

## Natura giuridica e regime impugnatorio del bando di gara

di Giada Antonia Lo Prete

Data di pubblicazione: 19-5-2018

Tra gli istituti che caratterizzano la procedura di affidamento di gare pubbliche, il cd. “**bando di gara**” assume una indiscussa rilevanza, attesa la sua idoneità a dettare i requisiti e le modalità di partecipazione alla competizione pubblica, nonché ogni altra informazione necessaria a tale scopo. Fine precipuo del bando di gara, infatti, è quello di indicare la “**lex specialis**” della procedura di affidamento, capace di derogare alla disciplina contenuta nel nuovo **Codice dei Contratti Pubblici**, avente quindi carattere sussidiario rispetto a quanto prescritto da bandi o avvisi di gara.

Posto temporalmente – e sistematicamente – tra il momento di emanazione della delibera a contrarre e quello dell’aggiudicazione, con il bando di gara l’Amministrazione palesa chiaramente e definitivamente la volontà di negoziare e addivenire alla stipula contrattuale, a seguito della selezione e dell’individuazione del miglior offerente. Selezione le cui regole e modalità di accesso vengono rese note ai concorrenti, da parte della stazione appaltante, proprio attraverso le clausole componenti il bando di gara, la cui chiarezza ed inequivocità diventa essenziale sia dal lato degli offerenti, il cui interesse legittimo, in tale fase, si declina anche nella necessità di una piena comprensione delle “regole del gioco”, sia dal lato dell’Amministrazione, la quale rischierebbe costi aggiuntivi e un maggiore dispendio di tempo susseguenti alla partecipazione di più candidati sprovvisti dei requisiti necessari, per come intesi dalla stazione appaltante, o derivati anche da contestazioni sulle clausole *de quibus*. Ciò posto, la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che le clausole equivoche o oscure predisposte in sede di bando, vadano interpretate nel modo più idoneo a garantire l’affidamento in buona fede dei concorrenti nonché la più vasta partecipazione possibile, in ossequio ai principi comunitari a cui si ispirano le nuove norme codicistiche, di cui si fanno vettrici a seguito del recepimento delle direttive 2014/23 UE, 2014/24 UE e 2014/25 UE.

Prima di affrontare le questioni inerenti al momento demolitorio del bando, non si può non dar conto della *querelle* circa la **natura giuridica** dell’istituto in parola, soprattutto alla luce della considerazione che, in base alla soluzione teorica prospettata a cui si sceglie di aderire, ne scaturiscono importanti implicazioni pratiche. Invero, la dottrina è assai divisa tra chi intende attribuire al bando di gara connotati negoziali e chi invece vi ravvisa una maggiore impronta pubblicistica.

Più specificamente, i sostenitori della tesi privatistica sostengono che il bando di gara si risolve in un’offerta al pubblico, o meglio, più precisamente, ad un **invito a offrire**, atteso che la mancanza dell’elemento essenziale costituito dal prezzo renda tale istituto insuscettibile di rappresentare una proposta contrattuale.

Al contrario, all’interno del *genus* “pubblicista”, ci si divide tra chi attribuisce al bando **natura normativa**, da chi invece considera lo stesso quale un **provvedimento amministrativo**: da

tale “incasellamento” deriva, inevitabilmente, diversa sorte per il bando di gara contestato, passibile di disapplicazione, al pari di ogni altro atto normativo, in un caso, ovvero sottoponibile al normale regime impugnatorio previsto per gli atti amministrativo, nell’altro.

In verità, *ictu oculi* pare che il bando di gara difetti, per sua natura, delle caratteristiche intrinseche degli atti normativi, quali la generalità, l’astrattezza, la capacità di innovare l’ordinamento giuridico.

Quanto al primo profilo, infatti, mentre l’atto normativo ha destinatari indeterminabili *ex ante* quanto *ex post*, il bando consente la conoscibilità dei candidati posteriormente alla sua emanazione; allo stesso modo, esso regola una determinata situazione e non è suscettibile di diversa e nuova ripetibilità ad altri casi (per i quali interverranno bandi di gara nuovi e diversi); infine, il bando di gara non mostra alcuna attitudine ad “innovare”, attraverso le sue prescrizioni, l’ordinamento giuridico, né temporaneamente quanto stabilmente.

Posta tale breve digressione introduttiva, con cui sono stati analizzati, a grandi linee, i principali profili che interessano l’istituto del bando di gara, giova ora approfondire le maggiori questioni affrontate dalla giurisprudenza amministrativa in tema di **impugnazione** dello strumento in parola (una volta aderito all’impostazione decisamente prevalente, che considera il bando quale atto amministrativo e non atto normativo o negoziale).

Dunque, l’opinione maggioritaria ritiene che di regola le clausole che compongono il bando, non dotate di una efficacia immediatamente lesiva, permettano allo stesso di essere impugnato solo all’esito della gara, insieme al provvedimento applicativo (cd. “**impugnazione differita**”). Si considera, infatti, che solo con l’aggiudicazione la lesione del concorrente che si ritenga pregiudicato dal bando diventi da potenziale attuale e che prima di tale momento la sua situazione giuridica di questi non possa essere tutelata da alcuno strumento demolitorio.

Tuttavia, risulta parimenti pacifico in giurisprudenza che, invece, il bando recante clausole suscettibili di ledere in maniera immediata l’interesse del concorrente, possa essere suscettibile di **immediata impugnazione**.

Si pensi, ad esempio, alla cd. “**clausole immediatamente escludenti**”, le quali prescrivono determinati requisiti che conducono a una quasi certa esclusione dalla competizione. Tale è, ad esempio, la cd. “**clausola anti ATI sovrabbondante**”, che sanziona la formazione di raggruppamenti temporanei tra imprese di grosse dimensioni, già sufficienti a concorrere da sole, la cui unione, celando spesso un cd. “cartello”, comporterebbe effetti distorsivi della concorrenza. Ebbene, alla luce degli ultimi approdi dei Giudici di Palazzo Spada, la suddetta clausola, in quanto immediatamente escludente, è da ritenersi pregiudizievole nella misura in cui non vengano analizzate e valutate le eventuali ragioni che giustifichino la formazione, ragionata, di una RTI tra imprese non medio - piccole.

Allo stesso modo, i tribunali amministrativi regionali, così come il Supremo Consesso amministrativo, negli ultimi anni hanno annoverato, nella casistica delle clausole immediatamente lesive contenute in un bando di gara, quelle dirette a prescrivere oneri sproporzionati o ingiustificati per le imprese concorrenti, idonee ad escluderle quasi

certamente dalla gara o a stabilire abbreviazioni eccessive e ingiustificate dei termini della procedura o che, più in generale, impediscono una piena e inconsapevole elaborazione dell'offerta.

Al contrario, generalmente, non sono ritenute immediatamente impugnabili le clausole recanti la composizione della commissione giudicatrice ovvero indicanti i criteri di valutazione dell'offerta, non ravvisandosi in esse potenzialità pregiudizievoli nei confronti dell'interesse legittimo a partecipare alla gara (dovendosi in tal caso attendere il provvedimento di esclusione dell'interessato ovvero di aggiudicazione della gara a diverso concorrente). Senonché con la recentissima pronuncia TAR Lazio del 2017, i giudici capitolini hanno confermato la tesi dell'immediata impugnabilità delle clausole del bando afferenti al cd. **"metodo di gara"**. In particolare, in quella sede i ricorrenti lamentavano una eccessiva genericità caratterizzante i requisiti richiesti dal bando di gara, i quali, peraltro, prendevano in considerazione il solo fatturato e non anche la competenza tecnica maturata. A parere dei Giudici, tanto bastava a impedire una corretta competizione concorrenziale, superando così il precedente *dictum* contrario, affermato dall'A.P. con la sentenza n. 1/2003.

Sempre nel 2017, con una pronuncia dal tenore non dissimile, il Consiglio di Stato ha statuito che *"il bando di gara, che prevede il sistema di aggiudicazione della gara del massimo ribasso, è immediatamente impugnabile, sussistendo tutti i presupposti per non rinviare all'avvenuta aggiudicazione il ricorso, quali: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale"* (CdS, Sez. III, 2 maggio 2017 n. 2014).

Tale arresto rappresenta, dunque, indice sintomatico dell'avvenuto superamento dei principi enucleabili dalla citata A.P. 1/2003, a detta dei quali non risulta condivisibile *"quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala"* (Cfr. Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1).

Tale quadro giurisprudenziale, ha condotto i Giudici della terza sez. del Consiglio di Stato, con **ordinanza interlocutoria n. 5138 del 7 novembre 2017**, a rimettere all'attenzione della Adunanza Plenaria nuovamente la questione, chiedendo, in particolare se l'onere di impugnazione immediata del bando sussista anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, in *luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo*, e se, più in generale, esso possa affermarsi per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, *nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi.*

Con la **sent. 4/2018**, l'**Adunanza Plenaria** ha dato risposta ai predetti quesiti, evitando di assestarsi su posizioni troppo innovative, bensì scegliendo la linea della continuità rispetto all'indirizzo maggioritario passato (**A.P. 1/2003; A.P. 4/2011**), ribadendo così l'esclusione dall'onere di immediata impugnazione delle prescrizioni del bando riguardanti il **metodo di gara, il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia**, proprio perché non escludenti. A sostegno di ciò, la Corte adduce, quale dato normativo l'art. 120, co. 5, c.p.a., la cui norma fa riferimento ai bandi solo in quanto "autonomamente lesivi". Inoltre, l'immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando comporterebbe, a parere dell'Adunanza Plenaria, nocimento alla durata delle procedure di gara, aumentando il carico di contenzioso e invogliando i ricorrenti ad allungare i tempi processuali, non proponendo la domanda cautelare fino all'aggiudicazione della procedura.

Un'altra interessante questione, in materia, riguarda l'eventuale possibilità, una volta ammessa la diretta impugnabilità del bando illegittimo, di prescindere dalla presentazione della **domanda di partecipazione** ai fini dell'accesso al rimedio demolitorio.

In altre, parole, ci si chiede se sia immediatamente impugnabile il bando recante clausole direttamente lesive delle posizioni dei ricorrenti, pur non avendo presentato domanda di partecipazione alla procedura di affidamento. La giurisprudenza amministrativa tendenzialmente aderisce all'orientamento più restrittivo, a detta del quale è solo attraverso la presentazione della domanda di partecipazione che il concorrente assume un interesse concreto e differenziato, tutelabile dall'ordinamento. Tuttavia non mancano eccezioni a tale principio, in particolare nel momento in cui l'impresa candidata lamenti, ad esempio, un vizio del bando che le precluda *ex ante* l'accesso alla competizione pubblica ovvero ove si contesti la stessa decisione dell'Amministrazione di contrarre ovvero la violazione dei regole sulla pubblicità del bando. In tali ipotesi, la presentazione della domanda di partecipazione sarebbe impossibile o oltremodo onerosa e difficile per l'aspirante concorrente, talché essa non potrebbe costituire la *condicio iuris* per la successiva impugnazione del bando. Né – si sostiene in dottrina – potrebbe affermarsi, in aggiunta, che l'"acquiescenza" al contenuto del bando lesivo potrebbe impedirne una futura impugnazione, perché tanto porterebbe a risultati giuridici paradossali, in grave spregio degli artt. 24 e 113 Cost.

Ulteriore stimolante questione che ha investito i giudici amministrativi riguarda la sorte degli atti successivi della procedura, a seguito dell'annullamento del bando di gara immediatamente lesivo. Ci si è chiesti, in particolare, se l'annullamento del bando abbia **effetto caducante o**

**viziante** sugli atti successivi. A tale dubbio la giurisprudenza amministrativa dà risposta perlopiù unanime, propendendo per l'efficacia caducante dell'annullamento e la conseguente non necessità di impugnare ogni altro atto successivo alla procedura, poiché ciò risulterebbe ingiustificatamente oneroso e non risponderebbe a ragioni di economia processuale.

Ciononostante, anche il citato precetto non è senza eccezioni. Infatti, ritengono i giudici di Palazzo Spada che quand'anche l'annullamento del bando illegittimo avesse efficacia caducatoria sugli atti posteriori, ciò non esonererebbe il ricorrente dall'impugnare anche l'atto finale della procedura. Tale regola, invero, permette di tutelare altresì la posizione dei controinteressati, che altrimenti rimarrebbero ingiustificatamente ed illegittimamente all'oscuro delle vicende processuali demolitorie che interessano un procedimento competitivo a cui hanno preso parte.

Si vuole citare, infine, l'indirizzo strettamente minoritario che, propugnando la natura normativa del bando di gara, sostiene la necessità di **disapplicare** ? anziché impugnare ? le clausole non immediatamente lesive del bando, congiuntamente all'impugnazione del provvedimento applicativo.