

Appalti

Gare, l'ambiguità delle clausole va sciolta favorendo la concorrenza (ma nel nuovo codice vincerà il risultato)

di Roberto Mangani

12 Maggio 2023

La decisione di un Tar fa intravedere come potrà cambiare l'interpretazione delle norme di gara nel passaggio dal vecchio al nuovo regime

Nel caso di clausole del bando equivoche, suscettibili cioè di diverse interpretazioni, va comunque privilegiata quella che consente un ampliamento della platea dei partecipanti, in applicazione del principio del favor participationis. Nella medesima logica, la stazione appaltante può legittimamente attivare il soccorso procedimentale al fine di ottenere chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica, a condizioni che gli stessi non comportino una modifica o integrazione dell'offerta presentata.

Si è espresso in questi termini il [Tar Lazio, Sez. II, 26 aprile 2023, n. 7150](#), che riafferma alcuni orientamenti giurisprudenziali già conosciuti, anche se ne viene offerta un'interpretazione particolarmente estensiva. Peraltro, al di là dello specifico caso, può essere interessante una riflessione più generale volta a verificare se le affermazioni operate dal giudice amministrativo e in particolare il richiamo incondizionato al principio del favor participationis mantengano intatta la loro valenza anche alla luce dei principi generali sanciti dal nuovo Codice dei contratti pubblici negli articoli di apertura, ovvero il contenuto di tali principi ne imponga una rivisitazione nella loro applicazione pratica.

Il fatto

Roma Capitale aveva indetto una procedura negoziata ex articolo 63 del Dlgs 50/2016 per l'affidamento di una fornitura di un particolare prodotto (tenda completa di impianti) funzionale alle esigenze della protezione civile. Per l'aggiudicazione della gara era stato utilizzato il criterio del prezzo più basso, sul presupposto che si trattasse di una fornitura con caratteristiche standardizzate. Alla gara partecipavano solo due concorrenti. A seguito dell'aggiudicazione a favore dell'operatore che aveva offerto il maggior ribasso, l'altro concorrente impugnava la stessa davanti al giudice amministrativo.

Alla base del ricorso veniva proposto quale motivo principale la mancata esclusione del concorrente risultato aggiudicatario. Secondo il ricorrente tale esclusione doveva essere disposta in quanto il prodotto offerto era difforme da quello richiesto nei documenti di gara. In particolare, le caratteristiche del prodotto come descritte nell'offerta originaria erano state successivamente modificate in sede di soccorso istruttorio attivato dall'ente appaltante. Secondo la prospettazione del ricorrente il disciplinare di gara e il capitolato prestazionale indicavano le caratteristiche tecniche minime della fornitura, comprensive dei requisiti minimi in termini di dimensioni del prodotto richiesto. A fronte della presentazione dell'offerta da parte dell'aggiudicatario, l'ente appaltante aveva richiesto a quest'ultimo una relazione dettagliata contenente le specifiche sulle caratteristiche tecniche del prodotto offerto, comprensiva delle schede tecniche.

Il concorrente poi risultato aggiudicatario aveva fornito quanto richiesto. L'ente appaltante a sua volta, a fronte della documentazione ricevuta, avendo riscontrato alcune difformità rispetto ai requisiti tecnici minimi indicati in sede di gara, convocava i rappresentanti dell'offerente per un confronto, al fine di ottenere alcuni chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica.

A valle di tale confronto, il concorrente inviava all'ente appaltante una nuova relazione descrittiva con la quale sostanzialmente eliminava alcune difformità riscontrate tra la propria offerta e i requisiti tecnici minimi indicati nella documentazione di gara. Secondo il ricorrente le modalità adottate dall'ente appaltante avrebbero superato i limiti di utilizzo del soccorso istruttorio, con conseguente violazione del principio di immodificabilità dell'offerta.

Il soccorso procedimentale: caratteristiche e limiti

A fronte delle censure descritte, il giudice amministrativo ha precisato in via preliminare che l'attività di approfondimento dell'offerta posta in essere dall'ente appaltante non era da ricondurre al soccorso istruttorio in senso stretto ma piuttosto al diverso istituto del soccorso procedimentale. Secondo quanto evidenziato dalla giurisprudenza, nell'ordinamento dei contratti pubblici trova infatti spazio il soccorso procedimentale – distinto dal soccorso istruttorio – che consente all'ente appaltante di richiedere ai concorrenti chiarimenti anche in relazione agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, fermo restando il divieto di integrazione dell'offerta stessa.

La stessa giurisprudenza ha precisato che appartengono all'area di operatività del soccorso procedimentale quei chiarimenti finalizzati a consentire una corretta interpretazione delle offerte e a ricavarne così l'effettiva volontà del concorrente, in modo da superare eventuali ambiguità in merito agli esatti contenuti dell'impegno negoziale assunto con l'offerta. Si tratta – come detto – di un istituto che rimane distinto dal soccorso istruttorio – che consente di acquisire nuovi documenti ma non attinenti all'offerta tecnica ed economica – rimanendo comunque inalterato anche nel soccorso procedimentale il divieto di introdurre elementi idonei a integrare o modificare i contenuti dell'offerta originaria.

In sostanza, all'ente appaltante è riconosciuta la facoltà di richiedere chiarimenti che consentano di meglio definire i contenuti dell'offerta, che tuttavia non possono essere modificati nei loro elementi essenziali. Per elemento essenziale non modificabile si deve intendere qualunque elemento che risulti difforme rispetto ai requisiti tecnici minimi indicati nella documentazione di gara. Questi ultimi, quindi, non possono in alcun caso essere modificati, e un chiarimento interpretativo che si traduca in una modifica non può ritenersi ammesso.

Per consentire una corretta applicazione di questi principi risulta tuttavia necessario che i requisiti tecnici minimi siano indicati nella documentazione di gara in maniera certa e inequivoca. Se questa condizione sussiste, non vi è spazio per alcun tipo di chiarimento interpretativo, con la conseguenza che riprende pieno vigore l'automatismo dell'esclusione nel caso di offerta difforme dai suddetti requisiti. Detto altrimenti, non sussiste alcuno spazio neanche per il soccorso procedimentale nell'ipotesi in cui le caratteristiche tecniche del prodotto richiesto dall'ente appaltante siano indicate nella documentazione di gara in maniera analitica e inequivoca.

Applicando questi principi al caso di specie, il giudice amministrativo ha ritenuto che il soccorso procedimentale sia stato correttamente utilizzato dall'ente appaltante. Il Consiglio di Stato ha infatti evidenziato che uno dei requisiti tecnici essenziali del prodotto – la c.d. copertura utile totale delle tende – poteva essere inteso in un duplice significato: superficie calpestabile o superficie coperta. Solo nel primo caso – ma non nel secondo – l'offerta del concorrente aggiudicatario era da ritenere non conforme a quanto indicato nel capitolato tecnico. In sostanza, poiché il requisito tecnico indicato in sede di gara non era identificato secondo un contenuto inequivocabile, ma era piuttosto suscettibile di diverse interpretazioni, legittimamente l'ente appaltante ha attivato il soccorso procedimentale volto a verificare se l'offerta potesse considerarsi conforme ai requisiti tecnici definiti in sede di gara e tale verifica si è conclusa positivamente.

In realtà questo ragionamento presenta una zona d'ombra, in quanto l'ammissione dell'offerta viene affermata non tanto in relazione al contenuto del soccorso procedimentale, quanto piuttosto con riferimento all'equivocità iniziale della documentazione di gara. E in questo senso la decisione del Tar Lazio trova il suo principale riferimento nell'applicazione del principio del favor participationis.


Il principio del favor participationis

Dunque la ragione sostanziale che ad avviso del giudice amministrativo rende legittimo il comportamento dell'ente appaltante è l'applicazione al caso di specie del principio del favor participationis. Per giurisprudenza consolidata, a fronte di due diverse interpretazioni possibili delle clausole del bando di gara – entrambe astrattamente compatibili con il significato letterale delle stesse – l'ente appaltante deve privilegiare quella che meglio tutela il principio del favor participationis, cioè che consente nella misura più ampia possibile la partecipazione dei concorrenti alla gara. Di conseguenza, se la clausola del bando è equivoca, l'ente appaltante, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, deve evitare interpretazioni restrittive della concorrenza, privilegiando invece quelle che permettono di ampliare la platea dei potenziali concorrenti.

Il favor participationis alla luce dei principi generali del nuovo Codice

Le affermazioni contenute nella pronuncia in merito al principio del favor participationis inducono a qualche riflessione sulla perdurante valenza in termini assoluti di tale principio alla luce dei principi generali che il nuovo Codice dei contratti (Dlgs 36/2023) ha inteso inserire – con una innovazione significativa – in apertura dell'intero corpo normativo. La riflessione è se il favor participationis mantenga intatta la sua forza operativa ovvero possa o debba subire una rivisitazione che tenga conto dei nuovi principi generali ricordati. In particolare viene in rilievo il principio del risultato, nei termini indicati dall'articolo 1 del Dlgs 36/2023. Quest'ultima disposizione stabilisce infatti al comma 1 che le stazioni appaltanti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività e il miglior rapporto qualità/prezzo. Il successivo comma 2 prevede poi che la concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento dei contratti. Infine il comma 3 precisa che il principio del risultato costituisce attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Senza volere trarre da queste previsioni la conclusione – che sarebbe eccessiva e sbagliata – che le stesse siano in contrasto con il principio del favor participationis, si può tuttavia operare una riflessione di carattere generale. Qualora l'applicazione rigida di tale principio portasse ad allargare a dismisura la platea dei potenziali concorrenti, occorre chiedersi se ciò confligga in qualche modo con il principio del risultato. Quest'ultimo, con il richiamo alle esigenze di efficienza, efficacia e celerità, non necessariamente presuppone lo svolgimento di gare con la partecipazione di un numero eccessivo di concorrenti. E, di conseguenza, anche il principio del favor participationis che va in questa direzione potrebbe subire una rilettura volta a definire in maniera più circoscritta il suo campo di applicazione.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE