

Procedure ad evidenza pubblica: il Bando di gara

1. Nozione

Il bando di gara è l'atto con il quale la PA manifesta l'intenzione di aggiudicare un appalto. Esso, dunque, rappresenta l'avvio della procedura concorsuale, atteggiandosi a strumento di attuazione della delibera a contrarre.

Con la sua pubblicazione: (i) si dà concreto avvio alla gara; (ii) si dettano le regole del gioco che tanto la SA quanto i concorrenti saranno tenuti a rispettare nel corso della procedura selettiva.

La pubblicazione del bando di gara soddisfa il fondamentale principio di PUBBLICITÀ, presupposto indefettibile della concorrenza.

2. Il contenuto

La disciplina relativa al contenuto del bando di gara è dettata dall'art. 64, comma 4 del D. Lgs. n. 163/2006 (Vecchio Codice), ora 71 e ss del Nuovo Codice Appalti e Concessioni, a tenore del quale il bando deve contenere gli elementi indicati dalle disposizioni del codice nonché le informazioni di cui all'allegato IX (ora Allegato XIII) A. esso deve inoltre dare applicazione dei principi di TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ e FAVOR PARTECIPATIONIS.

Schematicamente è possibile suddividere le clausole del bando in 4 gruppi fondamentali di indicazioni: **1.** Autorità, sede e clausole ordinarie della procedura (luogo, tempi, modi e termini); **2.** Caratteristiche ed entità delle prestazioni (con indicazione del prezzo base della gara), modalità di esecuzione e di pagamento; **3.** Criteri di aggiudicazione e modalità di presentazione delle offerte; **4.** Requisiti ed obblighi dei partecipanti.

Le SA conservano un certo margine di discrezionalità, ben potendo inserire nel bando clausole ulteriori e aggiuntive.

3. Natura giuridica

- Impostazione *PRIVATISTICA*: **Invito ad offrire** (no offerta al pubblico in quanto mancherebbe l'elemento prezzo) che implicherebbe la formulazione di una proposta da parte dei ricorrenti che, se accettata dalla SA, determinerebbe il formarsi dell'accordo;
- Impostazione *PUBBLICISTICA*:
 - a. natura normativa: il bando è la **lex specialis** della procedura che vincola persino la stessa SA → è ammessa la disapplicazione del bando di gara;
 - b. natura provvedimentale: il bando è **atto amministrativo generale**; dell'atto normativo, infatti, difettano i 3 requisiti classici:

- ✓ generalità: i destinatari del bando di gara sono identificati, a posteriori (anche se non a priori);
- ✓ innovatività: il bando è volto a disciplinare una sola gara; quindi non modifica l'ordinamento giuridico;
- ✓ astrattezza: le regole del bando di gara non sono applicabili con ripetitività.

Tale tesi tuttavia implica conseguenza pratiche di primario rilievo: l'esclusione del meccanismo della disapplicazione (CdS, sez. v, 5 ottobre 2005, n. 5316; CdS, sez. VI, 20 settembre 2008, n. 4699), il ricorso a regole di interpretazione dei provvedimenti e l'assoggettamento al regime impugnatori previsto per questi ultimi.

4. Impugnabilità

I tesi: Immediata impugnabilità delle clausole del bando di gara

Il tesi: *Critica* → il bando si impugna unitamente all'atto (es. provvedimento di esclusione) che di quelle clausole fa applicazione: c.d. impugnazione DIFFERITA. Vari argomenti a sostegno:

- Ciò che conta è l'interesse a ricorrere: l'atto impugnato deve aver determinato già una lesione attuale e concreta; ciò non avviene con riferimento alle clausole del bando, salvo le ipotesi di clausole immediatamente lesive.
- **Ad. Pl. 1/2003 (confermata dall'ad. Pl. 2/2010)**: si sofferma sulle c.d. condizioni dell'azione: legittimazione ad agire e interesse ad agire; la prima postula l'esistenza in capo al ricorrente di un interesse sostanziale tutelato dall'ordinamento, mentre la seconda si riferisce alla possibilità che dall'accoglimento del ricorso derivi un vantaggio concreto per l'interessato.

Secondo l'Adunanza non sono condivisibili gli orientamenti estremisti:

- a) l'orientamento che vorrebbe il bando **sempre impugnabile unitamente all'atto applicativo**, anche nell'ipotesi in cui si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione. *Critica*: Tali clausole, in quanto relative a presupposti di fatto indipendenti da ogni valutazione da esprimersi nel corso della procedura concorsuale, appaiono idonee a produrre non una lesione potenziale, ma una lesione già esistente ed efficace nei riguardi dei soggetti che hanno chiesto di prendere parte alla procedura concorsuale.

b) tesi che postula la necessità dell'**immediata impugnazione di tutte le clausole del bando**, in quanto incidenti nella *lex specialis* della gara. **Critica:** Tale circostanza, infatti, non implica di per sé che tali clausole producano una lesione diretta ed immediata dell'interesse protetto, senza necessità di attendere gli atti di gara che di tali clausole facciano applicazione.

c) tesi volta ad imporre l'**onere di immediata impugnazione delle clausole del bando riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara**. **Critica:** Non può, infatti, essere configurato un autonomo interesse del ricorrente ad una certa composizione del seggio di gara ed a certe sue modalità di funzionamento, diverso dall'interesse (sostanziale) all'aggiudicazione, e cioè al conseguimento di quell'assetto degli interessi in gioco a lui favorevole che è lo scopo che l'interessato intende perseguire con la presentazione della domanda di partecipazione.

d) indirizzo interpretativo 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**. **Critica:** Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo 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: I bandi, i disciplinari, i capitoli speciali di gara e le relative lettere di invito vanno di **regola** impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale secondo momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;

In via di **eccezione**, essi debbono essere impugnati immediatamente ove, a motivo della presenza di clausole che impediscano la partecipazione, siano idonei a generare una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dell'interessato.

Tali sono le:

- Clausole ostative: che non consentono la partecipazione dell'o. e.
- Clausole che impongono oneri formali eccessivi: es. clausole che impongono, ai fini della partecipazione, requisiti o

adempimenti assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati rispetto all'oggetto della gara e che comportano l'impossibilità o la difficoltà per l'interessato di accedere alla procedura (come si verifica allorquando ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria viene richiesto un volume d'affari di molto superiore rispetto al calore del contratto). Clausole che in virtù della loro formulazione non chiara non consentono all'o. e. di valutare la convenienza economica di partecipare alla procedura ovvero impediscono la formulazione di un'offerta tecnica.

In generale, nella casistica giurisprudenziale le ipotesi più frequenti sono quelle che afferiscono le modalità di svolgimento della gara. In tali fattispecie, le clausole del bando non ledono direttamente l'interesse dell'impresa concorrente; quindi la prescrizione illegittima contenuta in tali clausole verrà avvertita come lesiva dal soggetto concorrente solo quando la sua offerta non verrà giudicata. Solo in questo momento nascerà sia l'interesse che l'onere dell'impugnazione della clausola e dell'atto applicativo. L'atto applicativo, quindi, portando una capacità lesiva che discende da un vizio d'illegittimità della clausola del bando di gara, pretende una reazione da parte del concorrente escluso, non solo nei confronti dell'atto finale, ma anche del bando di gara da cui origina il comportamento illegittimo tenuto dalla P.A., specie nella parte ad oggetto di contestazione: ciò implica, come avvenuto nel caso di specie, l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

A tale esito perviene considerando la diversità delle clausole che prevedono oneri formali di partecipazione, quanto alla struttura ed al modo di operare, rispetto a quelle che, definendo requisiti soggettivi di partecipazione sono tradizionalmente considerati immediatamente impugnabili: mentre le **clausole relative ai requisiti** sono clausole che riguardano direttamente qualità dei soggetti partecipanti facendo riferimento a situazioni preesistenti rispetto al bando, le **clausole che prevedono oneri formali di partecipazione**, al contrario, introducono oneri formali in vista della partecipazione alla gara ed in relazione ad essa, ed implicano accertamenti e valutazioni dall'esito non scontato. Esse, dunque, potranno produrre un concreto effetto lesivo soltanto dopo che tale comportamento sia stato posto in essere e nei limiti della concreta rilevanza di esso ai fini della determinazione dell'esito negativo della medesima procedura.

Ordinanza di rimessione (Sez. V, n. 634/2013) alla Plenaria secondo cui merita l'indirizzo espresso dall'Ad. Pl. 3/2011 merita di essere riconsiderato, per i seguenti motivi (già indicati nelle precedenti ordinanze di rimessione, n. 351 del 2011 e n. 2633 del 2012 non esaminate per difetto di rilevanza della questione nei casi di specie):

a) la limitazione dell'immediata impugnabilità alle sole cause escludenti non ha prodotto l'effetto atteso di **deflazione del contenzioso**;

b) i **principi di buona fede e affidamento** di cui agli articoli 1337 e 1338 c.c. comportano per le imprese partecipanti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale, in linea, inoltre, con la *ratio* ispiratrice dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici che richiede l'informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale;

c) **effettività della tutela** è assicurata anche dalla massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale.

L'ordinanza suggerisce di sancire l'obbligo delle imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica **di impugnare entro gli ordinari termini di decadenza qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima**.

L'Ad. Pl. 8/2013, tuttavia, omette di pronunciarsi sul punto considerando legittima la clausola del bando oggetto di impugnazione.

5. Condizioni di concreta ricorribilità

Ci si è chiesti se rappresenta una condizione di ammissibilità del ricorso avverso la clausola del bando la previa presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara indetta con quel bando.

A lungo la giurisprudenza ha ritenuto la domanda di partecipazione condizione necessaria per l'impugnazione degli atti di gara e ciò in quanto solo la formalizzazione della domanda avrebbe differenziato al posizione del ricorrente dal *quisque de populo*; solo la domanda di partecipazione sarebbe testimonianza dell'interesse a ricorrere.

Sottrina e giurisprudenza però hanno sostenuto che nei casi in cui pretendere la presentazione della domanda appaia un vuoto formalismo deve permettersi il ricorso anche in assenza della domanda di partecipazione.

Ciò avviene quando la clausola stessa osta alla partecipazione e, dunque:

- Nei casi in cui il ricorrente non ha conosciuto l'esistenza della procedura in quanto la PA non ha rispettato le formalità pubblicitarie;

- Nei casi in cui il ricorrente contesta in radice la stessa decisione della PA di indire la gara;

Ad. Pl. 7 aprile 2011, n. 4: tre sono le ipotesi in cui non è necessaria la previa presentazione della domanda di partecipazione:

- Il ricorrente intende contestare la stessa indizione della gara. Non si può pretendere la presentazione della domanda di partecipazione di una gara che si contesta;
- Vizio a monte da parte della PA delle formalità pubblicitarie;
- Il ricorrente intendere contestate l'affidamento diretto; in questi casi una procedura di gara proprio non c'è stata.

6. Disapplicazione

Caso: Soggetto che colpito da una clausola ostativa non impugna subito la clausola del bando ma impugna direttamente l'atto di esclusione dalla procedura di gara:

QST: può il giudice disapplicare il bando (atto intermedio) contrastante con la normativa primaria o con quella comunitaria)

- a. SI: come avviene per i regolamenti, atti amministrativi generali;
- b. NO: il bando ha natura provvedimentoale; non è ammissibile una disapplicazione provvedimentoale (e non normativa).

QST: questo diritto vivente che non ammette la disapplicazione contrasta con la normativa europea quanto il contrasto sia tra bando e diritto comunitario? Vietare la disapplicazione anche in questi casi non viola il principio di primazia del diritto comunitario?

CHITI: Diversamente opinando l'atto amministrativo avrebbe una forza di resistenza maggiore della legge contrastante con il diritto europeo, che da decenni va disapplicata se contrastante con il diritto comunitario!!!

Non condivisa tale teoria neanche nel caso Santex 2003(CGUE): in casi eccezionali, il giudice disapplica NON il bando, ma le norme che prevedono i termini perentori di impugnazione delle clausole ostative (sempre disapplicazione normativa, ma non provvedimentoale).