

La funzione dei chiarimenti e il loro rapporto con il dato letterale della *lex specialis* di gara

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 27-2-2018

In presenza di clausole della lex specialis che si prestano ad incertezze interpretative, la risposta alla richiesta di chiarimenti non costituisce una illegittima modifica delle regole di gara, ma un'interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale.

In senso parzialmente difforme: Cons. Stato sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato è tornato a esaminare i presupposti e i limiti del potere della stazione appaltante di fornire chiarimenti sulla corretta interpretazione della *lex specialis* di gara.

Nel caso di specie, infatti, la *lex specialis* conteneva previsioni tra loro in contraddizione, e in particolare non era chiaro se un determinato elemento fosse previsto quale requisito indispensabile o se invece lo stesso rilevasse ai soli fini dell'attribuzione del punteggio.

Ebbene, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il chiarimento mediante il quale la stazione appaltante ha stabilito che tale elemento dovesse essere esaminato solo nell'ambito della valutazione qualitativa dell'offerta.

La sentenza ha infatti affermato che tale chiarimento non ha comportato “*una modifica della volontà da parte dell'amministrazione, rispetto a quanto bandito*”, ma si è limitato a una “*riconduzione a sistema di alcune oggettive contraddizioni presenti nella lex di gara, attraverso un chiarimento compatibile con le proprie originarie esigenze*”.

In altri termini, il giudice di appello ha affermato la legittimità dell'operato della stazione appaltante, anche se essa si è discostata dal lato letterale di una previsione della *lex specialis*, ritenendo che mediante tale operazione essa abbia correttamente fatto emergere la reale volontà provvedimentale dell'Amministrazione.

Come è noto, l'elaborazione giurisprudenziale ha definito la natura giuridica dei chiarimenti e ha riconosciuto che la sfera di operatività dei chiarimenti è strettamente legata alle regole che governano l'interpretazione della *lex specialis* di gara.

Ebbene, secondo la sentenza in commento, assume un rilievo centrale l'indagine in ordine

alla volontà della stazione appaltante (nonché in applicazione dei principi di economicità e del *favor participationis*), la quale non deve necessariamente limitarsi alla valutazione del senso letterale dei termini da questa utilizzati, anche al fine di evitare che eventuali incertezze interpretative comportino la necessità di annullamento e ripubblicazione del bando.

Sulla base di tale ricostruzione della natura e della funzione dei chiarimenti, il Consiglio di Stato è giunto ad affermare che, ogniqualvolta il concorrente ravvisi nella *lex specialis* un dubbio interpretativo tale da impedire la formulazione dell'offerta, questi non può limitarsi a impugnare la *lex specialis* e/o i chiarimenti all'esito della procedura di gara, ma ha l'onere di formulare una richiesta di chiarimenti (*"sollecita il potere demolitorio in sede giurisdizionale in relazione ad ulteriori aspetti che avrebbe piuttosto lealmente meritato altrettante domande di chiarimento da parte del ricorrente in sede procedimentale"*).

L'utilizzo dell'avverbio "*lealmente*" sembra individuare la fonte di tale onere nel canone generale della buona fede, che, del resto, ai sensi dell'art. 1337 c.c., si applica anche alla procedura di affidamento del contratto pubblico.

E il Consiglio di Stato pone in capo al concorrente non solo tale onere di "lealtà", ma anche un ulteriore onere, ricordando che laddove gli elementi della *lex specialis* appaiono "*generici o indeterminati, al punto da rendere impossibile la formulazione della domanda*", il concorrente è tenuto a proporre "*l'immediata impugnazione del bando*".

Si segnala, infine, per completezza, un orientamento giurisprudenziale in parte difforme, il quale tende a valorizzare le esigenze connesse alla garanzia della parità di trattamento e afferma dunque che l'interpretazione della *lex specialis* non può prescindere dal dato letterale della stessa e che ogni operazione diversa si risolverebbe nell'illegittima disapplicazione della disciplina di gara (Cons. Stato sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014). Ne risulterebbe quindi un ridimensionamento della sfera di operatività dei chiarimenti, i quali, in tale logica, possono limitarsi soltanto a selezionare uno dei possibili significati ricavabili dal testo della *lex specialis*, senza potersi discostare dal dato letterale della stessa. E in tale ottica, ove permanga il carattere incongruo della *lex specialis*, l'unica strada praticabile sarebbe quella dell'esercizio del potere di autotutela, nel rispetto del principio del *contrarius actus* (Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4302).

Pubblicato il 07/02/2018

N. 00781/2018REG.PROV.COLL.

N. 06445/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6445 del 2017, proposto da:

Fresenius Kabi Italia Srl in proprio e quale Capogruppo mandataria dell'ATI con la Farmacia Dott. Metalla Snc, Vivisol Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

contro

Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Siragusa, Marco Zotta, con domicilio eletto presso lo studio Mario Siragusa in Roma, piazza di Spagna, 15;

nei confronti di

EGAS – Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi, Azienda per l'Assistenza Sanitaria N. 1 Triestina (Ora Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste), Azienda Per L'Assistenza Sanitaria N. 2 Bassa Friulana Isontina, Azienda Per L'Assistenza Sanitaria N. 3 Alto Friuli - Collinare - Medio Friuli, Azienda Per L'Assistenza Sanitaria N. 4 Friuli Centrale (Ora Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Udine), Azienda Per L'Assistenza Sanitaria N. 5 Friuli Occidentale, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Trieste - Sezione I, n. 238/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di nutrizione parenterale domiciliare per un periodo di 36 mesi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Baxter S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Ernesto Papponetti su delega di Giuseppe Franco Ferrari e Marco Zotta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Ente per la gestione accentrata dei servizi condivisi – EGAS, quale centrale di committenza per gli Enti del Servizio Sanitario del Friuli Venezia Giulia, con bando pubblicato in G.U.U.E. del 5.03.2016, indicava procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la stipula di una convenzione per l'affidamento del servizio di nutrizione parenterale domiciliare per 36 mesi.

1.1. In forza del capitolato speciale d'appalto, il servizio da aggiudicarsi comprendeva tanto la fornitura di sacche personalizzate (miscele nutrizionali galenico magistrali, prodotte su specifica prescrizione medica), quanto la fornitura di sacche pronte all'uso (miscele nutrizionali registrate come specialità medicinali).

1.2. Alla gara partecipavano due concorrenti: la ATI composta da Fresenius Kabi Italia S.r.l., quale capogruppo mandataria, e da Farmacia dott. Metalla S.n.c. di dott. Metalla Celeste & C., Vivisol S.r.l., quali mandanti, e la società Baxter S.p.A.

All'esito della valutazione qualitativa delle offerte, erano attribuiti i seguenti punteggi: BAXTER: 35 punti riparametrati a 40; Fresenius: 26 punti riparametrati a 29,71.

L'offerta economica premiava invece Fresenius, sicchè all'esito della procedura, l'offerta di Fresenius si classificava al primo posto della graduatoria, con (29,71 + 60,00) 89,71 punti; Baxter si collocava al secondo posto, con (40 + 48,57924) 88,57924 punti.

Con determinazione dirigenziale n. 702 del 29.12.2016 l'EGAS aggiudicava l'appalto a Fresenius.

2. Insorgeva dinanzi al TAR Friuli Venezia Giulia la Baxter S.p.A., chiedendone l'annullamento, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato.

2.1. In estrema sintesi, con il primo motivo la ricorrente censurava l'offerta di Fresenius, ritenendola non conforme alle specifiche tecniche di gara, a suo dire illegittimamente modificate dalla stazione appaltante tramite meri chiarimenti; con il secondo, deduceva l'asserita omessa applicazione dei criteri qualitativi e l'asserita erronea attribuzione dei

punteggi di qualità nella valutazione tecnica delle offerte; con il terzo contestava, in via graduata, la genericità dei criteri di valutazione e l'indeterminatezza della *lex specialis* con riferimento ad alcuni obblighi di fornitura, che avrebbero reso indeterminate, e quindi difficilmente comparabili, le offerte in gara.

3. Il TAR accoglieva il primo motivo di ricorso e annullava l'aggiudicazione, dichiarando inammissibile il secondo motivo e improcedibile il terzo, sulla base delle seguenti considerazioni. *“Invero, il Capitolato speciale impone che le miscele personalizzate siano «sterili, apirogene, prodotte secondo le norme di buona fabbricazione e conformi ai requisiti indicati nella F.U. ultima edizione, relativamente alle specifiche monografiche (materie prime e prodotti finiti), ai controlli e ai saggi in essa previsti (compreso il saggio della conta particellare)», che entrambi i tipi di miscela al momento della consegna abbiano «una validità pari almeno ai due terzi della validità del prodotto». A sua volta, l'Allegato “A” alle Norme di partecipazione alla gara specifica che in sede di dichiarazione del periodo di utilizzazione residuo del prodotto al momento della consegna questo dovrà essere di «almeno 60 giorni».*

Ora, risulta per tabulas che a fronte delle richieste di chiarimenti, EGAS ha testualmente precisato che «il riferimento riportato al punto h) dell'Allegato A (“almeno 60 giorni”) deve intendersi stralciato» e che «la validità minima da dichiarare è 30 giorni»; e che in luogo del rispetto delle norme di buona fabbricazione (NBF) «[...] sarà valutato il metodo di produzione in ottemperanza alla FU ultima edizione e alle NBP [norme di buona produzione] italiane e europee».

*In tal modo, la centrale di committenza, lungi dal limitarsi – come pretenderebbe la difesa di EGAS – a riallineare le diverse previsioni della *lex specialis* di gara, al fine di perseguire la massima partecipazione, ha modificato il Capitolato speciale, in punto di prestazioni in capo all'appaltatore, dimezzando la durata minima delle miscele, e assoggettandone la produzione delle sacche nutrizionali alle meno stringenti norme di buona produzione (NBP), in luogo di quelle di buona fabbricazione (NBF).*

*Se effettivamente, come sostiene parte resistente, la *lex specialis* di gara fosse stata contraddittoria, e avesse irragionevolmente ristretto la partecipazione alla procedura, la via era quella della ripubblicazione del bando, previo esercizio dell'autotutela.*

*I chiarimenti, infatti, sono pacificamente inidonei a modificare o integrare la disciplina della procedura selettiva, così come cristallizzata nella *lex specialis* di gara (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 1903/2017).*

4. A proporre appello è Fresenius Kabi Italia S.r.l.

5. Baxter S.p.A. si è costituita in giudizio e ha proposto appello incidentale.

6. In sede cautelare, la Sezione, con ordinanza n. 4220/2017, ha “sospeso i provvisori effetti costitutivi e conformativi della sentenza gravata”.

7. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 dicembre 2017.

DIRITTO

8. Secondo l'appellante, il giudice di prime cure, lungi dal ricondurre ad unità il significato della legge di gara secondo la dovuta interpretazione sistematica della stessa e secondo le intenzioni della stazione appaltante, il TAR Trieste ha determinato l'illegittimo sacrificio della posizione di Fresenius, accreditando una lettura della *lex specialis* contraddittoria. In particolare avrebbe fatto riferimento esclusivamente al "Capitolato speciale" e all'"Allegato A" alle Norme di partecipazione alla gara" senza considerare i numerosi passaggi del capitolato speciale (e in particolare quello relativo al criterio motivazionale ai fini dell'attribuzione del punteggio per i sistemi di produzione) dai quali, invece, potevano evincersi indicazioni deponenti per l'applicabilità delle norme Norme di Buona Preparazione cui soltanto le farmacie sono soggette.

9. Del resto, l'"Allegato A", cui fa riferimento il giudice di prime cure, costituirebbe solo un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la presentazione delle dichiarazioni da rendere in sede di gara, inutilizzabile per ricostruire la volontà della stazione appaltante stessa in ordine alle caratteristiche tecniche dei prodotti da acquisire, con effetto potenzialmente escludente.

Appurata la contraddittorietà delle previsioni della *lex gara*, l'amministrazione si sarebbe limitata a chiarire che i concorrenti avrebbero dovuto descrivere "le regole seguite nell'ambito del processo di produzione in cui abitualmente operano", senza vincoli specifici, e che tali regole sarebbero state oggetto di valutazione, e dunque di attribuzione di punteggio, nell'ambito del parametro di valutazione del "sistema di produzione". Non si tratterebbe dunque – a differenza di quanto statuito in prime cure, di un'inammissibile modifica *in itinere* del bando, ma di una trasparente attività interpretativa di risoluzione delle contraddizioni presenti nella *lex gara*, ispirata al *favor participationis*.

10. L'appello incidentale di Baxter spa è invece teso a contestare la sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il secondo motivo di ricorso, nonché a riproporre il terzo motivo dichiarato improcedibile per mancanza di interesse.

Il Giudice di prime cure ha ritenuto il secondo motivo inammissibile per un duplice ordine di ragioni: *"Innanzitutto, va considerato che il giudizio della Commissione di gara in ordine al pregio qualitativo delle offerte è espressione di discrezionalità tecnica e, come tale sindacabile dal Giudice amministrativo solamente nei casi di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza o di palese travisamento dei fatti (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III[^], sentenza n. 429/2017). Nessuno dei suelencati profili è stato dedotto dalla ricorrente, che, invece, dolendosi non tanto della sottovalutazione della propria offerta, quanto piuttosto della sopravvalutazione di quella della concorrente, finisce per chiedere a questo Giudice una non consentita sostituzione del proprio giudizio a quello della Commissione di gara"*.

Ha affermato, inoltre, il primo Giudice che *"Anche l'unico profilo della doglianza ancorato a un dato oggettivo, vale a dire quello connesso alla mancata allegazione all'offerta della controinteressata di documentazione attestante l'impiego di personale infermieristico con esperienza nella gestione di pazienti pediatrici, finisce per non superare la prova di resistenza"*

e risultare così inammissibile per carenza di interesse. Vero è, infatti, che all'interno del subpunteggio per la "Formazione del personale infermieristico", la voce concernente l'esperienza nella gestione di pazienti pediatrici era solo una delle sette che complessivamente dovevano essere tenute in considerazione ai fini della valutazione, e non vi è prova di quanto la voce in questione abbia pesato, rispetto alle altre sei, nell'attribuzione alla ATI vincitrice di quel subpunteggio complessivo".

Secondo Baxter le statuizioni sarebbero erranee. In particolare, la richiesta di una prova di resistenza sarebbe del tutto ultronea, avuto riguardo al piccolissimo distacco in termini di punteggi conseguiti dalle due offerte. Nel merito, il capitolato specificava che l'esperienza nella gestione dei pazienti pediatrici in NPD andasse documentato, mentre la stazione appaltante si sarebbe accontentata di una autocertificazione. Le originarie censure veicolate attraverso il secondo motivo, inoltre, non avrebbero interessato il merito delle valutazioni ma la loro ragionevolezza (in proposito l'appellante incidentale reitera i vari profili già illustrati in primo grado).

Baxter ripropone infine il terzo motivo originario dichiarato improcedibile relativo alla genericità dei criteri di valutazione previsti dalla *lex specialis* e all'eccessiva indeterminatezza di alcuni obblighi di fornitura.

11. Ritiene il Collegio che l'appello di Fresenius sia fondato.

11.1. Il capitolato speciale conteneva invero passaggi contraddittori (su tutti il criterio motivazionale dell'attribuzione del punteggio tecnico in relazione ai "sistemi di produzione" in cui si faceva o riferimento alle NBP italiane ed europee, nonché il riferimento al "*rispetto delle norme che regolano l'esercizio della professione delle farmacie*"), in relazione alla circostanza se il sistema di produzione basato sulle NBF fosse requisito indispensabile o piuttosto rilevante ai soli fini dell'attribuzione del punteggio. Talché la stazione appaltante, in risposta alle domande di chiarimento, ha meglio esplicitato la propria volontà e affermato la sufficienza del rispetto delle sole NBP, con ogni conseguenza anche in termini di periodo minimo di validità delle sacche, salve le valutazioni qualitative discendenti dalle più garantiste NBF.

Non si è trattata di una modifica della volontà da parte dell'amministrazione, rispetto a quanto bandito, ma di una riconduzione a sistema di alcune oggettive contraddizioni presenti nella *lex gara*, attraverso un chiarimento compatibile con le proprie originarie esigenze.

Del resto, nelle gare pubbliche – come correttamente rilevato dall'appellante - in una situazione di obiettiva incertezza dipendente dal fatto che le clausole della *lex specialis* risultano malamente formulate o si prestano comunque ad incertezze interpretative o siano equivoche, la risposta dell'Amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato Sez. V, 27.4.2015, n. 2097).

I chiarimenti operano a beneficio di tutti, e laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio

del *favor participationis*, e resi pubblici, non comportano, se giustificati da un oggettiva incertezza della *lex* di gara, alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l'autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione.

12. È invece infondato l'appello incidentale di Baxter.

12.1. Anche a voler accedere alla valutazione delle censure, superando le statuizioni di prime cure in punto di inammissibilità del secondo motivo del ricorso introduttivo, è dirimente la constatazione che, coerentemente con quanto sostenuto dal ricorrente, la commissione valutatrice ha ampiamente premiato gli aspetti qualitativi dell'offerta di Baxter rispetto a quella di Fresenius. Baxter si duole che non l'abbia fatto abbastanza, sì da delineare un distacco in termini di punteggio, idoneo a compensare le penalizzazioni legate al maggior prezzo offerto.

La fine regolazione tuttavia, in assenza di manifesti vizi di irragionevolezza, sfugge al sindacato del giudice amministrativo, che diversamente troverebbe a sostituirsi integralmente all'amministrazione.

In ogni caso, giova osservare che su tutti i profili segnalati dal ricorrente, lo scarto di punteggio è stato significativo. Addirittura, nel caso dell'esperienza nella gestione dei pazienti pediatrici in NPD, autocertificata da Fresenius, quest'ultima ha ricevuto 6 punti a fronte dei 10 conseguiti da Baxter. Non si tratta quindi di esiti valutativi irrisori rispetto all'oggettiva diversità qualitativa delle offerte.

12.2. È infondato anche il terzo motivo, proposto da Baxter in primo grado e reiterato in appello a seguito della declaratoria di improcedibilità. Siffatto motivo, che tende al radicale annullamento della procedura di gara, da una parte oblitera che alcune questioni sono state oggetto di chiarimento e meglio esplicitate nel corso della gara, dall'altra sollecita il potere demolitorio in sede giurisdizionale in relazione ad ulteriori aspetti che avrebbe piuttosto lealmente meritato altrettante domande di chiarimento da parte del ricorrente in sede procedimentale.

Ad ogni modo né i criteri, né gli obblighi, appaiono generici o indeterminati, al punto da rendere impossibile la formulazione della domanda (circostanza che del resto avrebbe imposto l'immediata impugnazione del bando) o del tutto aleatori gli esiti della procedura. Né l'appellante ha chiarito come detta genericità e indeterminatezza sia ridondata a suo danno.

13. In conclusione l'appello principale è accolto. L'appello incidentale è respinto. Per l'effetto il ricorso introduttivo di primo grado è respinto.

14. Avuto riguardo all'evoluzione del giudizio e alla peculiarità della questioni trattate, appare equo compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando,

accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso introduttivo di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere