



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica

<https://rivista.camminodiritto.it>



TEMA SVOLTO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO - BANDO DI GARA: NATURA GIURIDICA, INVALIDITÀ E STRUMENTI DI TUTELA

Premessi generali cenni sulla natura giuridica del bando di gara, tratti il candidato dell'invalidità delle relative clausole soffermandosi sulla sussistenza dell'interesse ad agire per l'impugnazione e sul momento in cui può essere attivata la tutela giurisdizionale.

di **Riccardo Samperi**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Sabato 7 Settembre 2019

Il bando di gara è l'atto, collocato temporalmente tra la delibera a contrarre e l'aggiudicazione, con cui l'Amministrazione palesa la propria volontà di addivenire alla stipula contrattuale con il miglior offerente^[1]. In dottrina e giurisprudenza si è a lungo discusso circa la natura giuridica di tale atto e sono state prospettate svariate teorie, riconducibili essenzialmente a due macrofiloni: da un lato le teorie privatistiche, che attribuiscono rilievo centrale al carattere negoziale dell'atto^[2], e dall'altro quelle pubblicistiche, le quali, invece, sottolineano la sua origine autoritativa^[3].

Qualsiasi opinione si intenda condividere, è innegabile che in tale peculiare atto siano ravvisabili sia profili privatistici che pubblicistici. All'interno dell'indirizzo privatistico non vi è unanimità di vedute: alcuni autori hanno individuato nel bando un'offerta al pubblico, altri una proposta contrattuale ed altri ancora un invito ad offrire. La qualificazione in termini di offerta al pubblico è stata effettuata nelle controversie in materia di concorsi di pubblico impiego privatizzato dalla Cassazione, sul presupposto che il bando è produttivo di effetti anche civili^[4].

A sostegno di tale tesi, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il bando attribuisce un vero e proprio diritto all'assunzione in favore del vincitore e, specularmente, impone all'Amministrazione l'obbligo di adempiere le prescrizioni in esso contenute, limitanti la propria discrezionalità, secondo correttezza e buona fede, analogamente a quanto accade nella fattispecie disciplinata dall'art. 1336 c.c.

A tale ricostruzione si è obiettato che, se è fuor di dubbio che il bando produca anche effetti civili tipici, è vero pure che ciò non vale a rendere il bando un atto avente natura di diritto privato: esso, infatti, soggiace anche a regole pubblicistiche. Se, poi, lo si considerasse una proposta contrattuale, si dovrebbe reputare concluso nel momento in cui l'Amministrazione viene a conoscenza dell'accettazione da parte del privato (costituita dalla offerta economica da quest'ultimo avanzata), cosa che invece non accade nella realtà giuridica: il contratto viene concluso al momento della stipulazione. Infine, se il bando avesse natura di invito ad offrire, il contratto si concluderebbe con l'aggiudicazione.

Sebbene tale indirizzo appaia più convincente dei precedenti, poiché l'offerta avanzata dal privato viene più correttamente qualificata come offerta di diritto privato piuttosto che come accettazione, lascia perplessi la circostanza che il contratto si consideri concluso al momento dell'aggiudicazione - ritenuta, quest'ultima, sostanzialmente un'accettazione - e non, come invece accade nel diritto vivente, in quello della stipulazione.

Per di più, costante giurisprudenza ritiene revocabile, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, l'aggiudicazione - anche se di essa l'offerente privato sia venuto a conoscenza -

fino al momento della stipulazione del contratto^[5]; ebbene, tale revocabilità non sarebbe ammissibile qualora il bando fosse effettivamente un invito ad offrire, dal momento che nel diritto privato l'accettazione, ai sensi dell'art. 1326 c.c. non può più essere revocata dall'accettante nel momento in cui viene conosciuta dal proponente e ciò a differenza di quanto, invece, accade nel procedimento amministrativo, dove l'aggiudicazione è immediatamente vincolante solo per il privato e non anche per l'Amministrazione, almeno fino alla stipulazione del contratto. Nell'ambito delle teorie pubblicistiche, un filone "normativista" ha tentato di qualificare il bando come atto normativo e, più precisamente, come regolamento^[6].

Tale opzione ermeneutica presenta conseguenze non meramente teoriche, bensì anche pratiche: se, infatti, si considerasse il bando un atto regolamentare, se ne dovrebbe ammettere la disapplicabilità da parte del giudice. La giurisprudenza maggioritaria non pare condividere tale assunto, per la ragione che il bando risulta privo dei caratteri degli atti normativi: generalità, astrattezza ed innovatività.

Esso, infatti, non è volto a disciplinare tutte le gare, bensì soltanto una specifica di esse; inoltre al contrario degli atti normativi, i cui destinatari sono indeterminati sia ex ante che ex post, i destinatari del bando vengono individuati in seguito alla pubblicazione della graduatoria definitiva.

È alquanto evidente, infine, che esso, non contenendo norme giuridiche, non costituisce fonte del diritto e non è, pertanto, idoneo ad innovare neanche temporaneamente l'ordinamento giuridico. Per tali ragioni oggi il bando è considerato pressoché unanimemente atto amministrativo generale, in quanto tale non immediatamente impugnabile ed idoneo a produrre lesioni concrete ed attuali delle situazioni giuridiche del privato, salvo che contenga clausole escludenti, immediatamente ed autonomamente lesive dell'interesse privato.

A questo proposito, consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che l'interesse al ricorso sussista in presenza di un duplice presupposto: innanzitutto vi deve essere stata una lesione concreta ed attuale dell'interesse legittimo, inteso quale possibilità di conseguire il bene della vita nella cornice procedimentale condotta dall'Amministrazione, e in secondo luogo occorre che dalla sentenza derivi al ricorrente una obiettiva utilitas^[7].

La lesione deriva da vizi dell'atto che si verificano allorché esso sia difforme rispetto al paradigma normativo (vizi di legittimità) ovvero qualora esso si discosti dalle regole di opportunità non scritte ma sancite a livello costituzionale dall'art. 97, comma 2, cost. (vizi di opportunità). All'interno dei vizi di legittimità occorre distinguere la nullità, che ricorre nelle ipotesi delineate dall'art. 21-septies [{https/URL}#39](#);atto idoneo a produrre

qualsivoglia tipo di effetto, tamquam non esset, e l'annullabilità, disciplinata dall'art. 21-octies [{https/URL}#39](#);atto sia stato adottato da autorità incompetente, in una situazione di eccesso di potere ovvero in violazione di legge^[8].

In tal caso l'atto è produttivo di effetti, benché precari, in quanto suscettibili di caducazione ex tunc nel caso di annullamento o revoca ovvero di sanatoria attraverso un provvedimento di convalida. Un valido bando dovrà pertanto rispettare sia le norme non scritte di opportunità che quelle contenute in testi di legge relative allo svolgimento della procedura di gara o di concorso, in modo da garantire a tutti i concorrenti la possibilità di conseguire il bene della vita oggetto di aspirazione, vale a dire l'aggiudicazione o il posto di lavoro.

Le imprese hanno pertanto interesse a che l'attività amministrativa si svolga legittimamente solo nella misura in cui ciò incida sulle chances di aggiudicazione della gara. Un eventuale ricorso avente ad oggetto l'illegittimità in sé dell'azione amministrativa sarebbe pertanto inammissibile per carenza di interesse^[9], se l'illegittimità non si traduce nella lesione della situazione soggettiva, vale a dire nella impossibilità o nella ingiustificata maggiore difficoltà di conseguimento del bene. L'interesse, generale e indifferenziato, alla legittimità dell'azione amministrativa non è, dunque, immediato, come quello al conseguimento del bene della vita (il quale ultimo è altresì personale e differenziato), ma mediato e strumentale, cioè finalizzato a consentire l'ottenimento di un bene ulteriore e diverso.

La legittimità del procedimento amministrativo non è altro che la forma di tutela apprestata dall'ordinamento per assicurare che l'aggiudicazione del bene della vita conteso da più soggetti avvenga nel rispetto dei fondamentali principi di legalità, buon andamento, imparzialità della pubblica amministrazione, non discriminazione dei concorrenti e tutela della concorrenza. Come anticipato, tradizionalmente il bando, in quanto atto amministrativo generale, non si considerava immediatamente lesivo della situazione giuridica del privato, potendo, dunque, essere impugnato solo unitamente agli atti applicativi (provvedimento di esclusione, aggiudicazione ad impresa concorrente), i quali, attualizzando la lesione dell'interesse all'aggiudicazione, rendevano concretamente individuabile il soggetto leso, il quale soltanto a partire da questo momento diveniva legittimato ad attivare la tutela giurisdizionale.

La lesione paventata dal bando era soltanto potenziale, potendo accadere che, malgrado la presunta illegittimità, il concorrente conseguisse ugualmente l'aggiudicazione. Dunque, per sapere se la lesione si era effettivamente prodotta, occorreva attendere il provvedimento attuativo, il quale, a riprova di quanto sinora detto, non è un atto amministrativo generale, bensì atto avente uno specifico destinatario.

Cionondimeno, talune clausole sono parse idonee a ledere fin da subito l'interesse, ad esempio quelle "escludenti", le quali, richiedendo determinati requisiti soggettivi a pena di esclusione, precludono ab imis al concorrente la partecipazione alla gara e determinano così nei suoi confronti un arresto procedimentale che si traduce nella sicura impossibilità di conseguire il bene della vita^[10]. In riferimento a tali clausole si ritiene sussistere un onere di impugnazione immediata, poiché esse impediscono certamente all'impresa di partecipare alla procedura di gara, sicché non vi sarebbe ragione di differirne l'impugnazione al momento dell'aggiudicazione.

In passato si era registrata notevole incertezza circa i confini dell'onere di impugnazione immediata: alcune pronunce ritenevano che nessuna clausola del bando fosse immediatamente impugnabile e che dovesse sempre attendersi l'aggiudicazione, con ciò escludendo in radice la configurabilità del predetto onere, finanche per le clausole escludenti; altre avevano ritenuto che tutte le clausole del bando dovessero essere impugunate subito; altre ancora avevano affermato che dovessero essere impugunate immediatamente, oltre alle clausole immediatamente escludenti, anche quelle che imponevano all'interessato oneri manifestatamente incomprensibili, che impedissero all'impresa di formulare un'offerta consapevole, o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto alle caratteristiche della gara medesima. Proprio quest'ultimo orientamento è stato accolto dall'Adunanza

Plenaria [{https/URL}#39](#);interesse del privato ha ad oggetto in via immediata e diretta il conseguimento del bene della vita e solo mediamente ed indirettamente la legittimità dell'attività amministrativa, la quale funge da tutela procedimentale finalizzata a garantire al privato la possibilità di conseguire il bene desiderato.

L'interesse ad agire in giudizio nasce dunque solo quando la lesione meramente potenziale prodotta dal bando viene resa concreta ed attuale dall'atto applicativo, a meno che il bando stesso risulti immediatamente lesivo in quanto idoneo ad escludere il privato dalla partecipazione alla gara o sia strutturato in maniera tale da impedire a chiunque di formulare un'offerta consapevole.

Tale orientamento può oggi considerarsi granitico, malgrado le pronunce di alcune Sezioni del Consiglio di Stato che, alla luce del mutato quadro normativo risultante dal D. Lgs. 50/2016, hanno tentato di estendere in via interpretativa l'onere di immediata impugnazione, dapprima alle sole clausole che prevedevano come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, in un secondo momento, anche alle clausole che prevedevano regole formali e sostanziali riguardanti la procedura di gara; e ciò in considerazione dei nuovi dati testuali: l'art. 83, comma 8, del Codice degli Appalti (che ha sostanzialmente

riproposto la disciplina contenuta nel vecchio comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici) ha espressamente inquadrato la violazione del divieto di gold plating - ossia del divieto di inserire nei bandi prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle consentite dal legislatore - tra gli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge" di cui all'art. 21-septies, della l. 241/1990; l'abbandono dello schema dell'annullabilità - azionabile solo dal soggetto nel cui favore l'azione è prevista - in favore di quello della nullità - rilevabile da chiunque vi abbia interesse ed anche d'ufficio - denoterebbe, secondo tale indirizzo, il riconoscimento di un generale interesse participationis.

Tale interesse è parso fin da subito più ampio rispetto al tradizionale interesse all'aggiudicazione, in quanto spettante non solo allo specifico soggetto individuato dall'atto applicativo (di esclusione o aggiudicazione ad altri), ma a chiunque e fin dalla pubblicazione del bando; per tale ragione è stata ritenuta necessaria una tutela nuova e più spedita, realizzabile solo attraverso l'anticipazione dell'onere di impugnativa a partire dal momento della pubblicazione del bando. Altra argomentazione a sostegno dell'estensione dell'onere di immediata impugnazione era stata rinvenuta nell'ormai abrogato art. 211, comma 2, Codice Appalti, che attribuiva all'Autorità anticorruzione il potere di formulare raccomandazioni vincolanti alla stazione appaltante e di irrogare una sanzione amministrativa a carico del dirigente responsabile in caso di mancata ottemperanza. In tale autotutela "doverosa", la giurisprudenza aveva ravvisato uno strumento di protezione non soltanto dell'interesse del privato all'aggiudicazione, bensì della collettività tutta al corretto svolgimento dell'attività amministrativa immediatamente attivabile, senza la necessità di attendere una lesione concreta ed attuale della propria situazione soggettiva. In aggiunta, la citata giurisprudenza aveva qualificato l'onere di immediata impugnazione di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (per vero limitato al solo provvedimento di esclusione o dell'altrui ammissione) principio di carattere generale applicabile anche in assenza di esplicito richiamo normativo^[11].

Secondo l'indirizzo minoritario, emergerebbe una nozione nuova e più ampia di bene della vita, comprensiva del diritto di concorrere anche sulla qualità, oltre che sul prezzo, come testimoniato dall'introduzione di una vera e propria "gerarchia" tra i due criteri di aggiudicazione, ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 95 del nuovo Codice Appalti, in passato utilizzabili discrezionalmente dall'Amministrazione. In riferimento a tali argomentazioni, l'Adunanza Plenaria ha avuto modo di precisare che l'art 83 comma 8 codice appalti non può essere interpretato nel senso di militare a favore dell'estensione dell'onere di impugnazione immediata in considerazione di un diverso atteggiarsi dell'interesse protetto, poiché quest'ultimo non ha in verità subito variazioni di sorta e, anzi, il legislatore, sostituendo al precedente regime dell'annullabilità quello della nullità, non ha inteso affatto anticipare la tutela, ma ha perseguito l'opposto obiettivo di allungare i termini di rilevamento del vizio. Anche l'indiscusso favor legislativo verso il criterio di

aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del prezzo più basso non depone a favore del riconoscimento di un onere di immediata impugnazione, giacché la scelta, pur illegittima, da parte dell'Amministrazione di un criterio in luogo dell'altro non produce una lesione immediata ed attuale dell'unico interesse all'aggiudicazione, potendo comunque l'impresa, malgrado l'adozione di un criterio per sé più sfavorevole, comunque aggiudicarsi l'appalto.

Una clausola del genere, non avendo portata immediatamente escludente, non risulta autonomamente lesiva e, pertanto, potrà essere impugnata solo unitamente all'atto applicativo. Parallelamente viene rifiutata la nozione più ampia di bene della vita come interesse a concorrere sulla qualità.

Si è osservato, inoltre, che le disposizioni di cui al comma 2-bis, art. 120, c.p.a. non costituiscono ad oggi un principio di carattere generale, ma hanno al contrario una portata chiaramente derogatoria, limitata ai soli provvedimenti di esclusione e di ammissione altrui; costituendo un'eccezione rispetto alla regola generale dell'impugnazione differita unitamente ai provvedimenti applicativi, non possono essere applicate analogicamente alle clausole del bando. Neanche la finalità deflattiva del contenzioso pare giustificare l'estensione generalizzata dell'onere di impugnazione immediata, la quale, invece, più probabilmente porterebbe all'opposto risultato di un aumento dello stesso in chiave preventiva: tutte le imprese che ritengano di aver subito un pregiudizio da una clausola del bando sarebbero incentivate a presentare subito ricorso visto che in un momento successivo tale possibilità sarebbe loro preclusa.

Esse, poi, vi rinuncerebbero nel caso di conseguimento dell'aggiudicazione, mentre lo coltiverebbero nell'ipotesi in cui la gara venga vinta da un'altra concorrente. Ulteriore questione attinente alla sussistenza dell'interesse ad agire è quella della necessità o meno della presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

L'opinione dominante ritiene che, di regola, non sia possibile agire in giudizio qualora non sia stata presentata tempestivamente domanda di partecipazione, poiché in assenza di tale atto l'interesse del privato appare privo di sufficiente specificazione e determinatezza e, dunque, non degno di tutela giurisdizionale.

Del resto il processo amministrativo si configura come giurisdizione di diritto soggettivo, volta cioè all'accertamento e alla tutela di situazioni giuridiche soggettive vantate in giudizio, e non di diritto oggettivo, poiché l'oggetto dell'interesse non è sic et simpliciter che l'amministrazione svolga legittimamente la propria attività, ma che la legittimità dell'agire amministrativo si traduca in un canale di tutela procedimentale che assicuri al privato la possibilità di conseguire il bene della vita. Tale regola generale soffre, tuttavia,

alcune eccezioni: si è, ad esempio, affermato che la presentazione della domanda non sia necessaria nel momento in cui il ricorrente contesti in radice l'indizione della gara, o, al contrario, che la gara non sia stata indetta, o, ancora, che talune clausole del bando abbiano portata escludente nei suoi confronti. In tali casi la legittimazione ad impugnare è estesa anche a chi non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara.

Occorre notare che nei casi in cui non sussiste onere di tempestiva presentazione della domanda è necessario impugnare immediatamente il bando, poiché l'interesse appare leso autonomamente ed immediatamente già da quest'ultimo e non vi sarebbe ragione di attendere il provvedimento di aggiudicazione.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Casetta E., Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2016, pag. 373 e ss.; Clarich M., Manuale di diritto amministrativo, Bologna, 2017, pag. 81 e ss.

[2] R. Galli, Corso di diritto amministrativo, Padova, 2004, p. 1365.

[3] TAR Lombardia, Milano, 5 maggio 1998, n. 922, su www.giustizia-amministrativa.it.

[4] Cassazione, Sez. lavoro, 22 maggio 2002, n. 6577.

[5] TAR Lazio sez. III 2 febbraio 2018 n. 1255, secondo cui, in base all'art. 21 quinquies, l. n. 241 cit., il provvedimento amministrativo può essere revocato per sopravvenuti motivi di ordine pubblico, da parte della stessa Amministrazione emanante, con atto ascrivibile alla potestà di autotutela dell'Amministrazione stessa. Quest'ultima può esercitare tale potere anche in rapporto ad una aggiudicazione contrattuale, ex art. 32, comma 8, D. Lgs. n. 50 del 2016, nella fase immediatamente successiva alla scelta del contraente, che precede la stipulazione del contratto e che ancora rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

[6] TAR Lombardia, Milano, 5 maggio 1998, n. 922, menzionata in nota 5.

[7] Scoca F. G., Giustizia amministrativa, Torino, 2014, pag. 289 – 291.

[8] Casetta E., op. supra citata, pag. 549 e ss.

[9] Murra R., articolo dal titolo L'interesse al ricorso deve sussistere durante tutto il

giudizio, pubblicato sul Quotidiano della Pubblica amministrazione il 18 giugno 2018, consultabile su www.ilquotidianodellapa.it.

[10] Ferreri V., L' immediata impugnabilità del bando di gara in presenza di clausole cosiddette escludenti in *Rivista Trimestrale degli appalti*, (2012) n. 2, 265-272; Veltri G., *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur.it*, 2013, 4, 955; Vaiano D., *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 693; P. PIZZA, *L'Adunanza Plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro Amm. – CDS*, 2003, 1, 79.

[11] Tali sono le argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2014 del 2017 (pubblicata il 2.5.2017).
