava adesione al parere e procedeva, con decreto del Direttore Generale n.22 del 14.02.2024, alla sospensione in autotutela del termine di conclusione della procedura, individuata in 30 giorni, per il tempo strettamente necessario alla definizione del parere di precontenzioso da parte dell'ANAC;

CONSIDERATO che l'istante censurava la proposta di aggiudicazione disposta nei confronti della Pirene s.r.l. in ragione del fatto che il punteggio attribuito all'offerta economica sarebbe stato calcolato non sulla base di quanto previsto ai sensi dell'articolo 6.3 del Capitolato Speciale d'Appalto, bensì applicando la formula di cui all'avviso di chiarimenti n. 4. In particolare, secondo l'istante, la formula di cui ai chiarimenti non era meramente esplicativa, come dichiarato dalla stazione appaltante, ma modificativa della *lex specialis* e qualora l'amministrazione avesse applicato la formula di cui al capitolato, l'esito della gara sarebbe stato differente e l'istante sarebbe stato aggiudicatario del contratto;



VISTA la *lex specialis* e, in particolare, l'articolo 6.2 che, nel delineare le modalità di presentazione dell'offerta e i relativi moduli con riferimento all'offerta economica rinviava alla «*Scheda Componente Economica dove riportare il Ribasso percentuale unico*», nonché l'articolo 6.3 del Capitolato secondo cui «*l'appalto è aggiudicato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 108, comma 1 del Codice [...] i punti assegnati in ragione del prezzo offerto saranno attribuiti sulla base della seguente formula: Punteggio offerta economica = (offerta minima/offerta in esame) x 15. Il punteggio finale valevole ai fini dell'aggiudicazione sarà uguale alla sommatoria dei punteggi rispettivamente ottenuti dall'offerta tecnica e dall'offerta economica*»;

VISTO che con avviso pubblico del 20 ottobre 2023 la stazione appaltante comunicava una proroga dei termini di presentazione dell'offerta al 20 novembre 2023, in quanto «*per mero errore materiale non sono stati inseriti gli slot relativi all'offerta tecnica ed economica denominati "Relazione tecnico descrittiva" e "Modello Offerta Economica"*»;

VISTO l'avviso di chiarimenti n. 4 del 23 ottobre 2023, pubblicato sul sito della stazione appaltante, con il quale l'amministrazione dichiarava che: «*Il presente documento è stato redatto per esplicitare i contenuti del Capitolato Speciale d'Appalto ed è finalizzato a meglio illustrare i criteri di aggiudicazione riportati all'Art. 6.3 "Criteri di aggiudicazione del Capitolato" e le modalità di attribuzione dei punteggi per la valutazione dell'offerta tecnica ed economica. L'appalto è aggiudicato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 108, comma 1 del Codice*» e, per quanto concerne la presente controversia, stabiliva che: «*Per l'elemento prezzo, riportato all'art. 6.3 del Capitolato Speciale d'Appalto, si precisa che la formula riportata "Punteggio offerta economica = (offerta minima / offerta in esame) x 15" è definita sui prezzi ottenibili dai ribassi effettuati dagli operatori economici in sede di offerta e l'importo a base d'asta. Tuttavia, al fine di creare una connessione diretta tra il ribasso offerto in sede di gara ed il punteggio massimo offerto dalla commissione, è possibile adoperare in maniera del tutto equivalente la seguente formula: $PE_i = PE_{max} \times V_i$. Dove: PE_i = Punteggio economico assegnato all'operatore i -esimo; PE_{max} = Punteggio economico massimo assegnabile (=15); V_i = Coefficiente dell'offerta del concorrente i -esimo ($0 < V_i \leq 1$)*»;

VISTO l'avviso del 21 novembre 2023, con il quale l'amministrazione disponeva: «*a causa di un malfunzionamento del portale MEPA (accessibile al sito internet www.acquistinretepa.it), il quale, a partire dalle ore 20.00 e sino alle ore 23.59 del giorno 20.11.2023 è stato interessato da interventi manutentivi straordinari, come risulta nella relativa sezione "manutenzione e segnalazioni" del medesimo portale, il termine di presentazione delle offerte è stato prorogato al giorno 22/11/2023, ore 14:00. Si precisa altresì che il termine di apertura delle buste è prorogato alla data del 05.12.2023, ore 10.00*»;

VISTO il verbale n. 3 del 31 gennaio 2024 dal quale si evincono i ribassi presentati dai concorrenti e, in particolare, che la società istante presentava un ribasso di 8.89% mentre la società aggiudicataria presentava un ribasso del 36.11%, il ribasso più alto tra tutti i concorrenti e che applicando la formula di attribuzione del punteggio all'offerta economica venivano attribuiti, rispettivamente, un punteggio pari a 3.69 e uno pari a 15, il massimo attribuibile per l'offerta economica;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 19 febbraio 2024 con nota prot. n. 24292;

VISTA la documentazione di gara e le memorie delle parti;



VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante, depositata con nota prot. n. 27045 del 26 febbraio 2024 con la quale, a sostegno della correttezza del proprio operato, con riferimento al presunto vizio formale sollevato dall'istante, secondo cui la modifica avrebbe necessitato di una ripubblicazione della disciplina di gara, l'amministrazione evidenziava che la giurisprudenza amministrativa nell'ambito delle modifiche alla disciplina di gara (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916; T.A.R. Veneto, Sez. III, 26 luglio 2016, n. 898; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 248; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 8 marzo 2006, n. 528) ha sostenuto che «*affinché la relativa aggiudicazione sia legittima, devono necessariamente essere rispettate due condizioni: 1. condizione attinente alla pubblicità legale della modifica, ovvero sia la modifica deve essere contenuta in atti e/o documenti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dell'atto emendato. 2. condizione riguardante il rispetto del principio di favor participationis, ovvero sia la modifica sostanziale deve essere preceduta e/o deve seguire ad una riapertura dei termini di presentazione delle offerte. Ciò al solo fine di consentire agli operatori economici di "aggiustare il tiro" ed adeguare la propria offerta alla modifica. Nella fattispecie che ci occupa entrambe le suindicate condizioni di legittimità sono state perfettamente rispettate. Ed infatti, per quanto concerne il suindicato punto 1), l'avviso di chiarimenti n. 4 del 23.10.2023, contenente la precisazione in merito alla regola di attribuzione del punteggio economico, ha goduto delle medesime garanzie di pubblicità della lex specialis di gara. [...] In merito al punto 2), la procedura di gara de qua è stata interessata da due distinte proroghe del termine per la presentazione delle offerte: una immediatamente antecedente l'avviso di chiarimenti n. 4 del 23.10.2023 (segnatamente, il 22.10.2023 in cui il termine è stato prorogato di circa un mese - dal 24.10.2023 al 20.11.2023), e l'altra, il successivo 21.11.2023, in cui il termine è stato ulteriormente prorogato alla data del 22.11.2023 a causa di un malfunzionamento della piattaforma [...] Pertanto, alla luce di quanto suesposto, è chiaro come la scrivente Amm.ne, nella procedura de qua, abbia operato nel rispetto dei citati principi di economicità e di risultato, il quale rappresenta la naturale declinazione del principio eurocomunitario della prevalenza della sostanza sulla forma, uno dei pilastri su cui è costruita la disciplina comunitaria in tema di appalti pubblici». Con riferimento alla presunta illegittimità sostanziale, la stazione appaltante rappresentava che «*All'art. 6.3 del documento denominato Capitolato, per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica, è stata riportata la seguente formula: "Punteggio offerta economica = (offerta minima/offerta in esame) x 15". Sul punto, la regola - così come formulata - avrebbe potuto ingenerare dubbi interpretativi in merito alla modalità di presentazione dell'offerta economica da parte dei concorrenti (in termini di ribasso unico percentuale o importo complessivo offerto). Ed infatti, come si evince dall'avviso di Chiarimenti n.3 – Quesito n.8: "Inoltre, in fase di compilazione dell'offerta non vi è uno slot dove inserire l'importo complesso e/o la percentuale di ribasso che vanno a determinare l'offerta economica del concorrente", gli operatori erano in dubbio se l'offerta dovesse essere esplicitata in termini di prezzo o di ribasso. In secondo luogo, la dicitura "offerta minima", riportata nella suindicata formula, poteva essere interpretata come ribasso minimo oppure come prezzo minimo offerto (corrispondente, quindi, al maggior ribasso), dando luogo a risultati completamente diversi. [...] Pertanto, con l'Avviso di chiarimenti n.4 è stata introdotta la seguente formula: "PE_i=PE, max*(R_i/R_{max})" (dove, PE_i= Punteggio economico del concorrente i-esimo, R_i= Ribasso del concorrente i-esimo, R_{max}= Ribasso massimo, PE_{max}=15=Punteggio economico massimo assegnabile), anch'essa lineare e simmetrica rispetto a quella indicata all'art. 6.3 del Capitolato. In definitiva, le due formule sono equivalenti nel senso che sono entrambe lineari (andamento costante), nonché premiano il concorrente che offre un valore economico, in valore assoluto, più basso»;**

VISTA la memoria depositata dal controinteressato, Pirene s.r.l., con nota prot. n. 26282 del 23 febbraio 2024, con la quale, lo stesso sosteneva la correttezza dell'operato dell'amministrazione evidenziando il fatto che: «*entrambi i calcoli valutano l'offerta economica dell'operatore in relazione alla migliore offerta:*



nel primo caso la valutazione è effettuata sul rapporto tra offerta minima e quella in esame; nel secondo caso il rapporto è effettuato tra il ribasso offerto e il massimo ribasso possibile» e che «la stazione appaltante non ha modificato l'offerta ma ne ha piuttosto chiarito il contenuto»;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del d.lgs. n. 36/2023, adottato con delibera n. 267 del 20 giugno 2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 9, del citato Regolamento;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di chiarimenti alla *lex specialis* asseritamente modificativi della stessa;

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 92 del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui «*1. Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati. 2. I termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: a) se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte, o, in caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 71, comma 3, e 72, comma 6, meno di quattro giorni prima; b) se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara; c) nei casi di cui all'articolo 25, comma 2, terzo periodo. 3. In caso di proroga dei termini di presentazione delle offerte è consentito agli operatori economici che hanno già presentato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla»;*

CONSIDERATO che l'Autorità, con delibera n. 5 dell'11 gennaio 2023, sebbene relativa alla normativa previgente ma ancora attuale rispetto al nuovo quadro normativo di cui al d.lgs. n. 36/2023, ha precisato che: «*in presenza di modifiche significative ai documenti di gara l'art. 79, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/2016 prevede l'obbligo per le Stazioni appaltanti di prorogare i termini per la ricezione delle offerte, in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte. Le modifiche «sostanziali» sono quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura di gara in modo tale da determinare (anche solo potenzialmente) un ampliamento della platea dei soggetti interessati all'affidamento dell'appalto. [...] In presenza di modifiche sostanziali, opera il cd. principio del "contrarius actus", in forza del quale dette modifiche devono avvenire con le stesse forme di pubblicità osservate in precedenza dalla Stazione appaltante per la pubblicazione del bando di gara. Peraltro, la giurisprudenza richiede, ai fini della legittimità della procedura, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio. La riapertura dei termini va intesa non solo come slittamento del termine per la presentazione delle offerte ma anche come automatica riapertura degli altri termini eventualmente previsti dalla lex specialis (es. il termine per effettuare il sopralluogo)» (cfr. Tar Veneto n. 940/2018 e la giurisprudenza ivi richiamata; ANAC. Delibera n. 5 dell'11 gennaio 2023);*

CONSIDERATO altresì che, per giurisprudenza pacifica, confermata anche dall'Autorità (cfr. in tal senso ANAC, delibera n. n. 5 dell'11 gennaio 2023 e n. 53 dell'8 febbraio 2023), i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara (cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, 8



ottobre 2021, n. 841; 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza). I chiarimenti della stazione appaltante 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, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza). Anche l'errore materiale 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, III, 10 maggio 2017, n. 2172, 3 aprile 2017, n. 1527, 26 agosto 2016, n. 3708; V, 23 settembre 2015, n. 4441, 28 maggio 2015, n. 2671, 8 aprile 2014, n. 1666). In difetto di ciò non è consentito nemmeno all'amministrazione aggiudicatrice o alla Commissione di gara di disapplicare o riformare le disposizioni della *lex specialis*. Costituisce, infatti, *ius receptum* il principio in base al quale le regole stabilite discrezionalmente dalla stazione appaltante negli atti di gara (bando, disciplinare ed allegati) vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione, tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) ne è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (v. Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019 n. 7595; Id., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502; Delibera ANAC n. 226 del 4 marzo 2020; Delibera Anac n. 1084 del 21 novembre 2018). Le regole poste nell'avviso di gara costituiscono, infatti, la garanzia dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento;

RILEVATO che è consolidato il criterio ermeneutico secondo 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 (ANAC, delibera n. 53 dell'8 febbraio 2023 e precedenti ivi richiamati);

RITENUTO che, nel caso di specie, in ragione delle argomentazioni fornite dalla stessa stazione appaltante a supporto delle scelte operate in merito ai chiarimenti oggetto della presente controversia, l'esigenza meramente interpretativa sottesa alla scelta dell'amministrazione consiste, in realtà, in una esigenza modificativa della disciplina di gara, dal momento che la formula di cui al capitolato poteva ingenerare dubbi interpretativi e differenti esiti, come dalla stessa dichiarato: «la dicitura "offerta minima", riportata nella suindicata formula, poteva essere interpretata come ribasso minimo oppure come prezzo minimo offerto (corrispondente, quindi, al maggior ribasso), dando luogo a risultati completamente diversi». Ne consegue che la formula introdotta con i chiarimenti in contestazione costituisce *in re ipsa* una formula modificativa di quella di cui al capitolato. In altre parole, la stazione appaltante con la pubblicazione dei chiarimenti in questione è giunta ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis* un significato ed una portata diversa da quella che risulta dal testo stesso, violando il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'articolo 97 Cost. e il principio dell'autovincolo;



RITENUTO che, nel caso di specie, la scelta dell'amministrazione di pubblicare i chiarimenti n. 4 nella stessa modalità di pubblicazione della *lex specialis* e degli altri sette chiarimenti pubblicati, senza alcuna indicazione esplicita della relativa portata modificativa, l'aver disposto una proroga del termine di presentazione delle offerte antecedente ai chiarimenti stessi e adottata per altra ragione come indicato in narrativa, nonché l'aver disposto una ulteriore proroga per malfunzionamento della piattaforma, anziché procedere alla ripubblicazione della disciplina di gara e alla riapertura dei termini di partecipazione, non è conforme alla normativa e ai principi in materia di contratti pubblici sopra esplicitati;

RITENUTO che, nel caso di specie, stante la portata modificativa dei chiarimenti pubblicati e l'impatto che la differente formula avrebbe potuto determinare sull'esito della gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla modifica della *lex specialis* e alla relativa pubblicazione ai sensi dell'articolo 92 del d.lgs. n. 36/2023, con riapertura dei termini di gara;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla disciplina e ai principi in materia di contratti pubblici, in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto modificare la *lex specialis* e ripubblicarla, dando indicazione ai concorrenti dell'avvenuta modifica apportata e riaprendo i termini di gara.

Ritiene, conseguentemente, che la proposta di aggiudicazione disposta sulla base della formula emendata dai chiarimenti non sia legittima e che la stazione appaltante, con riferimento alla gara in essere e alla *lex specialis* pubblicata, è tenuta all'applicazione della formula di aggiudicazione di cui al capitolato; diversamente, qualora ritenga tale formula non coerente con le proprie esigenze e con il soddisfacimento dell'interesse pubblico all'individuazione del miglior offerente, è tenuta all'annullamento della procedura e alla indizione di una nuova gara.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 marzo 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente