



DELIBERA N. 477

23 ottobre 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata da [OMISSIS] – Affidamento in concessione del servizio gestione, accertamento e riscossione, anche coattiva, del canone patrimoniale di concessione, autorizzazione o esposizione pubblicitaria (canone unico patrimoniale) e del canone per l'occupazione nei mercati – legge 160/2019 – anni 6 (sei) – Importo a base di gara: euro 433.845,66 – S.A. Provincia di Biella S.U.A. per il Comune di Vigliano Biellese – CIG: B109DA7B3A - istanza singola

UPREC-PRE 0257-2024-S

Riferimenti normativi

Artt. 82, co. 2 e 88, co. 3 del d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Modulistica - chiarimenti

Massima

Modulistica - chiarimenti – mancata pubblicazione – non ha causato distorsione della concorrenza

La modulistica non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la lex specialis della gara e non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del disciplinare. Nel caso in cui la S.A. si limiti, con i chiarimenti, a ribadire quanto già evincibile dalla lex specialis, non è ravvisabile una distorsione della concorrenza nel caso in cui le comunicazioni fornite dalla S.A. solo ad alcuni concorrenti non abbiano impedito in alcun modo la partecipazione, né abbiano posto tali concorrenti in posizione di vantaggio competitivo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 ottobre 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 98788 del 27 agosto 2024 e la relazione allegata, presentata dall'operatore economico [OMISSIS] giunto secondo nella gara in oggetto, tesa a contestare l'aggiudicazione a favore di M.T. S.p.a. L'istante rappresenta che, dall'esame del *report* della procedura, risultavano alcune richieste di chiarimento poste da altri concorrenti e attinenti alle modalità di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, le cui risposte non venivano pubblicate dalla stazione appaltante. In particolare, [OMISSIS] afferma che con tali chiarimenti, riferiti all'effettuazione del sopralluogo e al versamento della cauzione provvisoria, la S.A. avrebbe modificato alcune disposizioni attinenti alla documentazione amministrativa nonché la relativa modulistica, informando solamente il concorrente richiedente. [OMISSIS] ritiene quindi di aver subito un aggravio della procedura di partecipazione, in quanto, non conoscendo tali informazioni e facendo affidamento su quanto disposto dalla *lex specialis*, effettuava gli adempimenti ivi previsti. L'istante chiede un parere all'Autorità, in quanto ritiene che dalla condotta della S.A. sia derivata una lesione dei principi di trasparenza e *par condicio* che dovrebbero condurre all'annullamento della procedura;

VISTO l'avvio del procedimento, effettuato con nota prot. n. 109730 in data 23 settembre 2024;

VISTA la memoria della stazione appaltante, acquisita al prot. n. 112078 del 27 settembre 2024, con la quale essa riferisce di aver indetto una procedura negoziata mediante pubblicazione di un avviso di indagine di mercato, condotta su piattaforma Sintel, all'esito della quale pervenivano tre manifestazioni di interesse, e che entro il termine per la presentazione delle offerte pervenivano due offerte, entrambe ammesse al prosieguo della procedura all'esito della verifica della documentazione amministrativa. Dopo le valutazioni delle offerte tecniche ed economiche risultava aggiudicatario l'operatore economico M.T. S.p.a., con determina del 21 agosto 2024. Nel merito delle contestazioni proposte dal concorrente [OMISSIS] e riferite alle "Comunicazioni di Procedura", la S.A. afferma che non veniva fornita alcuna informazione aggiuntiva a quanto già previsto nella documentazione di gara. In particolare, essa si limitava a ribadire l'obbligatorietà del sopralluogo, che peraltro la Step. S.r.l. effettuava regolarmente, e che era già previsto in un apposito campo di compilazione obbligatorio sulla piattaforma. Essa ribadiva poi che non era necessario il versamento della cauzione provvisoria, in linea peraltro con quanto previsto dall'art. 53 del d.lgs. 36/2023, specificando che la *lex specialis* non recava riferimenti alla cauzione provvisoria e che il modello di domanda fornito era un modello standard dove, in tema di garanzie, era presente la dicitura "compilare solo se di interesse". Infine, la S.A. respinge le contestazioni evidenziando come la partecipazione della Step. S.r.l. non sia stata in alcun modo compromessa e la cauzione prestata sarebbe stata comunque svincolata automaticamente;

VISTA la memoria di replica dell'istante, acquisita al prot. n. 112408 del 30 settembre 2024, con la quale [OMISSIS] insiste nell'affermare che nei documenti di gara non vi era alcun riferimento all'obbligo di sopralluogo e, soprattutto, che era invece previsto il versamento della garanzia provvisoria, in quanto la dicitura "compilare solo se di interesse" riguardava solo l'indicazione dell'eventuale beneficio della riduzione della polizza. In definitiva, l'istante insiste sulla inammissibilità dei chiarimenti forniti dalla S.A. e sulla violazione degli obblighi di trasparenza;

VISTO l'art. 82, co. 2 ("In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara") e l'art. 88, co. 3 ("Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima della



scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto”) del d.lgs. 36/2023;

CONSIDERATO l’orientamento consolidato della giurisprudenza (C.G.A., 8 aprile 2024, n. 28; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 50; 7 settembre 2022, n. 7793; Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301), secondo cui i chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili nei limiti in cui non comportino una modifica o integrazione della disposizione della *lex specialis*, ma rendano solo più trasparenti le previsioni di gara. La trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l’interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di presentare un’offerta ammissibile e competitiva (CGUE, sez. IX, 2 giugno 2016, C- 27/15);

CONSIDERATO, nel merito della questione posta, che dalle “Comunicazioni di procedura” emerge che la S.A. si limitava a confermare la necessità del sopralluogo, evidenziando che all’interno della documentazione amministrativa veniva richiesto l’attestato di avvenuto sopralluogo. Essa confermava poi ai richiedenti che non era richiesto il versamento della cauzione provvisoria, richiamando l’attenzione sul fatto che il capitolato si riferiva solamente alla garanzia definitiva;

CONSIDERATO che, secondo quanto affermato dalla S.A., la lettera d’invito generata dalla piattaforma Sintel non conteneva riferimenti alla cauzione provvisoria, e che il capitolato di gara prevedeva all’art. 8 solamente la costituzione della garanzia definitiva;

VISTO il modello di domanda di partecipazione, che la S.A. dichiara essere un modello generico da compilare inserito all’interno della cartella “Modelli.zip” creata dalla Centrale di Committenza, e che prevede al punto 8 (“Ulteriori dichiarazioni”) il campo “Dichiara che la cauzione è stata costituita nelle forme di ... (indicare se cauzione o fideiussione)”;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la S.A. si limitava a ribadire le previsioni degli atti di gara in quanto, da un lato, emerge che il sopralluogo era effettivamente obbligatorio, e dall’altro che non era prevista la costituzione della garanzia provvisoria all’interno della lettera d’invito generata da Sintel nè all’interno del capitolato di gara. Solamente il modello di domanda recava uno spazio dedicato alla suddetta dichiarazione, che poteva far sorgere il dubbio sulla necessità di costituire la cauzione provvisoria, ma che comunque non avrebbe potuto prevalere sulle previsioni della *lex specialis*;

VISTA la delibera Anac n. 369 del 26 luglio 2023 che ha sottolineato, con riguardo all’autonomia e alla funzione del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d’appalto, che il primo fissa le regole della gara e assume la funzione di regola fondamentale e prevalente, il secondo disciplina il procedimento di gara ed il terzo integra eventualmente le disposizioni del bando con particolare riferimento agli aspetti tecnici anche in funzione del vincolo contrattuale. Tali atti determinano insieme la *lex specialis* della gara ed in caso di contrasti tra le singole disposizioni della stessa ed alla loro risoluzione, tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara;

CONSIDERATO che, secondo la giurisprudenza (T.A.R. Puglia Lecce, 2 febbraio 2022, n. 192) “Se esiste un criterio gerarchico tra fonti dirette a comporre la *lex specialis*, a fortiori analoghi principi devono valere per la modulistica specificatrice, che non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la *lex specialis* della gara e che non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del disciplinare (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1516; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13 maggio 2016, n. 655; T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 28 luglio 2016, n. 461)”;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, a fronte di un modello di domanda in cui era presente, fra le “Ulteriori dichiarazioni”, un campo da riempire recante la dichiarazione di aver costituito la cauzione provvisoria, adempimento non previsto dal capitolato di gara, l’istante non soffriva alcun ostacolo alla



partecipazione, anzi veniva ammesso e partecipava regolarmente alla gara. Egli avrebbe potuto evitare il lamentato aggravio della procedura, per aver versato la cauzione provvisoria pur non risultando tale adempimento necessario, provvedendo nel dubbio a chiedere chiarimenti alla S.A. così come gli altri concorrenti ma, in ogni caso, egli non subiva alcun ostacolo alla partecipazione né si ritrovava in posizione di svantaggio rispetto alla procedura di gara o in vista dell'aggiudicazione;

RITENUTO quindi che nel caso di specie, alla luce di tutto quanto sopra considerato, ribadita la prevalenza delle disposizioni della *lex specialis* di gara, non risulta che si sia verificata alcuna distorsione della concorrenza, in quanto le comunicazioni fornite dalla S.A. ad alcuni concorrenti non impedivano la partecipazione, il che è dimostrato dal fatto che l'istante veniva ammesso e partecipava regolarmente alla procedura di gara, né ponevano tali concorrenti in posizione di vantaggio competitivo;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore, in quanto i chiarimenti forniti dalla S.A. ad alcuni concorrenti in relazione al versamento della cauzione provvisoria si limitavano a ribadire quanto già evincibile dalla *lex specialis*, non impedivano la partecipazione, né ponevano tali concorrenti in posizione di vantaggio competitivo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente