

SENTENZA CONSIGLIO DI STATO SEZ. III N.74 DEL 13/01/16

CHIARIMENTI AMMISSIBILI SOLO PER RENDERE CHIARO IL SIGNIFICATO DI UNA CLAUSOLA DEL BANDO – INAMMISSIBILI SE INTRODUCONO EX NOVO CONDIZIONI DIVERSE-

La A.S.L. di Pescara indiceva una gara a procedura aperta per l'affidamento della progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del Presidio Ospedaliero di Pescara Santo Spirito, nonché per la fornitura di apparecchiature e attrezzature.

Il bando prevedeva (oltre alla categoria OG1 prevalente e alla OG11 scorporabile e subappaltabile) la categoria scorporabile e subappaltabile OS5 (“impianti pneumatici ed antintrusione”) classifica III (con importo lavori pari ad euro 723.000,00). In seguito ad un apposito quesito IL RUP con un chiarimento datato 27/10/2014 “ ha ritenuto “*valido ai fini della partecipazione all'appalto in parola il possesso della certificazione SOA Categoria OS4 in aggiunta ed alternativa alla OS5*”.

Espletata la gara ed aggiudicata alla S.P.A. XXX, la seconda classificata proponeva ricorso al TAR, contestando la legittimità della aggiudicazione, evidenziando il mancato possesso da parte della ditta vincitrice del requisito di carattere speciale SOA OS5.

Il TAR ABRUZZO sez. di Pescara con sentenza n. 248 dell'11/06/2015 accoglieva il ricorso con le seguenti argomentazioni :

Il disciplinare prevedeva tra i lavori, la fornitura in opera di un impianto di trasporto pneumatico e quindi esso potrebbe essere ricompreso nella più generica categoria degli impianti trasportatori elettromeccanici, proprio perché il sistema delle soffianti che creano il flusso d'aria nel trasporto pneumatico sarebbe prevalentemente costituito da elementi elettromeccanici.

“Appare infatti fin troppo evidente che proprio perché la realizzazione di un impianto pneumatico ha carattere di specialità rispetto a un generico trasportatore elettromeccanico, si giustifica la previsione di una specializzazione *ad hoc*. Nella sua realizzazione è verosimilmente necessaria la considerazione di aspetti tecnici ulteriori rispetto a quelli meccanici ed elettrici e connessi appunto con l'uso del particolare mezzo di trasporto costituito dall'aria o altro gas sotto pressione. Sicché la specializzazione e l'esperienza richiesta per il trasporto pneumatico non può essere assimilata *ictu oculi* a quella di un generico impianto di trasporto.

Ciò del resto trova proprio conferma nella circostanza che nell'allegato A del d.p.r. n. 270 del 2010 tali categorie sono state appunto separate”.

OS5 IMPIANTI PNEUMATICI E ANTINTRUSIONE

OS4 IMPIANTI ELETTROMECCANICI TRASPORTATORI

“Ne consegue che l'intervento dell'Amministrazione con il chiarimento del 27 ottobre 2014 deve essere considerato come una vera e propria modifica del bando, illegittima se non altro perchè adottata senza il procedimento di autotutela (cfr. Tar Catania, sentenza n. 3075 del 2013) e senza le medesime forme di pubblicità del bando, nonchè senza riaprire i termini per la presentazione delle offerte, ledendo così il principio di parità di trattamento nei confronti di altri operatori che non hanno presentato domanda non essendo appunto muniti della categoria speciale espressamente richiesta dalla stazione appaltante”.

Avverso la sentenza del Tar l'aggiudicataria proponeva appello, che veniva rigettato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 74/2016.

Preliminarmente il Collegio reputa di non doversi discostare dalle conclusioni cui è pervenuto il T.A.R. nel qualificare la determinazione assunta dalla stazione appaltante come innovativa delle previsioni della *lex specialis* del concorso, cui *ab initio* deve farsi riferimento con carattere di non modificabilità a garanzia del par *condicio dei concurrenti* e dei diritti di accesso alla selezione pubblica.

“La stazione appaltante nella fase di qualificazione delle ditte può, invero, intervenire con atti che spieghino ed illustrino il contenuto prescrittivo di clausole del bando o del capitolato speciale cui il bando medesimo rinvia (c.d. *chiarimenti*), ma con il limite che sussistano effettive difficoltà e/o incertezze interpretative delle regole del concorso e che il chiarimento fornito non assuma un ruolo innovativo della disciplina cristallizzata nel precedente atto di indizione della gara.

Sul punto è invero pacifico l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa il quale esclude che l'Amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* del concorso.

I chiarimenti sono, invero, ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed 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 della Costituzione (da ultimo *ex multis* Cons. St. Sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; Sez. V, n. 4441 del 29 settembre 2015; Sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014)

Con riguardo alla presente vicenda contenziosa non sussisteva, sotto un primo profilo, alcuna incertezza interpretativa sul contenuto prescrittivo del bando che, in ordine al *quantitativo o entità dell'appalto*, aveva indicato con chiare statuizioni la OG1, classifica V, come categoria prevalente e prevista la categoria OS5, classifica III, per lavori scorporabili e sub appaltabili per un importo di euro 723.000,00, nonché sempre per lavori scorporabili e sub appaltabili l'ulteriore categoria OG11. classifica IV bis.

I soggetti interessati a partecipare alla gara erano, quindi, posti in condizione di ben conoscere i requisiti di capacità tecnica necessari per la partecipazione al concorso e per l'esecuzione dei lavori e nessun intervento di chiarimento può, pertanto, ritenersi esigibile da parte della stazione appaltante”.

Il Consiglio di stato conferma quindi la sentenza N. 248/2015 del TAR Abruzzo sezione di Pescara ,rigettando il ricorso della ditta aggiudicataria.

Sintesi a cura del Presidente della Commissione Monitoraggio bandi LL.PP. e rapporti con ANAC.