



Relazione
sulla procedura di gara, indetta dalla centrale di committenza
ASMEL Consortile s.c.a.r.l. per conto del Comune di Caserta,
avente ad oggetto i lavori di
“Risanamento ambientale e funzionale del sistema fognario”

1. In data 23 aprile 2018 è stato pubblicato il bando di gara per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di risanamento ambientale e funzionale del sistema fognario del Comune di Caserta.

L'affidamento avverrà con procedura telematica aperta sulla base di progetto esecutivo posto a base di gara ai sensi degli artt. 23, comma 8, e 59, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici, di seguito anche, più semplicemente, Codice dei contratti o Codice).

Il criterio di aggiudicazione dell'appalto è stato individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del prezzo, della qualità e del tempo, ai sensi degli artt. 60 e 95, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

La valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici, per come dettagliate nelle componenti qualitative, di natura tecnica, e quantitative, di natura economica e temporale, previste al capo 4 del Disciplinare di gara, sarà effettuata dalla Commissione giudicatrice, secondo il metodo aggregativo-compensatore di cui all'Allegato G del D.P.R. n. 207/2010 e alle Linee-guida ANAC n. 2 approvate con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 ed aggiornate al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018.

Il punto 1.9 della Sezione II del Bando di gara, la cui rubrica recita «*Informazioni sulle varianti*», ammette espressamente la possibilità per l'operatore economico di proporre varianti al progetto esecutivo in fase di offerta, laddove esse siano formulate «*nei limiti di criteri di valutazione*».

Deve osservarsi, sin d'ora, che l'art. 95, comma 14, del Codice consente



alla Stazione appaltante di autorizzare od esigere la presentazione di 'varianti progettuali' da parte dell'offerente, comunque collegate all'oggetto dell'appalto, ma solo laddove siano specificati negli atti di gara i requisiti minimi e le modalità specifiche per la loro presentazione.

Ai sensi della lettera c) del comma 14 dell'art. 95, il rispetto da parte dell'operatore dei menzionati requisiti minimi e delle modalità prescritte ed esplicitate dall'Amministrazione aggiudicatrice integra un'espressa condizione affinché le varianti progettuali possano essere «*prese in considerazione*» e, dunque, valutate e valorizzate nella fase di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Ciò posto, al fine di elaborare una completa ricostruzione della disciplina della procedura di evidenza pubblica che ci occupa, necessaria per l'analisi di eventuali profili di illegittimità, ambiguità o contraddittorietà degli atti di gara che possano rilevare anche in sede di contenzioso giurisdizionale, è opportuno soffermarsi sulle previsioni del Disciplinare di gara.

Nel menzionato documento non è dato rinvenirsi il benché minimo riferimento alle condizioni di ammissibilità e ai requisiti minimi delle varianti progettuali, non risultando, dunque, in alcun modo dettagliata e specificata la riportata previsione autorizzatoria contenuta nel bando di gara.

Quanto al Capo 4 del Disciplinare, che ha ad oggetto i criteri di valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica cui il bando fa rinvio, si evidenzia quanto segue.

La valutazione qualitativa ai fini dell'assegnazione dei punteggi e la conseguente ponderazione aggregativa, è articolata in sei criteri, a loro volta dettagliati in *sub*-criteri raggruppati sinteticamente nello schema riportato alle pagg. 29 e 30 del Disciplinare.

La menzionata articolazione dei criteri, sebbene, come detto, non faccia



menzione alcuna delle varianti progettuali, reca in più punti un'attribuzione di punteggio ad eventuali proposte migliorative e/o modificative elaborate dall'offerente, tuttavia non specificando il livello, l'entità e le modalità di incidenza sulle linee essenziali del progetto esecutivo posto a base di gara.

Ed infatti, il criterio di valutazione "B" valorizza con l'attribuzione di n. 30 punti le offerte tecniche che importino *«Proposte migliorative di pregio tecnico e funzionale»*, distribuiti in n. 25 punti per il sub-criterio "B1" *«Standard di funzionalità»*, avente ad oggetto *«soluzioni migliorative finalizzate all'innalzamento degli standard di funzionalità dell'opera con particolare riferimento all'ottimizzazione del tracciato della rete fognaria»*, e in n. 5 punti per il sub-criterio "B2" *«Miglioramento opera»*, avente ad oggetto la *«completezza o approfondimento e dettaglio delle soluzioni migliorative proposte»*.

Allo stesso modo, sono valorizzate al sub-criterio "D1", con l'attribuzione di n. 10 punti, le soluzioni di *«assistenza tecnica e operativa nelle fasi di ricerca e individuazione delle reti e sottoservizi»*, specificandosi che *«l'impresa dovrà indicare come intende operare e collaborare garantire con le Aziende e Gestori delle reti e sottoservizi»* e che *«Le proposte non potranno modificare in alcun modo il progetto posto in appalto»*.

Ed ancora, sempre con riguardo all'incidenza di aspetti migliorativi in sede di offerta, si fa riferimento ai criteri "E", riguardante *«Proposte migliorative per la gestione opera»*, con l'attribuzione di n. 5 punti, per come dettagliato al sub-criterio "E1", relativo, in particolare, a *«Standard materiali soluzioni migliorative/integrative sulla qualità e durabilità dei materiali volte all'ottimizzazione dei costi di gestione dell'opera»*, nonché al sub-criterio "F1", avente ad oggetto *«Standard cantiere Ottimizzazione e soluzioni migliorative degli standard di qualità o sicurezza ed organizzazione cantiere»*.

Il Disciplinare della gara oggetto della presente relazione prende in



esame l'incidenza degli aspetti migliorativi nella valutazione dell'offerta anche nel sotto-paragrafo di cui al punto 4.1 del Capo 4 (cfr. pag. 30), immediatamente successivo al prospetto riepilogativo dei criteri e punteggi, la cui rubrica recita «ELEMENTI DI VALUTAZIONE DI NATURA QUALITATIVA».

In apertura del sotto-paragrafo in parola, con una notazione dal tenore generale che pare integrare una linea guida di principio nell'elaborazione dell'offerta tecnica da parte dell'operatore economico, e che, infatti, precede la dettagliata esplicitazione in termini analitici e discorsivi dei criteri e *sub-criteri*, è previsto che *«ai fini della redazione dell'offerta tecnica si precisa che le proposte migliorative ammesse in sede di offerta tecnica sono esclusivamente quelle che riguardano i criteri di valutazione sopraindicati (si fa riferimento a tutti quelli sopra riportati nel prospetto riepilogativo n.d.r.) comunque sviluppate nel rispetto delle linee essenziali del progetto esecutivo. Eventuali proposte tese alla risoluzione di singoli aspetti in ogni caso non dovranno essere tali da richiedere nuove o diverse aree di esproprio e nuovi pareri»*.

3. Orbene, dall'esame dei citati passaggi degli atti di gara (che paiono, già *prima facie*, presentare profili di ambiguità, di contraddittorietà e/o di illegittimità per violazione di legge) emerge innanzitutto la necessità di prospettare, con l'ausilio di un'attenta osservazione del dato normativo e delle acquisizioni ermeneutiche, una distinzione concettuale tra le "varianti progettuali in sede di offerta", le "proposte migliorative" e le "opere aggiuntive".

Si tratta, infatti, di concetti non sovrapponibili, essendo collegato a ciascuno di essi un preciso statuto disciplinare.

In primo luogo, secondo un prevalente e consolidato orientamento giurisprudenziale, le soluzioni o proposte migliorative si differenziano dalle varianti.



Le prime, infatti, possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni in forza del progetto posto a base di gara, incontrando il limite della immodificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dalla Pubblica Amministrazione (*ex multis*, Cons. giust. amm. Sicilia, 30 aprile 2018, n. 251; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969).

Le varianti, al contrario, si sostanziano in modifiche qualitative del progetto incidenti dal punto di vista tipologico, strutturale e/o funzionale e per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà autorizzativa della stazione appaltante, contenuta nel bando di gara e recante l'individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti oltre i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla stazione appaltante (cfr. T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 02 ottobre 2017, n. 1557; nonché Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 814; Id., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160).

È ben possibile la valorizzazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio ponderato nei criteri e nei *sub*-criteri, tanto delle proposte migliorative, liberamente esplicabili in ogni ambito progettuale purché non importino modifiche tipologiche alla progettazione esecutiva posta a base di gara, quanto delle varianti modificative in sede di offerta. Ed anche dall'analisi della prassi delle Stazioni appaltanti, si evince che tale possibilità è frequentemente praticata.

Tuttavia, in tali evenienze si rinvencono sezioni specifiche dei documenti di gara in cui sono espressi i criteri di attribuzione del punteggio che determinano l'ammissibilità e l'utilità di siffatte proposte e/o varianti ai fini del miglioramento degli standard qualitativi e funzionali dell'opera (ovvero la non utilità e, addirittura, la dannosità, facendo spesso riferimento ad una scala di valutazione, sovente articolata tra gli opposti di poli delle varianti peggiorative e migliorative).

Ciò consente all'offerente di comprendere con esattezza la distinzione



(e i relativi criteri di valutazione) tra una proposta migliorativa, liberamente sottoponibile, ed una variazione progettuale, circoscritta entro gli specifici margini applicativi dettati dall'art. 95, comma 14, del Codice dei contratti.

Il mero e generico richiamo al rispetto dei «*limiti dei criteri di valutazione*», infatti, non è certamente sufficiente al fine di perseguire l'obiettivo imposto dal legislatore di circoscrivere l'ambito di operatività delle modifiche al progetto esecutivo posto a base di gara ai sensi degli artt. 23, comma 8, e 59 del Codice.

Costituisce, dunque, una imprescindibile necessità la elaborazione di previsioni specifiche relative all'analisi dell'ammissibilità ed all'attribuzione del relativo punteggio alle varianti, non potendo in alcun modo ad esse sopperire un generico ed acritico richiamo ai medesimi criteri di valutazione qualitativa di quelle offerte tecniche che non importino variazioni o che importino unicamente proposte migliorative.

Tale esigenza di specificazione e di differenziazione origina dalla piana lettura della lettera b) del menzionato comma 14 dell'art. 95, laddove è previsto che «*le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara **i requisiti minimi** che le varianti devono rispettare, nonché **le modalità specifiche per la loro presentazione**, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante*», precisando, quanto ai criteri di valutazione, che le amministrazioni aggiudicatrici «*garantiscono anche che **i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti** che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti*».

La considerazione del grado di intensità delle modifiche apportate alla funzione, struttura e tipologia del progetto consente di distinguere le proposte migliorative, sempre ammesse in quanto importanti elementi non innovativi di specificazione ed esplicitazione di soluzioni



progettuali aperte a diverse soluzioni, e le varianti progettuali, importanti una modifica qualitativa collegata all'oggetto del contratto, cui è correlato lo specifico regime disciplinare del citato comma 14.

4. Ma vi è di più. Il D.lgs. n. 56/2017, recante il correttivo del Codice dei contratti pubblici, nell'introdurre il comma 14 *bis* all'art. 95, ha imposto uno specifico limite alla valutazione, nella fase di attribuzione del punteggio, delle «*offerte di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta*».

Il comma in parola, infatti, dispone che «*In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta*».

È di tutta evidenza che tale ultima previsione, laddove non sia adeguatamente chiarita la distinzione tra opere aggiuntive e varianti progettuali, rischi di apparire contraddittoria con la disciplina del precedente comma 14.

La *ratio* di questa innovazione normativa è quella di limitare i meccanismi distorsivi, volti all'effettuazione di lavori ulteriori a parità di compenso corrisposto dalla S.A., che avrebbero rischiato di minare alle fondamenta la pregnanza applicativa del principio di completezza e sostanziale immodificabilità progettuale, espresso nell'impianto codicistico dall'obbligo di porre a base di gara il progetto esecutivo (in disparte le considerazioni per cui questo obiettivo può apparire essere stato contraddetto, oltre che dalla generalizzazione dell'utilizzo del criterio dell'OEPV, proprio dal comma 14, che consente l'autorizzazione o, addirittura, la richiesta, da parte della S.A., di significative modifiche progettuali espresse in forma di varianti).

La novella in parola, dunque, concorre a rendere viepiù rilevante la distinzione tra varianti ed opere aggiuntive.



Le prime, infatti, importano una modifica di mera funzionalità qualitativa al progetto, che non altera l'oggetto del contratto essendo ad esso collegate in un rapporto di connessione, ma che, proprio per la sua significativa incidenza, deve essere espressamente autorizzata secondo dettagliati requisiti minimi previsti dagli atti di gara.

L'A.N.A.C., in proposito, ha precisato che le varianti *«devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo»*, potendo modificare *«aspetti della definizione della prestazione in base a processi produttivi o esecutivi diversi e migliori di quelli stabiliti nella base di gara»*, ma non potendosi considerare ammissibili in assenza di una chiara formulazione di criteri di valutazione, i quali *«devono tener conto delle risultanze delle varie fasi di progettazione ed essere finalizzati a stimolare il miglioramento del bene o del servizio»* (cfr. Pareri di precontenzioso nn. 222 del 01 marzo 2017 e 117 del 22 aprile 2017).

Al contrario, le *“opere aggiuntive”* integrano modificazioni supplementari di natura quantitativa, con l'individuazione di prestazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste nel progetto e nel capitolato speciale che, per ciò solo, non dispiegano alcun effetto sul miglioramento qualitativo e funzionale dell'offerta di prestazione e a cui, dunque, non può essere assegnato alcun punteggio aggiuntivo.

5. Da tutte le considerazioni esposte, pare, in primo luogo, di potersi desumere l'illegittimità della previsione di cui al punto 1.9 del Capo II del bando di gara, per violazione dell'art. 95, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, laddove, nell'autorizzare le varianti, non reca una espressa e dettagliata definizione di requisiti di ammissibilità e delle modalità di presentazione, né specifici criteri valutativi delle stesse, limitandosi ad operare un generico ed equivoco richiamo generale ai criteri di valutazione dell'offerta.



A tal riguardo, le previsioni generali del Disciplinare aventi ad oggetto la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta non possono venire in soccorso in via ermeneutica e suppletiva della menzionata lacuna, in applicazione dei principi di conservazione della validità e dell'efficacia dei bandi di gara, in quanto esse non recano previsioni dettagliate e differenziate sulle varianti, richieste invece dal comma 14 dell'art. 95 del Codice.

In via ulteriore, le previsioni del Disciplinare appaiono ambigue e/o contraddittorie, sotto il profilo di seguito esposto.

Segnatamente, in apertura del richiamato sotto-paragrafo di cui al punto 4.1 del Capo 4, relativo agli «ELEMENTI DI VALUTAZIONE DI NATURA QUALITATIVA», si prevede, verosimilmente in ossequio al limite di cui al comma 14 *bis* dell'art. 95, che *«le proposte migliorative ammesse in sede di offerta tecnica sono esclusivamente quelle che riguardano i criteri di valutazione sopraindicati (si fa riferimento a tutti quelli sopra riportati nel prospetto n.d.r.) comunque sviluppate nel rispetto delle linee essenziali del progetto esecutivo»*. Il disconoscimento della possibilità di realizzare opere aggiuntive, del resto, pare essere confermato anche nell'esplicazione dei *sub*-criteri "E1" ed "F1", che non fanno alcun riferimento ad un'integrazione innovativa e quantitativa degli elementi progettuali, nonché, con riguardo al *sub*-criterio "D1", laddove espressamente si prevede che *«Le proposte non potranno modificare in alcun modo il progetto posto in appalto»*.

Tuttavia, sorprendentemente, esaminando l'esplicazione del *sub*-criterio "B1", si riscontra una formulazione che pare contraddire la sopraesposta linea guida di non stravolgimento delle linee essenziali del progetto esecutivo, laddove si afferma che *«L'offerente dovrà esplicitare le proprie soluzioni tecniche migliorative, **innovative e integrative che ottimizzano il tracciato della rete anche mediante lavori complementari dell'opera volti all'innalzamento degli standard di***



funzionalità. Verranno privilegiate le soluzioni tecniche che consentono significative sinergie economiche dal punto di vista della realizzazione e della gestione della rete fognaria o di interventi che possono contribuire ad un generale miglioramento dell'opera. Dovranno essere illustrate le soluzioni che consentono una funzionalità superiore a quella desumibile dal progetto, attraverso un tracciato preferibile in base alle distanze ed alle pendenze ritenute più idonee per la raccolta e smaltimento».

Pertanto, non si comprende se la previsione appena riportata, dal tenore testuale plurivoco, faccia riferimento alle condizioni di ammissibilità delle varianti (ed in tal caso parrebbe comunque illegittima per una mancata esplicita menzione delle varianti stesse, nonché per i riferimenti ad opere aggiuntive e complementari che esulano da detta nozione), ovvero alle proposte migliorative (nel qual caso sarebbe comunque inconferente ed erroneo riferimento alle opere innovative e complementari), ovvero, ancora, se rechi una, illegittima, attribuzione di punteggio per opere aggiuntive.

In ogni caso, il richiamo alle soluzioni di ottimizzazione del tracciato della rete fognaria pare contemplare soluzioni modificative delle linee essenziali del progetto che parrebbero rientrare nella nozione di opere aggiuntive delineata dall'art. 95, comma 14 bis.

Come detto, è evidente il contrasto del dato testuale sopraccitato con le linee guida per la formulazione di offerte migliorative elaborate in apertura del sotto-paragrafo relativo agli "ELEMENTI DI VALUTAZIONE DI NATURA QUALITATIVA" del Disciplinare.

Infine, si condividono le osservazioni formulate da ANCE, secondo cui l'ambiguità pare amplificata da una non compiuta definizione degli specifici aspetti progettuali su cui possono intervenire eventuali migliorie.

6. Pare opportuno, inoltre, che venga chiarito, anche mediante una interlocuzione con la Stazione appaltante in sede di richiesta di



chiarimenti ovvero nella fase consultiva precontenziosa che dovesse essere avviata presso l'A.N.A.C., il significato della locuzione «*opere complementari*» e, in particolare, se esse possano davvero essere identificate con le «opere aggiuntive» vietate dal comma 14 *bis*.

Ciò è tanto più rilevante se si considerano le acquisizioni ermeneutiche, della dottrina e dei pareri dell'A.V.C.P. (oggi A.N.A.C.), in ordine ad una chiara distinzione tra la nozione di lavori supplementari (che, salvo diversa specificazione, potrebbe essere identificabile con quella di opere aggiuntive) e di lavori complementari.

Tale distinzione ha un indubbio rilievo anche nella materia che ci occupa, sebbene sia stata sviluppata nell'ambito del dibattito sulle modifiche del contratto, durante il periodo di efficacia, senza ricorrere ad una procedura di evidenza pubblica, nel passaggio dal testo dell'art. 57 del D.lgs. n. 163/2006, che operava un espresso riferimento ai lavori e servizi complementari, alla nuova formulazione dell'art. 106, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 che, al contrario, menziona i lavori supplementari.

In ogni caso, già l'A.V.C.P., nel parere AG 19-10 del 29 aprile 2010 e nella Deliberazione n. 26 del 23 febbraio 2011, con una precisazione di natura terminologica che si ritiene avere portata generale, ha chiarito che la definizione di «lavori supplementari» è diversa da quella di «lavori complementari», precisando come dette ultime opere *«da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino un'integrazione dell'opera principale, saldandosi inscindibilmente con essa»*.

Ed allora, emerge la necessità di stabilire se le lavorazioni complementari citate nella disciplina del sotto-criterio «B1» del Disciplinare, rientrano nell'ampia nozione di «opere aggiuntive» di cui all'art. 95, comma 14 *bis* (da ciò derivando un profilo di illegittimità per una vietata attribuzione di punteggio), ovvero se possano integrare delle mere proposte migliorative o varianti progettuali (ma senza opere aggiuntive) in sede



di offerta.

In tale ultima evenienza, la citata previsione parrebbe essere parimenti viziata da illegittimità per violazione del comma 14 dell'art. 95, che obbliga comunque la Stazione appaltante alla chiara enunciazione dei requisiti di ammissibilità delle varianti.

È, in ogni caso, opportuno che l'A.N.A.C. fornisca un chiarimento sulla esatta estensione della nozione di opere aggiuntive che, anche alla luce della complessiva considerazione del sistema codicistico, non appare completamente delineata nei suoi profili applicativi.

Quanto agli eventuali chiarimenti che potrebbero pervenire dalla Stazione Appaltante, ovvero mediante il procedimento dinanzi all'Autorità, deve precisarsi che essi non possono in ogni caso avere portata integrativa di lacune disciplinari, giacché, secondo il principio affermato dalla giurisprudenza, i chiarimenti *«sono ammissibili solo laddove contribuiscano, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la ratio, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e 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»* (cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I quater, 10 aprile 2018, n. 3941).

7. Da ultimo, e per completezza espositiva, con specifico riguardo ad una possibile tutela in sede giurisdizionale, si evidenzia che le clausole plurivoche (laddove di clausole plurivoche si tratti nel caso di specie), in quanto caratterizzate da un contenuto ed un ambito applicativo oscuro, non sono soggette all'onere di immediata impugnazione. Ciò in quanto proprio la loro formulazione incerta rende impossibile per l'operatore economico una sicura valutazione in ordine agli eventuali



profili di lesività, rendendo necessaria, a pena di inammissibilità, l'impugnazione differita della previsione del bando congiuntamente al relativo atto applicativo.

Il Consiglio di Stato (Sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5811) ha, infatti, statuito, in via di principio, che *«Nelle gare d'appalto le clausole da considerarsi dubbie, ambigue, equivoche o tali da prestarsi a differenti interpretazioni, non possono essere considerate immediatamente lesive e, pertanto, se ne consente l'impugnazione unitamente all'atto di esclusione, esecutivo delle stesse»*.

Del resto, quanto all'interpretazione di siffatte clausole, è espressione di un consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio per cui *«in presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del favor participationis, che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale»* (cfr., *ex multis*, da ultimo, T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV, 23 marzo 2018, n. 794).

È pur vero che, stante la riconosciuta applicabilità *in subiecta materia* delle norme del Codice civile sull'interpretazione del contratto, è possibile sopperire all'ambiguità delle prescrizioni degli atti di gara mediante un metodo sistematico che impone non solo di desumerne il senso che risulta dal complesso dell'atto, ma anche di considerare tutti gli indici della volontà che non si siano tradotti nelle dichiarazioni formali (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2017, n. 5248). È altrettanto vero, però, che siffatto procedimento ermeneutico viene in rilievo nell'ipotesi di ambiguità di formulazioni o termini "polisenso" e non certo per colmare una lacuna disciplinare come quella che emerge dalla mancata individuazione dei requisiti di ammissione delle varianti.

D'altro canto, lo zelo che impone di vagliare ogni eventualità



riscontrabile in sede di un eventuale contenzioso giurisdizionale, determina la necessità di segnalare che la eventuale futura proposizione di un'impugnativa (solo) all'esito di una specifica applicazione, da parte della Stazione appaltante, di una clausola equivoca e/o contraddittoria del bando/Disciplinare in senso sfavorevole ad un'impresa, potrebbe incorrere in una declaratoria di inammissibilità, coerentemente con un orientamento estensivo dell'onere di immediata impugnazione delle clausole, che non è più circoscritto meramente alle clausole chiaramente escludenti.

È stato, infatti, affermato in sede giurisprudenziale, con riguardo alle clausole dei bandi di gara, che *«deve essere riconosciuto carattere escludente a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico, che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti, oppure che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta»* (T.A.R. Puglia – Bari, Sez. II, 06 aprile 2018, n. 527).

Emerge, dunque, che il confine tra i due citati orientamenti, appare, allo stato, labile e difficilmente predicabile in questa fase, soprattutto nell'ipotesi di una grave lacuna disciplinare quale è quella che caratterizza la disposizione del bando oggetto di esame, che senza dubbio attribuisce all'operatore un gravoso ed incomprensibile onere di individuare i criteri di ammissibilità delle varianti progettuali, rendendo altresì arduo il calcolo della convenienza tecnico-economica della prestazione.

In virtù delle suesposte considerazioni deve, dunque, essere tenuta in adeguata considerazione l'imminente del termine per la proposizione di una impugnativa giurisdizionale nei confronti del bando di gara, che viene a scadere il 23 maggio p.v.



Santa Maria Capua Vetere, li 20/05/2018

Prof. avv. Alberto de Chiara

 DE CHIARA ALBERTO
20.05.2018 15:49:48
UTC