

# TEMATICA 1

## ◀ TRACCIA

### **La natura giuridica e il regime di impugnazione dei bandi di gara e di concorso: le clausole immediatamente escludenti**

#### ◀ SVOLGIMENTO SINTETICO

I bandi di gara e di concorso, secondo l'orientamento prevalente, hanno natura giuridica di atti amministrativi generali: costituiscono esplicitazione del c.d. potere pararegolamentare perché, pur dotati – al pari dei regolamenti – del carattere della generalità (intesa come indeterminabilità dei destinatari), sono tuttavia privi di forza normativa; non contengono regole dettate dalla P.A. per disciplinare una serie indeterminata di azioni amministrative ma, unicamente, prescrizioni cui la stessa P.A. dovrà attenersi nella conduzione di un particolare procedimento amministrativo. Il bando – comunemente definito *lex specialis* – reca, dunque, l'insieme delle regole che l'amministrazione elabora e si autovincola a rispettare, imponendone l'osservanza anche ai partecipanti alla procedura, quali norme disciplinatrici del singolo iter procedimentale: ne consegue che, in linea con una consolidata giurisprudenza, quando una determinata clausola viene inserita in un bando di gara, l'amministrazione non può poi esimersi dal rispettarla, né può introdurre, al momento dell'esame delle offerte, prescrizioni ulteriori. L'autovincolo costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.

Quanto alla natura giuridica, parte della dottrina ha ritenuto che, calato negli schemi civilistici, il bando potrebbe presentare tanto gli estremi di una offerta al pubblico di carattere irrevocabile, poi destinata a combinarsi, ai fini del consenso contrattuale, con le offerte degli astanti, quanto quelli di un invito ad offrire (figura, questa, più calzante), che richiederebbe la formulazione di una proposta da parte dei concorrenti, destinata a segnare, se accettata, il momento del perfezionamento del contratto.

Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, se è vero che l'esito di una procedura di gara è impugnabile solamente da colui che vi ha partecipato (atteggiandosi la domanda di partecipazione a strumento per la sussistenza della posizione qualificata e differenziata che legittima l'impugnazione, laddove altrimenti l'operatore del settore sarebbe portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione per partecipare ad una riedizione di questa), è pur vero che a tale regola generale si deroga allorché l'operatore contesti in radice l'indizione della gara ovvero all'inverso contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto, ovvero ancora impugni direttamente le clausole del bando assumendone l'immediato carattere escludente: in tali ipotesi infatti la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale, privo della benché minima utilità in funzione giustiziale.

Il carattere immediatamente escludente ai fini della immediata impugnazione è stato ragionevolmente individuato: *a)* nelle clausole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ai fini della partecipazione; *b)* nelle regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; *c)* nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; *d)* nelle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e non conveniente; *e)* nelle clausole impositive di obblighi *contra ius*; *f)* nei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta oppure che presentino formule matematiche del tutto errate; *g)* negli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"; ipotesi tutte accomunate dal fatto di impedire in modo macroscopico, ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.