

Appalti pubblici

I “chiarimenti” della stazione appaltante in fase pre-offerta: rischi e strategie

5 marzo 2015

Nelle gare pubbliche, una operazione apparentemente semplice come può essere la presentazione, ai fini della preparazione dell’offerta, di una richiesta di “chiarimenti” alla stazione appaltante in ordine a specifiche disposizioni del bando, del capitolato, del disciplinare o di altri atti di gara può rivelarsi estremamente rischiosa e portare a risultati esattamente opposti a quelli perseguiti.

Ed infatti, se da un lato, le risposte della stazione appaltante alle richieste di “chiarimenti” costituiscono interpretazione autentica delle regole di gara, volta a fare chiarezza su aspetti o elementi poco intellegibili o a dirimere incertezze interpretative, dall’altro, nella misura in cui i “chiarimenti” possono essere considerati, dal giudice amministrativo, una variazione *a posteriori* del contenuto di disposizioni di gara né oscure né ambigue, le conseguenze per gli operatori che vi si attengo-

no possono risultare sorprendenti.

Giova ricordare che le regole di gara negli appalti pubblici hanno portata vincolante non solo per i concorrenti ma anche per la stazione appaltante stessa, e a tali regole deve essere data puntuale attuazione per garantire l’imparzialità del processo selettivo nel suo complesso e la *par condicio* tra i concorrenti.

La *lex specialis* di gara non può essere mai modificata in pendenza dei termini per la presentazione delle offerte. Con i “chiarimenti” non si può eludere questa regola, non potendo essi rappresentare lo strumento tramite il quale introdurre previsioni nuove o modificative di tali prescrizioni. Diversamente l’intero procedimento ne risulterebbe illegittimo e quindi a forte rischio di annullamento.

Se – a seguito di una richiesta di chiarimenti formulata da

un operatore – la stazione appaltante si rendesse conto di aver previsto nei documenti di gara troppe limitazioni o restrizioni, essa dovrà necessariamente agire in autotutela, attraverso la revoca o l’annullamento di tali regole, che, diversamente, restano immutabili. Non può essere invece una risposta ad una richiesta di chiarimenti a introdurre regole nuove non desumibili da clausole della *lex specialis* semplicemente errate o illegittime (e non incerte o ambigue). Pertanto, la stazione appaltante che intendesse “rimediare” a mancanze o errori nella fase di definizione delle regole di gara, dovrà ricorrere all’autotutela o, comunque, riaprire i termini originari di presentazione delle offerte in modo da consentire a tutti i concorrenti di presentare offerte che tengano conto delle nuove regole.

Ciò detto, **notevole rilevanza presentano le ricadute sul piano pratico di tali principi.**

Highlights

Di seguito se ne illustrano alcune.

In tutti i casi in cui le stazioni appaltanti pubblicano i “chiarimenti” sulle regole di gara, salvo che si faccia ricorso all’autotutela o si estendano i termini di presentazione delle offerte, **i concorrenti non possono mai contare sulla certezza della legittimità del contenuto dei “chiarimenti”**, se non dopo aver concluso, a seguito di un giudizio di autovalutazione, che essi hanno riguardato soltanto **clausole effettivamente oscure o ambigue** e non invece clausole errate, lacunose o illegittime.

Sotto altro aspetto, se un concorrente ritiene che una o più disposizioni del bando o di altri documenti di gara costituiscano restrizioni irragionevoli alla sua partecipazione alla competizione ovvero ne possano comportare l’esclusi-

one, **la strategia più efficace non è tentare di ottenere il *placet* dalla stazione appaltante mediante i “chiarimenti”**.

I concorrenti saranno invece chiamati a impugnare la *lex specialis* di gara, ad esempio perché irragionevolmente limitativa della platea dei concorrenti.

Tale necessità di impugnazione immediata del bando non si presenta se, invece, le clausole in questione non comportano l’esclusione dell’operatore ma incidono semplicemente sui criteri di valutazione delle offerte.

Ancora, secondo un’altra prospettiva, **il concorrente secondo classificato** che abbia motivo di ritenere che l’impresa aggiudicataria abbia “guadagnato” in sede di “chiarimenti” requisiti di partecipazione di cui, alla luce della mera applicazione delle disposizioni della *lex specialis* di gara, era originariamente priva, **potrà impugna-**

re l’aggiudicazione e, facendo valere l’illegittimità dei “chiarimenti”, aspirare ad ottenere l’annullamento e il subentro nel contratto d’appalto.

Anche in questa prospettiva, dunque, si raccomanda di prestare sempre attenzione alle risposte fornite dalla stazione appaltante a richieste di chiarimenti, rimarcando prudenzialmente che **tali risposte devono essere pubblicate così che tutti i concorrenti possano prendere visione.**

Ughi e Nunziante – Studio legale