

Chiarimenti, “modifiche ai documenti di gara” e proroga del termine per presentare le offerte: una novità “nascosta” nel nuovo Codice?

di Andrea Di Leo

Data di pubblicazione: 1-6-2017

In presenza di un'integrazione che introduca elementi nuovi suscettibili di determinare una diversa formulazione delle offerte occorre ricorrere alla procedura di cui all'art. 79, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016, giacché non vi è dubbio che un criterio incidente sulla individuazione dell'aggiudicatario in presenza di uno dei possibili esiti concorsuali non possa che considerarsi una modifica e/o integrazione significativa dei documenti di gara nei sensi di cui alla norma richiamata. Conseguentemente, la decisione in esame ha considerato legittima la modifica della *lex specialis*, poiché in linea con la possibilità di integrare la disciplina di gara che è implicitamente riconosciuta dall'art. 79 del Codice dei contratti.

1. L'autotutela come “via obbligata” per la modifica della *lex specialis* nel d.lgs. n. 163/2006.

Nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006 la giurisprudenza si è sempre espressa affermando che, rispetto alle previsioni della *lex specialis*, “*i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica; esse fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante*” (Cons. Stato, Sez. V, 23.9.2014, n. 4441 nonché, in termini, Sez. III, 13.1.2016, n. 74; Sez. VI, 15.12.2014, n. 6154; Sez. III, 20.04.2015, n. 1993 e C.G.A.R.S., 12.8.2016, n. 271; da ultimo anche TAR Lazio, Sez. III-*quater*, 17.2.2017, n. 2549).

Principio, quello appena ricordato, dal quale discende l'ulteriore costante insegnamento secondo cui “*ove la stazione appaltante intenda innovare o modificare le previsioni di gara, deve operare in autotutela e procedere alla ripubblicazione della lex specialis stessa, che -diversamente- resta imm modificabile (...). Solo così operando, invero, si consente al meccanismo concorrenziale un corretto funzionamento, consentendo alle imprese che abbiano già presentato l'offerta di riformularla e a chi vi abbia interesse di valutare l'opportunità di partecipare alla gara sulla scorta delle nuove regole*” (TAR Puglia, Bari, 26.6.2014, n. 808 e CGARS n. 271/2016 cit.).

In sintesi: in presenza di una modifica della *lex specialis* la stazione appaltante è tenuta ad agire in autotutela e ciò diversamente dall'ipotesi del chiarimento puramente interpretativo. Dunque, un mero differimento dei termini per la presentazione dell'offerta, adempimento sufficiente nella seconda ipotesi, seguendo tali principi, non potrebbe essere considerato sufficiente in presenza di una vera e propria rettifica delle regole di gara.

2. Chiarimenti e “*modifiche significative*” e nel d.lgs. n. 50/2016.

Il quadro, tuttavia, potrebbe, in tutto o in parte, essere rimeditato alla luce di quanto dispone, oggi, l'art. 79 del d.lgs. n. 50/2016, recante la disciplina della “*fissazione dei termini*”.

Qui, infatti, al co. 3 si dispongono le ipotesi di proroga obbligatoria del termine per la ricezione delle offerte, ricollegate a due ipotesi:

- a) pubblicazione dei chiarimenti oltre i termini minimi;
- b) “*modifiche significative ai documenti di gara*”.

Quanto alla durata di tale proroga, il co. 4 della medesima disposizione stabilisce che questa dovrà essere “*proporzionale all'importanza delle informazioni o delle modifiche*”.

Gli artt. 71 e 72 del d.lgs. n. 163/2006 non disciplinavano espressamente le ipotesi di proroga dei termini di presentazione delle offerte, fermo restando che si stabiliva che, laddove richieste per tempo, le informazioni complementari devono essere rese ai concorrenti nel rispetto di un determinato termine minimo rispetto alla scadenza per la presentazione delle offerte.

La giurisprudenza, al riguardo, aveva così chiarito che:

- laddove sussista un profilo che “*dia motivo all'ente appaltante di formulare un chiarimento tanto importante da rendere necessario che “tutti” i concorrenti ne prendano visione e lo accettino formalmente, allora l'ente appaltante – per rispettare la par condicio - dovrà congruamente prorogare il termine per la presentazione delle offerte e invitare coloro che l'avessero già presentata a ritirarla e ripresentarla*” (TAR Umbria, 30.3.2009, n. 122);

- “*quando le informazioni concernono aspetti assolutamente rilevanti ai fini dell'offerta, la mancata risposta diviene elemento causativo di illegittimità*” (così TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 29.3.2011, n. 746 e, in termini, ANAC, Parere n. 117 del 17.7.2013).

Il nuovo assetto normativo non pone particolari questioni in ordine alla disciplina della proroga in ipotesi di chiarimenti “in senso stretto” (ossia atti che non modificano ovvero integrino la *lex specialis*, limitandosi ad interpretarla): l'obbligo di posticipare il termine di presentazione delle offerte, oggi codificato dall'art. 79, co. 3, lett. a), poteva considerarsi, sia pur in assenza di norma espressa, acquisito anche sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 e ciò, quantomeno, laddove questi fossero pubblicati tardivamente.

Al contrario, la fattispecie considerata dal co. 3, lett. b), impone un attento esame.

Infatti, ivi si considera l'ipotesi di "*modifiche significative ai documenti di gara*", ossia un *quid pluris* rispetto al mero chiarimento.

E ciò con una potenziale discontinuità rispetto al precedente assetto nel quale, come evidenziato introduttivamente, si riteneva che per la modifica della *lex specialis* è condizione di legittimità il ricorso all'autotutela vera e propria.

3. La possibile concreta portata innovativa del co. 3, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016.

Per comprendere gli effetti di una simile modifica può essere utile prendere in esame una decisione adottata anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e verificare se le conclusioni della stessa – conformi al quadro giurisprudenziale ricordato in precedenza – sarebbero le stesse ove si applicasse l'art. 79, co. 3, lett. b) del nuovo Codice.

Il caso deciso da C.G.A.R.S., 12.8.2016. n. 271 è, a tal fine, particolarmente utile.

Qui, in estrema sintesi, era accaduto che una delle specifiche tecniche inizialmente individuate dalla *lex specialis* era stata modificata, in corso di procedura, tramite un chiarimento, seguito da un provvedimento di proroga dei termini per presentare le offerte.

La conclusione del CGARS, che ha confermato la decisione di primo grado (TAR Sicilia, Catania, 28.1.2016, n. 233) è stata nel senso che la mera proroga del termine di presentazione dell'offerta a seguito di un chiarimento modificativo costituisce un atto che, in quanto non rispondente al paradigma dell'autotutela (che avrebbe imposto la ripubblicazione della *lex specialis* come emendata), risulta insufficiente e, quindi, inefficace ai fini della rettifica delle regole della gara.

È chiaro che, invece, provando a calare sulla fattispecie in questione la nuova disposizione (in disparte la questione "formale" del *nomen iuris* da attribuire alla rettifica della *lex specialis*), sussisterebbero seri dubbi sull'illegittimità della condotta della stazione appaltante.

Quest'ultima, infatti, in presenza di una "*significativa modifica*" della *lex specialis*, ha disposto una proroga del termine per la presentazione delle offerte.

4. In particolare: per quali modifiche delle regole di gara è sufficiente la mera proroga del termine di presentazione delle offerte? Esistono ancora ipotesi nelle quali la rettifica della *lex specialis* impone il ricorso all'autotutela? La soluzione del TAR Emilia-Romagna, Parma n. 94/2017 e le "indicazioni" offerte dalla Direttiva 24/2014.

Ma, a questo punto, la domanda da porsi è: nella nozione di "*significativa modifica*" (che, come detto, è un *quid pluris* rispetto al mero chiarimento) rientra qualsiasi "rettifica" della *lex specialis* o no? O, comunque, residuano delle ipotesi di modifiche "*più che significative*" tali da imporre, comunque, il rispetto della massima giurisprudenziale secondo cui "*ove la stazione appaltante intenda innovare o modificare le previsioni di gara, deve operare in autotutela e procedere alla ripubblicazione della *lex specialis* stessa, che -diversamente- resta imm modificabile*"?

La questione non è di poco conto.

Dal lato delle stazioni appaltanti, per la gestione delle modifiche alla *lex specialis*, che sembrerebbe poter avvenire – almeno in alcune ipotesi – all’in fuori dell’autotutela; dal lato dei concorrenti, i quali, spesso, si trovano, a fronte di una “modifica” delle regole di gara, a dover valutare se la stessa sia validamente apportata o meno (e ciò con potenziali riflessi travolgenti di tutti i successivi atti, come insegnano i precedenti giurisprudenziali richiamati, dove, a gara conclusa, l’esito è stato “ribaltato”, a seguito della declaratoria di illegittimità di una rettifica della disciplina concorsuale apportata con un “chiarimento” poi dichiarato illegittimo).

Risposte certe, allo stato, non ve ne sono.

È, quindi, verosimile immaginare che saranno prassi e giurisprudenza a delineare i confini, più o meno ampi, entro i quali una data modifica sia qualificabile come (solo) “*significativa*” o, al contrario, tale da imporre l’esercizio dell’autotutela da parte della stazione appaltante.

Consta, ad oggi, una prima decisione, del TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 10.3.2017, n. 94, la quale ha ritenuto che in presenza di un’integrazione che introduca “*elementi nuovi suscettibili di determinare una diversa formulazione delle offerte*” occorre ricorrere “*alla procedura di cui all’art. 79, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016*”, giacché “*non vi è dubbio che un criterio incidente sulla individuazione dell’aggiudicatario in presenza di uno dei possibili esiti concorsuali non possa che considerarsi una modifica e/o integrazione significativa dei documenti di gara nei sensi di cui alla norma richiamata*”. Conseguentemente, la decisione in esame ha considerato legittima la modifica della *lex specialis*, poiché in linea con “*la possibilità di integrare la disciplina di gara*” che è “*implicitamente riconosciuta dall’art. 79 del Codice dei contratti (...)*”.

Tuttavia, un rilevante (ancorché non risolutivo, come si vedrà) parametro cui ancorare la valutazione in questione è quello risultante dalla Direttiva 24/2014.

Il *considerando* n. 81, infatti, nell’evidenziare l’esigenza di prorogare i termini di presentazione delle offerte laddove siano apportate “*modifiche significative ai documenti di gara*”, precisa anche che tali sono da intendere quelle “*apportate alle specifiche tecniche per cui gli operatori economici avrebbero bisogno di un periodo di tempo supplementare per capire e adeguarsi in modo opportuno*”.

Non rientrano, invece, nella nozione di modifiche significative, quelle “*così sostanziali da consentire l’ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o da attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione*” (ipotesi che potrebbe darsi laddove “*le modifiche rendono sostanzialmente diversa la natura dell’appalto o dell’accordo quadro rispetto a quella inizialmente figurante nei documenti di gara*”).

Il *considerando* n. 81 – nel confermare che esistono modifiche “*più che significative*”, ossia “*sostanziali*”, che impongono la riedizione della procedura e non già una mera proroga – consegna all’interprete un parametro (l’idoneità della modifica a mutare, potenzialmente, la

platea dei concorrenti alla gara) utile, ma non dirimente, attesa, comunque, la sua genericità ed “elasticità”.

Infatti, il giudizio sulla capacità di una determinata modifica della *lex specialis* a mutare il novero degli operatori economici interessati alla gara appare quanto mai discutibile e astratto. Senza considerare, per di più, come potrebbe anche ritenersi che gli unici soggetti in tal caso legittimati a far valere l’illegittimità della “procedura di rettifica” sarebbero non già i soggetti che hanno partecipato alla gara (e che degli esiti della stessa, come influenzati dalla modifica, intendano dolersi) ma solo gli operatori economici il cui interesse a partecipare è sorto in funzione delle modifiche sostanziali in questione.

Ove, poi, si prenda in esame l’ipotesi particolare contenuta nel *considerando* (le modifiche che mutano la natura dell’appalto), il risultato sarebbe anche più problematico: infatti, se il “confine” tra modifica significativa (per la quale è sufficiente la mera proroga, ex art. 79, co. 3, lett. b del d.lgs. n. 50/2016) e “*modifica sostanziale*” (per la quale è insufficiente la proroga dei termini) fosse da rinvenire in un tale (radicale) livello di innovatività, è di tutta evidenza che saremmo al cospetto di fattispecie limitate e di scarso impatto concreto (con la conseguente pressoché totale marginalizzazione delle ipotesi in cui troverebbe applicazione il necessario ricorso all’autotutela).

La decisione del TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 10.3.2017, n. 94 – dove, peraltro, il *considerando* n. 81 non è stato preso in esame – relativa alla modifica di un criterio incidente sull’individuazione dell’aggiudicatario si pone, quindi, in linea con la “regola” di base posta dal medesimo *considerando*: infatti, è di tutta evidenza che la rettifica di un criterio non è idonea a “*consentire l’ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o da attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione*” né a modificare la natura dell’appalto.

Sarà, piuttosto, interessante verificare come la giurisprudenza, in fattispecie concernenti rettifiche dei documenti di gara, declinerà i concetti di modifica “*significativa*” e “*sostanziale*” alla luce di quanto previsto dal *considerando* n. 81.

E ciò, si osserva, soprattutto con riferimento al tema (indubbiamente uno dei più delicati) della modifica delle specifiche tecniche (per la quale, sino ad oggi, era pacificamente ritenuto necessario operare in autotutela), ipotesi che, invece, il *considerando* pare ricomprendere, in linea di principio, tra le modifiche significative e non tra quelle sostanziali. Ebbene, tale affermazione di principio dovrà essere vagliata, caso per caso, alla stregua dell’ulteriore parametro dell’idoneità della rettifica a modificare la platea dei possibili concorrenti. E si tratta, come già anticipato, di un’operazione interpretativa per nulla agevole.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 294 del 2016, proposto da:



Pietro Fiorentini S.p.A. Anche Quale Mandataria del R.T.I. con So.Sel S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giovanni Sala, Maria Bassanese e Andrea Soncini, con domicilio eletto presso il terzo, in Parma, stradello Bolto n. 1;

contro



Iren S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giancarlo Cantelli presso il quale elegge domicilio, in Parma, strada della Repubblica n. 95;

nei confronti di



Metersit S.r.l. anche Quale Mandataria del R.T.I. con Barbagli S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Filippo Brunetti e Maria Buquicchio, con domicilio eletto presso l'Avv. Michele Baroc, in Parma, strada Conservatorio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Direttore approvvigionamenti logistica e servizi di Iren S.p.a. del 30/9/2016 (prot. IR008986-2016-A del 3/10/2016, nella parte in cui ha aggiudicato la procedura di Accordo quadro per la fornitura e installazione di gruppi di misura GAS (smart meters) classe G4, G6, G10 suddiviso in due lotti, attribuendo il lotto n.

1 gara 9085 al costituendo RTI Metersit/Barbagli, anziché al costituendo RTI Pietro Fiorentini/So.Sel; - per quanto necessario, della errata corregge quesito 6 precedentemente pubblicato pubblicata il 20/7/2016, nel portale della procedura, tra le risposte a quesiti di interesse generale nella quale è stato previsto che qualora un'impresa

ottienga il miglior punteggio su entrambi i lotti, le verrà assegnato il lotto che determina la combinazione di punteggi più conveniente per Iren, ponderati in base all'importo a base d'asta dei lotti;



Visti il ricorso e i relativi allegati:



Visti gli atti di costituzione in giudizio di Iren S.p.A. e di Meterit S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visi tutti gli atti della causa;

Visi gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2017 il dott. Marco Poppi e udili per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.



FATTO e DIRITTO

Con Bando datato 22 giugno 2016 IREN S.p.A. indiceva una procedura di gara aperta suddivisa in 2 lotti per la sottoscrizione di un "accordo quadro per la fornitura e installazione di gruppi di misura gas G4, G6 E G10 comprese attività di back office per la programmazione e la consuntivazione degli interventi" della durata di mesi 15 per

Quanto al criterio di aggiudicazione, l'art. 3, punto 3, del Disciplinare prevedeva che l'appalto venisse aggiudicato mediante il "criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (ex art. 95 c. 2 del D. Lgs. n. 50/2016), secondo i seguenti criteri principali: 1) OFFERTA

ECONOMICA: 70 punti 2) OFFERTATECNICA: 30 punti" procedendo alla redazione di due distinte graduatorie (una per ciascun lotto).

In data 12 luglio 2016 IREN con atto recante "Risposte a quesiti di interesse generale", chiarendo le modalità in base alle quali si sarebbe proceduto all'aggiudicazione dei lotti nel caso in cui con riferimento ad entrambi si fosse posizionato al primo posto il medesimo partecipante, precisava che si sarebbe proceduto "all'assegnazione

In data 20 luglio 2016, all'approssimarsi dello spirare del termine utile per la presentazione delle domande fissato per 28 successivo, IREN pubblicava una errata correzione cassando il suesposto chiarimento e prevedendo che "qualora un'impresa ottenga il miglior punteggio su entrambi i lotti, le verrà assegnato il lotto che determina la

combinazione di punteggi più conveniente per Iren. I punteggi utilizzati per il calcolo della combinazione dei punteggi sono ponderati in base all'importo a base di gara del lotto.

Con mail del 22 luglio 2016 la ricorrente rappresentava a IREN che il chiarimento, nella versione da ultimo illustrata, appariva "incomprensibile" e chiedeva di riformularlo differendo il termine di presentazione delle domande ex art. 79, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016.

In applicazione della citata norma (che disciplina gli adempimenti delle stazioni appaltanti in presenza di integrazioni della disciplina di gara) IREN posticipava il termine in questione al 29 agosto 2016.

All'esito delle operazioni valutative, nella seduta del 13 settembre 2016, la Commissione di gara procedeva alla sommatoria dei punteggi tecnici ed economici attribuiti alle offerte stilando le graduatorie che vedevano la ricorrente posizionarsi al primo posto in entrambi i lotti e "fatte salve successive verifiche della correttezza della

La ricorrente impugnava i suesposti esiti concorsuali deducendo l'illegittima applicazione della lex specialis di gara; in subordine (e solo nel caso in cui la errata corrigè dovesse intendersi integrativa della disciplina di gara), sotto un primo profilo, l'errata applicazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 imputando a IREN di aver fatto

formulà" (v. relativo verbale) proponeva di aggiudicare alla medesima il lotto 1 e a MeterSit, odierna controinteressata, il lotto 2.

Terminata la fase pubblica della seduta la Commissione procedeva senza soluzione di continuità alle verifiche del caso in seduta riservata riesaminando "la formula utilizzata per scegliere il lotto da aggiudicare" e rettificandola "in quanto errata".

un'anomala applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, una volta ripartita la gara in più lotti, non consentirebbe di fare commistioni fra i due segmenti concorsuali e, sotto altro profilo, la violazione del 6° comma della medesima disposizione normativa laddove prevede che l'aggiudicazione mediante il

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa avvenga sulla base di "criteri oggettivi".

IREN e MeterSit si costituivano in giudizio eccependo in via pregiudiziale la tardività del ricorso per mancata tempestiva impugnazione della *lex specialis* così come integrata dalla errata correge, nonché, l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse poiché diretto ad ottenere la disapplicazione da parte del giudice dell'unica

clausola di gara (la errata correge) che a fronte del delineato esito (la stessa concorrente classificata al primo posto in entrambi i lotti) consentirebbe di procedere alle aggiudicazioni dei lotti (interesse proprio della ricorrente che mira all'aggiudicazione del lotto 1 e non anche all'annullamento della procedura). Nel merito affermavano la

legittimità degli esiti impugnati chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella camera di consiglio del 30 novembre 2016, con ordinanza n. 179/2016 veniva respinta l'istanza di sospensione per difetto del *periculum in mora*.

Le parti (ricorrente, resistente e controinteressata) rassegnavano le rispettive conclusioni con memorie depositate il 20 febbraio 2017 e replicavano alle tesi avversarie con memorie depositate il 24 (IREN e MeterSit) e il 25 (la ricorrente) febbraio 2017.

All'esito della pubblica udienza dell'8 febbraio 2017 la causa veniva decisa.

Preliminarmente deve essere rigettata l'eccezione di tardività sollevata dalle resistenti per omessa tempestiva impugnazione del chiarimento da ultimo intervenuto.

Riconosce il Collegio che il criterio in questione e la formula con il medesimo introdotta rendeva immediatamente evidente che in caso di posizionamento di un medesimo concorrente al primo posto delle graduatorie di entrambi i lotti non fosse garantita l'assegnazione a quest'ultimo del lotto di maggior valore.

Tuttavia, precedentemente alla conclusione delle operazioni di gara, non poteva configurarsi alcuna lesione in capo alla ricorrente poiché l'applicazione della clausola contestata si presentava come del tutto eventuale e condizionata al verificarsi di un evento futuro e per nulla certo (posizionamento al primo posto di un medesimo

concorrente in entrambi i lotti).

Una lesione della sfera giuridica della ricorrente quale conseguenza dell'applicazione della clausola non può manifestarsi che al momento in cui, verificatasi la condizione astrattamente prevista, alla concorrente prima classificata viene aggiudicato il lotto di minor valore: momento rispetto al quale l'odierna impugnazione deve

Rilevano le resistenze che la disciplina di gara presentava una oggettiva lacuna laddove, dopo aver previsto l'impossibilità di aggiudicare entrambi i lotti alla medesima concorrente, non prevedeva l'ipotesi, poi verificatasi, di un identico esito relativamente ad entrambi i lotti appaltati.

L'annullamento della errata corrige, pertanto, non comporterebbe l'applicazione del criterio specificato in sede di primo chiarimento (invocato dalla ricorrente poiché le attribuirebbe il lotto di maggior valore) ma determinerebbe l'inesistenza di un criterio applicabile con impossibilità di procedere all'aggiudicazione di entrambi i lotti.

L'eccezione è fondata.

La Stazione appaltante procedeva alla suddivisione in lotti della fornitura oggetto del presente giudizio in applicazione dell'art. art. 51, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016 a norma del quale "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle

microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali"; del comma 2 ove dispone che "le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti" e della prima parte del comma 3 per il

quale "le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a

negoziare".

Tuttavia, la disciplina di gara non era conforme a quanto disposto nella seconda parte del terzo comma della medesima disposizione normativa laddove dispone che "nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati,

qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo".

La previsione di un criterio che regolasse l'eventualità in commento era quindi, sotto un primo profilo, doverosa in quanto imposta dalla norma; sotto altro profilo, la relativa scelta rientrava nella piena discrezionalità della Stazione appaltante.

Ciò premesso deve rilevarsi che l'annullamento del criterio specificato da IREN per l'individuazione del lotto da aggiudicare al primo classificato in entrambi i lotti (la errata corrige) non potrebbe in ogni caso determinare l'aggiudicazione del lotto 1 alla ricorrente poiché una volta espunta la clausola contestata non residuerebbe nella lex

specialis di gara un diverso criterio in base al quale procedere.

Né è invocabile, a seguito di annullamento della errata corrige, l'applicabilità del chiarimento cronologicamente precedente poiché, a tacere del fatto che veniva posto nel nulla dalla successiva integrazione (il cui eventuale annullamento non ne determinerebbe comunque la riviscenza), ai sensi della seconda parte del già richiamato

Integrazione che, introducendo elementi nuovi suscettibili di determinare una diversa formulazione delle offerte, richiede il ricorso alla procedura di cui all'art. 79, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 che, in presenza di simili ipotesi, dispone che "le stazioni appaltanti prorogano 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 nei casi seguenti: ... b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara.

Non vi è dubbio che un criterio incidente sulla individuazione dell'aggiudicatario in presenza di uno dei possibili esiti concorsuali non possa che considerarsi una modifica e/o integrazione significativa dei documenti di gara nei sensi di cui alla norma richiamata.

Ne deriva che l'eventuale annullamento della contestata integrazione non avrebbe potuto in ogni caso far rivivere il precedente chiarimento poiché aderendo a tale tesi si ammetterebbe la astratta possibilità di aggirare l'illustrata disposizione normativa mediante integrazioni postume della lex specialis.

La Stazione appaltante, pertanto, in caso di accoglimento della domanda di parte ricorrente, si troverebbe nella condizione di non poter procedere all'aggiudicazione dei lotti causa l'assenza nei documenti di gara di uno specifico criterio applicabile al caso di specie.

Fatta tale premessa deve rilevarsi che come affermato dalla più recente giurisprudenza "nel processo amministrativo la sussistenza dell'interesse [a ricorrere, ndr] implica la necessità che lo stesso sia valutato in concreto, al fine di accertare l'effettiva utilità che può derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, così che

deve essere dichiarata inammissibile (art. 35, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.) per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa, se da una verifica a priori (c.d. prova di resistenza) non risulti con sufficiente

sicurezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso (cf., di recente, Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5696; 8 settembre 2015, n. 4209; 5 febbraio 2014, n. 571) (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1495).



Il ricorso sarebbe, in ogni caso, infondato nel merito.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la "violazione di legge per falsa o omessa applicazione, o illegittima disapplicazione, della lex specialis di gara, e segnatamente del disciplinare di gara" in ragione della applicazione della errata correge del 20 luglio 2016 che, si sostiene, avrebbe potuto contribuire all'interpretazione

della disciplina di gara ma non anche integrarla o modificarla.

La funzione dei chiarimenti, rileva la ricorrente, veniva specificata al punto 4 del Disciplinare (pag. 12) laddove si precisa che "eventuali richieste di chiarimenti in merito alla procedura e alla documentazione di gara sono da inviare all'indirizzo Appalti_AA@gruppoiren.it. IREN S.p.A. garantisce risposte solo alle richieste che perverranno

La ricorrente rileva ulteriormente che la gara era suddivisa in due lotti molto differenti fra loro tanto da integrare due diverse gare tanto che venivano previste, come anticipato, due distinte graduatorie per ciascun lotto.

Ciò nonostante all'esito delle operazioni concorsuali la Stazione appaltante avrebbe aggiudicato una gara del tutto diversa poiché anziché due distinte graduatorie veniva stilata un'unica graduatoria per combinazioni ponderate in relazione alla quale le due graduatorie di lotto fungerebbero da mera base per una futura elaborazione.

Il motivo è infondato.

La possibilità di integrare la disciplina di gara è implicitamente riconosciuta dal più volte richiamato art. 79 del Codice dei contratti che detta precise disposizioni applicabili ogni qual volta si sia in presenza di "modifiche significative ai documenti di gara" prevedendo, a tutela dell'interesse dei concorrenti ad elaborare una ponderata

offerta, il differimento del termine di presentazione delle domande

Nel caso di specie, come anticipato, la Stazione appaltante vi procedeva in presenza di una oggettiva lacuna della lex specialis e nel pieno rispetto della norma.

La legittimità della disposta integrazione neutralizza la successiva doglianza di parte ricorrente circa la pretesa alterazione del tipo di gara originariamente indetta (in quanto non più suddivisa in lotti) poiché la definizione dell'architettura concorsuale rientra nella piena discrezionalità della Stazione.

Per le medesime considerazioni deve ritenersi infondato anche il secondo motivo di ricorso con il quale la ricorrente deduce che la errata correzione avrebbe eluso la prevista separazione fra le aggiudicazioni dei due diversi lotti in violazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 (le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di

non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo,

In ogni caso, anche quando la ricorrente volesse far valere un interesse alla conservazione della originaria configurazione della gara, avrebbe dovuto agire tempestivamente impugnando la clausola che, a proprio parere, la alterava poiché, come già evidenziato, l'integrazione contestata rendeva immediatamente percepibile che gli esiti

concorsuali di ciascun lotto avrebbero esplicato effetti (al ricorrere della condizione prevista) su entrambe le aggiudicazioni.

Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione sotto altro profilo dell'art. 95 del Codice e la violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità di cui all'art. 3 della medesima fonte normativa.

A sostegno della censura allega che il comma 6 del citato art. 95 dispone che "I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è

valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto".

Evidenzia, infine, l'irragionevolezza della formula che poteva trovare applicazione solo nel caso in cui anche al secondo posto delle due graduatorie di lotto si fosse classificato il medesimo concorrente.

Le suesposte doglianze sono infondate.

Deve in primis evidenziarsi che la ricorrente, a seguito dell'intervenuto chiarimento/integrazione (che, come anticipato, determinava uno slittamento del termine utile per la presentazione delle domande di partecipazione) presentava le proprie offerte per entrambe i lotti.

Tale circostanza smentisce la dedotta incomprendibilità o mancanza di oggettività della clausola che, peraltro, se fosse stata tale da impedire la stessa formulazione di un'offerta calibrata avrebbe determinato un onere di immediata impugnazione.

La clausola, infatti, sebbene non potesse rendere prevedibili gli effetti della sua applicazione in termini di individuazione del vincitore di ciascun lotto (incertezza, peraltro, propria di qualunque gara prima della relativa conclusione), consentiva di comprendere attraverso quale procedimento si sarebbe arrivati ad aggiudicare i due lotti

A nulla rileva di per sé, inoltre, la circostanza che in applicazione del censurato criterio IREN affronterà un costo superiore di circa € 500.000,00 poiché avendo indetto una gara da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la "maggior convenienza" che intende perseguire con la adottata errata corre

senza dare alcuna garanzia al vincitore per entrambi di conseguire l'aggiudicazione del primo.

non può essere limitata alla considerazione dei soli aspetti economici ma anche di quelli qualitativi (la superiorità qualitativa dei dispositivi forniti dalla controinteressata non è contestata in giudizio).

Affermata ma non comprovata è, infine, la dedotta inapplicabilità della formula nel caso in cui il concorrente secondo classificato non fosse unico per entrambi i lotti atteso che il criterio prevede la considerazione dei punteggi attribuiti e quindi è neutro rispetto all'identità del concorrente.

Per quanto precede il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

La particolarità e novità delle questioni oggetto del presente giudizio e l'assenza di univoci riferimenti giurisprudenziali determina la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di interesse.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.



Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2017