

Il bando di gara: definizione, contenuto, pubblicazione, natura giuridica e questioni problematiche

di GENNARO NAPOLITANO

SOMMARIO: 1. Definizione; 2. Contenuto; 3. Pubblicazione; 4. Natura giuridica; 5. Questioni problematiche; 5.1 Il principio di immodificabilità. Bando e *ius superveniens*. Integrazione negoziale. Vizi della *lex specialis*, eterointegrazione e principio di autonomia; 5.2 L'interpretazione del bando di gara; 5.3 Bando di gara e previsione di requisiti di partecipazione ulteriori; 5.4 L'impugnazione delle clausole del bando: impugnazione differita ed impugnazione immediata; 5.5 La disapplicabilità del bando.

1. Definizione.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica¹ il bando di gara è l'atto con il quale la pubblica amministrazione manifesta l'intenzione di aggiudicare un appalto². Esso rappresenta, pertanto, l'abbrivio della procedura concorsuale, atteggiandosi quale strumento di attuazione della determina a contrarre³. Con la sua

¹ La c.d. evidenza pubblica è il procedimento pubblicistico attraverso il quale la stazione appaltante seleziona, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza, *par condicio* e concorrenza, l'operatore economico cui affidare l'esecuzione dei lavori ovvero la prestazione del servizio o della fornitura. L'espletamento di tale procedimento si impone in virtù della funzionalizzazione dell'attività contrattuale della PA al perseguimento del pubblico interesse. In altri termini, la procedura ad evidenza pubblica ha lo scopo di evidenziare ed esplicitare "le ragioni di pubblico interesse che muovono la stazione appaltante, orientandone la discrezionalità". Così, F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, ROMA, 2008, p. 409.

² Art. 64 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

³ L'art. 11, comma 2, d.lgs. 163/2006 ha esteso a tutte le PA l'obbligo dell'adozione della determina a contrarre, prima previsto solo in capo agli enti locali ex art. 192 decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte". La determina a contrarre ha natura prodromica rispetto alla procedura di affidamento e la sua mancanza comporta l'illegittimità di tutti gli atti della sequenza procedimentale per invalidità derivata. Essa, inoltre, ha efficacia meramente interna, essendo rivolta esclusivamente all'organo rappresentativo legittimato a manifestare esternamente la volontà dell'ente. Ne consegue che la sua adozione non implica il sorgere di alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile in capo ai terzi potenzialmente interessati, che, pertanto, non possono pretenderne

pubblicazione, da un lato si dà concreto avvio alla gara e dall'altro si dettano le *regole del gioco*, che tanto la stazione appaltante quanto i concorrenti saranno tenuti a rispettare nel corso della procedura selettiva. La pubblicazione del bando soddisfa il fondamentale principio di pubblicità, che è presupposto indefettibile per la tutela e la promozione della concorrenza⁴. Il bando di gara, quindi, ha una duplice funzione: rendere ufficialmente edotti tutti i potenziali interessati circa l'avvio di una procedura concorsuale e dettare le regole della stessa.

Prima di esaminare la disciplina relativa al contenuto del bando e di affrontare il dibattuto tema della sua natura giuridica, è utile sottolineare, sul versante terminologico-linguistico, che in passato la normativa in materia parlava di *avviso d'asta* (art. 63 Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827, recante il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato)⁵. L'espresso riferimento all'espressione *bando di gara* è stato introdotto, in relazione a qualsiasi forma di gara (asta pubblica, licitazione privata, concorso), per i lavori dalla Legge 8 agosto 1977, n. 584 (Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea)⁶ e per le forniture dalla Legge 30 marzo 1981, n. 113⁷. Con l'adozione del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163/2006) tale scelta è stata ribadita e rafforzata: l'art. 64 del Codice, infatti, è rubricato *Bando di gara*.

2. Il contenuto.

La disciplina relativa al contenuto del bando di gara è dettata dall'art. 64, comma 4 d.lgs. 163/2006, a tenore del quale il bando deve contenere gli elementi indicati dalle disposizioni del Codice, nonché le informazioni di cui all'allegato IX A ed ogni altra informazione che la stazione appaltante ritenga utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione Europea in conformità alla procedura di cui all'art. 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18/CE. La stazione

l'esecuzione. Fino alla pubblicazione del bando di gara, infatti, la determina è revocabile *ad nutum* dalla PA.

⁴ Il principio di pubblicità si concretizza in tre momenti: preinformazione (adozione e pubblicazione di un avviso di preinformazione ex artt. 63, 124, comma 2 e 122, comma 2, d.lgs. 163/2006), pubblicazione del bando e postinformazione (diffusione delle notizie relative alla conclusione della procedura di affidamento).

⁵ L'avviso d'asta, peraltro, era necessario solo per l'asta pubblica, la licitazione privata non richiedendo alcun dovere di pubblicità da parte della stazione appaltante, caratterizzandosi per l'ampia discrezionalità riconosciuta a quest'ultima nella selezione dei soggetti da invitare.

⁶ Legge abrogata per espressa previsione dell'art. 256, comma 1, d.lgs. 163/2006.

⁷ Legge abrogata dal Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358, Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, a sua volta abrogato dal d.lgs. 163/2006, art. 256, comma 1.

appaltante, pertanto, deve porre particolare attenzione alla redazione del bando, allo scopo di predisporre un atto che sia effettivamente in grado di conseguire l'obiettivo di massima, consapevole e qualificata partecipazione dei soggetti potenzialmente interessati. Esso deve contenere con chiarezza e precisione tutte le indicazioni e le informazioni necessarie per consentire ai soggetti interessati di essere posti nella migliore condizione possibile per partecipare alla procedura selettiva. Da questo punto di vista, la redazione del bando secondo i parametri indicati dal citato art. 64, comma 4, rappresenta garanzia di trasparenza ed imparzialità, nonché di tutela del c.d. *favor participationis*. Al fine di uniformare i comportamenti delle stazioni appaltanti e di rendere altresì più agevole il loro compito redazionale, l'allegato IX A del Codice dei contratti delinea un vero e proprio schema generale di riferimento, al quale bisogna ispirarsi nella predisposizione del bando. Schematicamente è possibile suddividere il contenuto dei bandi in quattro gruppi fondamentali di indicazioni: a) autorità, sede e clausole ordinarie della procedura (luogo, tempo, modi e termini); b) caratteristiche ed entità delle prestazioni (con indicazione del prezzo base della gara), modalità di esecuzione e di pagamento; c) criteri di aggiudicazione e modalità delle offerte; d) requisiti ed obblighi dei partecipanti.

Come sopra ricordato, oltre alle indicazioni di cui all'allegato IX A, il bando deve altresì contenere gli elementi previsti da specifiche disposizioni del Codice nonché ogni altra informazione ritenuta utile. Ciò significa che le stazioni appaltanti, pur dovendosi attenere al ricordato schema di riferimento, conservano un certo margine di discrezionalità, ben potendo inserire nel bando clausole ulteriori ed aggiuntive, purché non contrastanti con i principi di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e non discriminazione⁸.

Il discorso relativo al contenuto del bando di gara involge necessariamente la questione concernente la forma e lo stile di redazione, nella misura in cui, ai fini del rispetto del principio di trasparenza, le clausole in esso contenute devono risultare chiare, comprensibili, lineari e coerenti. Del resto, alla luce delle ricorrenti decisioni giurisprudenziali in materia, sembra innegabile che il momento decisivo per la *buona riuscita* di una gara sia proprio la redazione del relativo regolamento. Un

⁸ Nella medesima ottica si pone l'art. 69 del Codice allorché prevede che le stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari (attinenti ad esigenze sociali ed ambientali) per l'esecuzione degli appalti, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e purché siano precisate nel bando. Benché la disposizione faccia esclusivo riferimento al momento della esecuzione del contratto, pacificamente si ritiene che essa possa trovare applicazione anche con riferimento a clausole del bando relative a fasi antecedenti. Sulla possibilità che il bando preveda requisiti ulteriori vedi *infra*, paragrafo 5.3.

bando ben scritto, infatti, costituisce la migliore garanzia possibile di ridurre al minimo le possibili contestazioni da parte dei concorrenti. In quest'ottica la Commissione europea nel 1993 ha elaborato un vocabolario comune degli appalti (CPV, *common procurement vocabulary*)⁹, che mira a standardizzare, in virtù di un unico sistema di classificazione per gli appalti pubblici, i termini utilizzati da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori per descrivere l'oggetto dei contratti, offrendo così uno strumento adeguato ed utile agli operatori economici.

3. La pubblicazione.

La pubblicazione del bando costituisce adempimento necessario per le stazioni appaltanti al fine di dare concreta attuazione ai principi di trasparenza e corretta partecipazione alle procedure di gara¹⁰, il pieno rispetto del quale implica l'obbligo di garantire un congruo livello di pubblicità, con riferimento tanto ai mezzi utilizzati quanto ai tempi di pubblicazione, nonché ai contenuti che devono essere riportati negli avvisi.

Le norme in materia di pubblicità del bando di gara sono inderogabili ed il loro mancato rispetto determina l'illegittimità derivata dell'intera procedura¹¹. Il principio di concorrenza, infatti, richiede che alla selezione sia data la più ampia pubblicità al fine di consentire al più alto numero possibile di soggetti la partecipazione in

⁹ Dal 1993, il vocabolario comune per gli appalti pubblici è stato sottoposto a numerose revisioni, soprattutto tra il 1996 e il 1998, tra il 1998 e il 2001 e, infine, tra il 2004 e il 2007. Si ricordi che il regolamento (CE) n. 2151/2003 e s.m.i. ha reso obbligatorio l'utilizzo del CPV a partire dal 16 dicembre 2003. Il CVP può essere consultato su <http://simap.europa.eu> e su <http://eur-lex.europa.eu>

¹⁰ Sulla necessità che ogni modifica relativa al contenuto sia portata a conoscenza dei concorrenti nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicazione al bando, cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3139, su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui *"in materia di appalti pubblici, non è sufficiente comunicare eventuali modifiche al disciplinare di gara, attraverso la semplice pubblicazione delle stesse sul sito internet della stazione appaltante, in quanto detto sistema, sebbene animato da ragioni di riduzione degli oneri amministrativi e di celerità dell'azione, non appare rispettoso dei principi di trasparenza e corretta partecipazione alle procedure di gara. In via generale, ogni rettifica riguardante il contenuto di un bando di gara, è priva di efficacia nei confronti delle imprese concorrenti, ove non sia portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando. Tale statuizione è espressione del principio di reciproca correttezza, che deve improntare i rapporti tra stazione appaltante ed imprese partecipanti alla selezione, correttezza idonea a fondare l'affidamento del privato. La possibilità che le modifiche alla disciplina di gara presentino forme di pubblicità attenuata, deve essere giustificata da esigenze cogenti"*. In senso parzialmente difforme, TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 8 giugno 2011, n. 5113, su www.giustizia-amministrativa.it, che, richiamando TAR Sardegna, Sez. I, n. 564/2004, esclude l'obbligo di ripubblicazione in Gazzetta di ogni e qualsiasi modifica delle prescrizioni del bando, restringendo tale adempimento alle sole clausole significative, in grado di incidere sulla platea dei concorrenti.

¹¹ Cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520, su www.giustizia-amministrativa.it

condizioni di parità e senza discriminazioni. In tal modo, peraltro, non si tutela il solo interesse degli operatori economici, ma anche quello della PA alla individuazione del miglior contraente.

Trasparenza, pubblicità, partecipazione, non discriminazione, *par condicio*: tutti questi valori sono soddisfatti con la pubblicazione del bando, momento estremamente importante e delicato nella economia di una procedura di affidamento. Momento in cui forma e sostanza si fondono in vista del perseguimento di interessi pubblici e privati, congiuntamente finalizzati al buon andamento della PA.

E' l'art. 66 del Codice a disciplinare le modalità di pubblicazione, richiamando, in particolare, l'allegato X. Sinteticamente, è opportuno sottolineare che tali modalità sono differenti a seconda che si tratti di appalti sopra o sotto soglia. Per i primi, infatti, è prevista la pubblicazione: a) sulla Gazzetta Europea¹²; b) sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici¹³; c) sul profilo del committente¹⁴; d) sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e

¹² La trasmissione del bando alla Commissione Europea può avvenire: 1) per via elettronica, secondo il formato e le modalità di cui all'Allegato X, punto 3, del Codice: in tal caso la pubblicazione, a cura ed a spese della Commissione Europea avverrà entro 5 giorni dalla trasmissione medesima; 2) con altri mezzi: in tale caso la pubblicazione, a cura ed a spese della Commissione Europea, avverrà entro 12 giorni dalla trasmissione medesima. Il contenuto dei bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, è limitato a seicentocinquanta parole circa. Nel caso di procedure urgenti ai sensi dell'art. 70, comma 11, del Codice, il bando deve necessariamente essere trasmesso per via elettronica o per fax e la pubblicazione avviene entro 5 giorni. Ai sensi dell'art. 66, comma 5, del Codice, i bandi e gli avvisi sono pubblicati per esteso in una delle lingue ufficiali della Comunità scelta dalle stazioni appaltanti. Il testo pubblicato in tale lingua originale è l'unico facente fede. La medesima disposizione prevede, inoltre, che le stazioni appaltanti italiane scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione la norma in questione dispone, infine, che una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando sia pubblicata nelle altre lingue ufficiali dell'UE. Le stazioni appaltanti devono essere in grado di comprovare la data di trasmissione dei bandi; a tal fine la Commissione Europea rilascia una conferma dell'informazione trasmessa, in cui è citata la data della pubblicazione. Tale conferma vale come prova della pubblicazione.

¹³ La pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana non può avvenire prima della trasmissione del bando alla Commissione Europea e non deve contenere informazioni diverse da quelle contenute nei bandi e negli avvisi trasmessi alla Commissione medesima, o pubblicate su un profilo di committente. Inoltre, deve avvenire entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato e deve menzionare la data della trasmissione del bando alla Commissione Europea o della pubblicazione sul profilo di committente.

¹⁴ A norma dell'art. 3, comma 35, d.lgs. 163/2006, il profilo di committente è il sito informatico della stazione appaltante. Nell'ipotesi, non infrequente, di discordanza tra il testo del bando pubblicato in Gazzetta e quello pubblicato sul sito internet della stazione appaltante, la giurisprudenza ritiene che, in linea di principio, ad avere la prevalenza sia il primo. Tuttavia, come precisato dal Consiglio di Stato,

dei Trasporti e sul sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici¹⁵; e) per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti¹⁶.

Ai contratti sotto soglia, invece, non si applicano le norme del Codice che prevedono obblighi di pubblicità in ambito sovranazionale (artt. 122, comma 1 e art. 124, comma 1, d.lgs. 163/2006)¹⁷.

In entrambi i casi, peraltro, è prevista la possibilità per la stazione appaltante di prevedere forme aggiuntive di pubblicità, ulteriori rispetto a quelle obbligatorie (art. 66, comma 15, d.lgs. 163/2006), secondo quella logica incrementale del principio della massima partecipazione alla gara che caratterizza l'intera materia dei contratti pubblici. Si badi, tuttavia, che gli effetti giuridici riconnessi alla data di pubblicazione decorrono esclusivamente dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle date in cui la stessa ha luogo (art. 66, comma 15, d.lgs. 163/2006)¹⁸.

4. Natura giuridica

La questione relativa alla natura giuridica del bando di gara è stata oggetto di un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale, ancora oggi non del tutto sopito. A

Sez. VI, 03 maggio 2007, n. 1949, su www.giustizia-amministrativa.it, la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, può legittimamente indurre i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito Internet; il contrasto in questione determina un quadro di opacità sulle regole procedurali tale da produrre un effetto dissuasivo sulla partecipazione. Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante può annullare la procedura in sede di autotutela, ripristinando un quadro trasparente ed univoco della disciplina di gara capace di assicurare la più ampia partecipazione.

¹⁵ Deve avvenire non oltre due giorni lavorativi dopo la pubblicazione sulla GURI e contenere i relativi estremi.

¹⁶ Deve avvenire dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione Europea, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti.

¹⁷ Sulla pubblicità del bando di gara vedi R. Goso, *Servizio di sorveglianza degli immobili della PA e pubblicità del bando di gara*, in *Urb. App.*, 2010, n. 1, p. 99.

¹⁸ L'art. 32 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile, al fine di eliminare gli sprechi relativi al mantenimento di documenti in forma cartacea, ha previsto che dal 1 gennaio 2011 gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti web istituzionali da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati. La pubblicazione sul sito web istituzionale (che ha valore legale) sostituirà completamente la pubblicazione nella bacheca dell'Albo Pretorio dell'ente. Tuttavia, l'ultimo comma del citato art. 32 fa salva espressamente la pubblicità nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e i relativi effetti giuridici, nonché nel sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2001, e nel sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, prevista dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

contendersi il campo due opposte tesi: una di stampo privatistico-negoziale ed una di matrice pubblicistica.

Per la prima il bando è assimilabile ad una *proposta al pubblico di carattere irrevocabile*, destinata a fondersi, ai fini della formazione del consenso contrattuale, con le offerte dei partecipanti ovvero (secondo una più recente ricostruzione) ad un *invito ad offrire*, che implicherebbe la formulazione di una proposta da parte dei concorrenti che, se accettata dalla stazione appaltante, determinerebbe il formarsi dell'accordo¹⁹.

Nell'ambito della tesi pubblicista, invece, è possibile distinguere due contrapposti indirizzi. Per il primo di essi al bando va riconosciuta natura normativa²⁰, alla stregua di *lex specialis* della gara. Il richiamato orientamento, però, non è condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, che, all'opposto, riconoscono al bando natura di atto amministrativo generale; di atto, cioè, avente contenuto sostanzialmente e formalmente amministrativo. In altri termini, il bando non può essere considerato un atto normativo perché manca dei requisiti propri di tale tipologia di atti, vale a dire la generalità, l'innovatività e l'astrattezza²¹.

L'opzione per la tesi della natura di atto amministrativo implica una serie di conseguenze pratiche di assoluto rilievo: l'esclusione del meccanismo della disapplicazione²²; il ricorso, in sede di interpretazione, alle regole proprie dei

¹⁹ Così R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 1365.

²⁰ Cfr. TAR Lombardia, Milano, 5 maggio 1998, n. 922 su www.giustizia-amministrativa.it

²¹ Il bando, infatti, può essere considerato atto generale solo *ex ante*, essendo i destinatari certamente determinabili *ex post*; non è idoneo ad innovare l'ordinamento giuridico, essendo rivolto a disciplinare non l'attività amministrativa generalmente intesa, bensì un singolo e specifico procedimento e, infine, non è astratto, in quanto le disposizioni in esso contenute non sono suscettibili di indefinita ripetibilità, esclusivamente regolando la singola gara cui ineriscono. Nega con fermezza la tesi della natura normativa del bando di gara Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35 su www.giustizia-amministrativa.it: "La preordinazione del bando alla regolamentazione di una specifica procedura impedisce di riconoscere in quell'atto qualsiasi idoneità ad introdurre definitivamente nell'ordinamento giuridico regole e precetti destinati ad essere applicati ad una serie indefinita di rapporti, di talché resta esclusa qualsiasi valenza normativa nelle relative prescrizioni dirette a disciplinare, seppur in via generale, uno specifico procedimento amministrativo e, quindi, destinate ad esaurire la loro efficacia con la conclusione di quest'ultimo".

²² Sul punto cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5005, Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 568, Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699 e Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5095, tutte su www.giustizia-amministrativa.it. L'orientamento favorevole alla disapplicabilità fa leva, invece, sulla natura normativa del bando. In tal senso si è pronunciato il TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, che distingue tra disapplicazione normativa utilizzabile sia all'interno della giurisdizione esclusiva sia all'interno di quella di legittimità, e disapplicazione provvedimentoale che va riferita ai singoli atti non normativi incidenti su diritti soggettivi ed è, quindi, possibile all'interno della sola giurisdizione esclusiva con gli stessi poteri del giudice ordinario ex art. 5 Legge n. 2248/1965, All. E. Questo

provvedimenti e l'assoggettamento al regime impugnatorio previsto per questi ultimi.

La tesi da ultimo richiamata è certamente da preferire: il bando è un atto amministrativo generale, che detta le regole della procedura (in questo senso è *lex specialis* della stessa), ma non è fonte del diritto. Ne consegue che esso non può legittimamente derogare alla disciplina normativa e, nell'ipotesi di contrasto con norme giuridiche, sarà viziato e quindi annullabile.

In quanto atto amministrativo, il bando, come poco sopra ricordato, non può essere disapplicato anche se nel corso della procedura dovesse emergere che una o più delle sue clausole sono illegittime (anche per contrasto con il diritto comunitario²³) ovvero inopportuno e incongruamente formulate, fatto salvo, naturalmente, il potere di autotutela della stazione appaltante²⁴.

5. Questioni problematiche.

5.1. Il principio di immodificabilità. Bando e *ius superveniens*. Integrazione negoziale. Vizi della *lex specialis*, eterointegrazione e principio di autonomia del bando.

Tra i principi che la dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo elaborato in materia di disciplina del bando di gara vi è quello della sua immodificabilità. Il bando, si sostiene, cristallizza le regole che disciplinano l'intera procedura selettiva e che vincolano tanto i concorrenti quanto la stazione appaltante. Per garantire il chiaro e trasparente svolgimento della gara, pertanto, è necessario che le regole fissate *ex ante* non siano modificate nel corso delle varie fasi della stessa. Tutto ciò, si sottolinea, risponde ai fondamentali principi di imparzialità, affidamento, trasparenza e *par condicio*. Le regole fissate dalla stazione appaltante all'atto della

orientamento, però, è stato superato da Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 gennaio 2001, n. 1 e da Consiglio di Stato Adunanza plenaria, 4 dicembre 1998, n. 1. Sul problema della disapplicabilità del bando vedi *infra* paragrafo 5.5.

²³ La Corte di Giustizia, con sentenza 27 febbraio 2003, resa nel procedimento C-327/00 ha negato l'esistenza di un principio che impone la disapplicazione del bando di gara contrastante con il diritto comunitario. Sul punto vedi *infra* paragrafo 5.5

²⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3955, su www.giustizia-amministrativa.it: "*Il bando non è un vero atto a valenza normativa, come invece i regolamenti, per i quali è conseguentemente applicabile il principio della disapplicazione, ma un atto amministrativo generale; ed al giudice amministrativo non dato il potere di disapplicare atti amministrativi non aventi valenza regolamentare.*" Sul punto vedi anche Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 marzo 2003, n. 4, su www.giustizia-amministrativa.it

indizione della gara non devono essere alterate in corso d'opera, onde consentire ai partecipanti di avere un quadro di riferimento certo e stabile.

Al principio di immutabilità ci si è ispirati per dirimere alcune questioni problematiche emerse nella pratica delle procedure di gara, in particolare concernenti gli effetti sul bando del c.d. *ius superveniens* e l'integrabilità del contenuto del bando dopo la sua emanazione.

Tra le evenienze che ben possono presentarsi nel corso dello svolgimento di una procedura di gara vi è quella della entrata in vigore di nuove norme (*ius superveniens*), il cui tenore contrasta (in tutto o in parte) con quello delle norme che la stazione appaltante aveva in precedenza assunto come parametro per la redazione delle clausole del regolamento di gara. *Quid iuris* in tal caso? Sul punto la giurisprudenza ha da tempo raggiunto una posizione largamente condivisa, sostenendo il principio della inapplicabilità ai bandi di gara dello *ius superveniens*²⁵. Ne deriva che, il bando, una volta adottato, continua a regolare la procedura selettiva sulla base delle clausole originariamente previste, anche se, *medio tempore*, è intervenuta una difforme normativa. La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato e ribadito tale conclusione, allo stesso tempo, però, sottolineando la possibilità per la stazione appaltante di far ricorso al potere di autotutela, se del caso annullando il bando in contrasto con lo *ius superveniens*²⁶. Quest'ultima, naturalmente, resta una scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, nel rispetto, peraltro, dei parametri posti dall'art. 21 *nonies* della Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi e s.m.i.

L'affermata neutralità dello *ius superveniens* rispetto al bando di gara risponde alla necessità di tutelare in maniera rigorosa il principio del legittimo affidamento dei concorrenti, per cui le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla

²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714, su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "il bando è atto amministrativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* è *ininfluente*"; Consiglio di Stato, sezione IV, 7 settembre 2010, n. 6485, su www.giustizia-amministrativa.it

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 dicembre 2009, n. 7792, su www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che "le prescrizioni contenute nel bando di gara (...) vincolano non solo i concorrenti, ma anche l'amministrazione appaltante, che è tenuta a dare piena ed integrale attuazione non potendo disapplicarle, in omaggio ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, postulati dall'art. 97 Cost., ed al più generale principio di buona fede, neppure qualora esse risultino inopportuno e incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere in autotutela al loro annullamento". Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3964, su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "la stazione appaltante è tenuta, nella gestione della procedura, ad applicare le regole contenute nel bando, anche nel caso di sopravvenienze normative che determinano il contrasto delle clausole medesime con le nuove norme, fatto salvo l'eventuale esercizio del potere di autotutela".

data di emanazione del bando, ossia al momento di indizione della relativa procedura²⁷.

Il secondo profilo problematico rispetto al quale viene in rilievo il principio di immodificabilità è rappresentato dalla c.d. integrazione negoziale del bando. Ci si chiede, cioè, se sia ammissibile integrare il contenuto della *lex specialis* attraverso la previsione di clausole frutto dell'accordo tra amministrazione appaltante e concorrenti. In particolare, la questione si è posta in ordine al c.d. patto di integrità, accordo con il quale Pubblica amministrazione ed imprese partecipanti si obbligano a tenere, nel corso della gara, un comportamento improntato ai canoni della lealtà, correttezza, collaborazione e trasparenza²⁸. In tali casi, inoltre, il privato si impegna ad accettare l'irrogazione di una penale (di solito la confisca della cauzione provvisoria) per il caso in cui, in violazione del patto, assuma un comportamento scorretto.

La giurisprudenza, sul punto, non è ancora pervenuta ad una soluzione condivisa. Difatti, alla tesi positiva che, fondandosi su una concezione di stampo privatistico, ammette la possibilità di integrare in via negoziale il contenuto del bando, si oppone quella negativa, di stampo pubblicistico, che, sottolineandone la natura pubblicistico-autoritativa, esclude che esso possa, al pari di qualsiasi altro atto autoritativo, essere integrato su impulso dell'autonomia privata²⁹.

Ulteriore aspetto problematico concernente il principio di immodificabilità è quello relativo alla possibilità della eterointegrazione in presenza di vizi del bando. In argomento si è pronunciato di recente il TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 06 ottobre 2010, n. 484³⁰, che, prendendo le mosse dalla natura di provvedimento

²⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "il bando di una gara di appalto è la *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *jus superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori".

²⁸ Sulla natura del patto d'integrità, si veda F.A. CANCELLA (2005). I "patti di integrità" nelle procedure di evidenza pubblica: autonomia negoziale o potestà sanzionatoria? in *SERVIZI PUBBLICI E APPALTI*, 3, 604-615.

²⁹ *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 4 maggio 2004 n. 2722, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 9 dicembre 2004 n. 7894, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 8 febbraio 2005 n. 343, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 24 marzo 2005 n. 1258, TAR, Sez. III Milano, sent. 19 luglio 2005 n. 3400, TAR Lazio, Sez. III Roma, sent. 10 gennaio 2007 n. 85, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sent. 7 maggio 2010 n. 1386, TAR Lazio, Sez. II, sent. 13 giugno 2011, n. 5231, tutte su www.giustizia-amministrativa.it. Si tenga presente che, in una prospettiva pubblicistica, non manca chi ammette comunque la possibilità dell'integrazione negoziale del bando alla luce dell'art. 11 della l. 241/1990 in tema di accordi integrativi e sostitutivi del contenuto di un provvedimento. Secondo questa diversa ricostruzione, pertanto, il patto di integrità va inteso alla stregua di un contratto accessivo ad un provvedimento amministrativo. In argomento, si veda F.A. CANCELLA (2005). I "patti di integrità" cit.

³⁰ Per un commento alla sentenza si veda V. De Gioia, *Vizi della lex specialis ed eterointegrazione negoziale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 1, 90.

amministrativo del bando, ha decisamente negato una tale possibilità. In particolare, i giudici umbri hanno escluso la possibilità di rimediare al vizio della *lex specialis* mediante l'inserzione automatica nel regolamento delle clausole stabilite imperativamente dalla legge, in base al meccanismo di cui al combinato disposto degli artt. 1339 e 1419 c.c., *"in considerazione della diversità delle situazioni e, comunque, per la mancanza, nella lex specialis di gara, di alcuna convenzione il cui contenuto necessiti di essere integrato in quanto difforme da quello prescritto inderogabilmente dal legislatore (artt. 1339 e 1419 c.c.)"*³¹.

Il tema della eterointegrazione è strettamente connesso al principio dell'autonomia del bando e del rapporto di quest'ultimo con la legge. In materia di appalti pubblici, infatti, il bando, per costante orientamento giurisprudenziale, è assistito da una ampia autonomia, che si traduce, dal punto di vista operativo, nella discrezionalità della stazione appaltante in ordine al tenore delle clausole ivi contenute. Evidentemente una tale autonomia non può essere considerata svincolata da qualsivoglia limite. Ci si è chiesti, pertanto, fino a che punto essa può arrivare e, correlativamente, fino a dove può valere il principio di eterointegrazione legislativa nei confronti delle disposizioni del regolamento di gara. In particolare, il tema *de quo* viene in rilievo nelle ipotesi in cui il bando nulla disponga in ordine a taluni profili di disciplina che, invece, sono garantiti espressamente da specifiche disposizioni legislative. A fronte del silenzio del bando, ci si chiede se sia sempre doveroso procedere ad un intervento integrativo della legge. La soluzione a tale quesito dipende dalla portata dell'interesse sotteso alla previsione normativa non riportata dal bando, nella misura in cui, trattandosi di un interesse pubblico inderogabile non si potrà che procedere alla integrazione del regolamento di gara. Laddove il silenzio della *lex specialis* investa profili di disciplina non cogenti, il principio di autonomia potrà prevalere su quello di eterointegrazione legislativa³².

5.2. L'interpretazione del bando.

In tema di interpretazione del bando di gara (o meglio delle clausole in esso contenute) la giurisprudenza è da tempo giunta a sostenere la necessità di dare prevalenza al criterio letterale, *"escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare pretesi significati idonei ad ingenerare*

31 Così, V. DE GIOIA, *Vizi della lex specialis cit.* In tema di eterointegrazione G. D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 2010, 2, 327 ss. M. MATTIUSZI, *Ammissibilità e limiti della eterointegrazione del bando di gara*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 3, p. 202 ss.

32 Sul rapporto tra legge e bando di gara si veda G. M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 6, p. 683.

*incertezze nell'applicazione*³³. Una tale conclusione si fonda sull'insopprimibile esigenza di garantire l'imparzialità e la trasparenza della PA. Una applicazione troppo rigorosa del criterio letterale, però, finirebbe con il produrre effetti irragionevoli. Ad esso, infatti, si deve indiscutibilmente ricorrere in presenza di clausole chiare, precise e puntuali, la cui formulazione letterale non lascia spazio alcuno per significati ulteriori rispetto a quello fatto palese dal senso letterale della disposizione. Del resto, e lo abbiamo già ribadito in precedenza³⁴, nella predisposizione di un bando la stazione appaltante deve ricorrere ad espressioni dal significato piano e lineare, evitando formulazioni dal significato ambiguo. La PA deve rispettare il principio del *clare loqui*³⁵, a garanzia di un corretto rapporto tra amministrazione e privato, improntato ai principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, nonché di quello enunciato nell'art. 1337 c.c., secondo il quale nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede. Ne consegue che il bando deve contenere regole chiare, *"in modo che il concorrente sia dispensato, in caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando, dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati"*.³⁶

In particolare, il criterio letterale è certamente da preferire in presenza di quelle clausole della *lex specialis* la cui violazione venga chiaramente (e non con una mera formula di stile) sanzionata con l'esclusione dalla gara³⁷.

Tuttavia, le clausole dei bandi di gara non sempre brillano per chiarezza ed univocità. Non è affatto raro trovarsi al cospetto di espressioni ambigue e dall'incerto significato. In presenza di clausole siffatte la giurisprudenza assolutamente prevalente è ormai ferma nel ribadire l'orientamento secondo il quale tra le possibili interpretazioni va preferita senz'altro quella che garantisce la più ampia partecipazione alla gara (in luogo di quella che, al contrario, la restringe),

³³ Così, Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1080, su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Vedi supra paragrafo 2.

³⁵ Cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 12 luglio 2010, n. 4478, su www.giustizia-amministrativa.it, in cui si ribadisce che *"alla stregua di un consolidato principio giurisprudenziale, la stazione appaltante, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivocate, non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti"*.

³⁶ TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 24 giugno 2011 n. 3387, su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, SEZ. II, 9 ottobre 2009, n. 9861, su www.giustizia-amministrativa.it, *"in materia di appalti pubblici, le cause di esclusione previste dalla legge o dal bando di gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare pretesi significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio e l'esigenza della più ampia partecipazione"*.

a tutela del fondamentale principio del *favor participationis*³⁸. Il ricordato orientamento giurisprudenziale ha altresì precisato che *“l'ambiguità di una o più disposizioni di un bando o di un disciplinare di gara deve essere desunta dal confronto del tenore dispositivo della clausola con quello delle altre contenute nel medesimo atto di regolazione della gara”*³⁹. Il giudizio di ambiguità, pertanto, deve essere il frutto di un esame complessivo-sistematico delle disposizioni del bando dal quale risulti che una o più clausole sono suscettibili di indurre in errore i concorrenti⁴⁰.

Dalle clausole ambigue vanno tenute distinte quelle non univoche, atte, cioè, a sollecitare più interpretazioni tra loro contrastanti. In altri termini, mentre le prime sono suscettibili di indurre in errore i concorrenti, in quanto formulate in maniera tale da generare confusione ed incertezza in relazione ai vari adempimenti cui i partecipanti alla gara sono tenuti, le seconde rendono possibile, da parte dei partecipanti, una differente interpretazione rispetto a quella prospettata dalla stazione appaltante senza apparire irrazionale. Con riguardo alle clausole non univoche, la giurisprudenza ha precisato che *“è illegittima, per inosservanza dei principi di ragionevolezza ed imparzialità, l'esclusione dell'impresa concorrente che abbia fatto affidamento su un'interpretazione non illogica della disciplina dettata”*⁴¹. Facendo sempre applicazione del principio del *favor participationis*, la giurisprudenza ritiene legittima, da parte della stazione appaltante, l'ammissione a gara anche di proposte in parte difformi dalle prescrizioni del bando, purché si registri l'assenza di una sanzione espressa di esclusione. In ipotesi del genere, a venire in rilievo è il c.d. criterio teleologico, in base al quale viene valorizzato il perseguimento del fine avuto di mira dalla disposizione contenuta nel bando, di tal

³⁸ Sul punto cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12 febbraio 2007, n. 991, Consiglio di Stato, SEZ. V, 8 maggio 2007, n. 2122, Consiglio di Stato, SEZ. V, 28 marzo 2007, n. 1441 e TAR Veneto, SEZ. I, 11 febbraio 2010, n. 438, secondo cui *“è illegittima l'esclusione di una ditta da una gara pubblica, nel caso in cui la clausola del bando in forza della quale l'esclusione è stata disposta sia oggettivamente ambigua; in tal caso, infatti, va applicato il principio del favor participationis, ammettendo in gara l'offerta della ditta interessata”*. Vedi anche TAR Toscana, SEZ. I, 3 febbraio 2010, n. 184 in cui si legge che *“nel caso in cui la lex specialis della gara contenga una clausola ambigua, incerta o comunque non univoca, l'Amministrazione non può escludere l'impresa dalla competizione, ostandovi la tutela del principio del favor admissionis e dell'interesse pubblico a reperire la migliore offerta, obiettivo conseguibile solo per il tramite della massima partecipazione alle gare”*.

³⁹ T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 30 novembre 2009, n. 3190, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁰ T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 30 novembre 2009, n. 3190, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si precisa che le clausole possono essere considerate ambigue sulla base del loro contenuto letterale e della finalità perseguita nonché dal *“confronto con altre prescrizioni procedurali contenute nello stesso bando”*. In argomento si veda anche S. USAI, *L'interpretazione delle clausole ambigue inserite nella lex specialis di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 11, 1319.

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4797, in www.giustizia-amministrativa.it.

che, ogni qual volta quest'ultimo sia stato comunque raggiunto, la sanzione dell'esclusione sarebbe sostanzialmente irragionevole e sproporzionata⁴². Del resto, l'esclusione di una impresa rappresenta in ogni caso un momento particolarmente critico nell'ambito di una procedura di gara, foriera, tra l'altro, di conseguenze negative sulla celerità ed economicità della stessa, sol se si pensi alle ricadute di una possibile contestazione giurisdizionale⁴³.

Una parte della giurisprudenza, nel tentativo di superare il formalismo a volte eccessivo che caratterizza le procedure di gara, tende a valorizzare in senso sostanzialistico ed in maniera ampia il ricorso al criterio teleologico, anche in presenza di clausole del bando assistite dalla espressa comminatoria di esclusione per l'ipotesi della loro inosservanza. In particolare, si evidenzia la necessità che dette clausole *“siano applicate non meccanicamente, ma secondo il principio di ragionevolezza, tenendo conto, per quanto possibile, della peculiarità anche fattuale del caso concreto. Tali clausole devono essere valutate, infatti, alla stregua dell'interesse cui la norma violata presiede onde, al di là delle prescrizioni formali del regolamento di gara, deve prevalere il favor participationis ogniqualvolta non sia ravvisabile la lesione di un interesse rilevante e non abbia influito sul risultato che la norma mirava a ottenere”*⁴⁴. Altrimenti detto, se la sanzione dell'esclusione è dettata a garanzia di un interesse sostanziale della PA e risponde al canone della ragionevolezza, l'inosservanza della relativa clausola non può che determinare un effetto espulsivo. Di contro, a fronte dell'imposizione di un mero adempimento formale, inutile ed eccessivo, si dovrà disinnescare la carica sanzionatoria della disposizione, attraverso una sua interpretazione sostanzialistica e funzionale. Il criterio teleologico impone, in una prospettiva assolutamente dinamica, una verifica circa la reale compatibilità con l'interesse pubblico di una clausola del bando accompagnata dalla sanzione dell'esclusione. Una clausola di tal fatta non può di

⁴² Sul punto cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 ottobre 2009, n. 9861, cit. secondo cui *“il criterio c.d. teleologico di interpretazione del bando di gara è valido ed applicabile solo quando sussista un'effettiva incertezza interpretativa e non quando la prescrizione sia univoca”*. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 1 marzo 2005, n. 778 e TAR Puglia, Bari, Sez. I, 1 luglio 2011 n. 1007, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Vedi Consiglio di Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3878, secondo cui *“l'esclusione di un'impresa da una gara di appalto costituisce un provvedimento eccezionale, che contraddice il favor participationis e la libera concorrenza e che può essere adottato solo in presenza di cause certe e tassativamente previste.”*

⁴⁴ In questi termini, L. CARBONE - R. VICARIO, *Interpretazione sostanzialistica delle regole formali del bando di gara sanzionate con l'esclusione*, in Giorn. Dir. Amm., 2011, 3, 276, commento a Consiglio di Stato Sez. V, 21 dicembre 2010, n. 9320. Sul criterio teleologico cfr. Tar Sardegna, Sez. I, 10 marzo 2004 n. 339 e Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2008 n. 4252, tutte su www.giustizia-amministrativa.it.

per sé giustificare in maniera passiva ed acritica l'esclusione di un concorrente, quando essa è posta unicamente a presidio di un mero adempimento formale, la cui rilevanza operativa è del tutto insignificante⁴⁵.

Il richiamato filone giurisprudenziale, però, risulta ancora recessivo rispetto ad una impostazione ermeneutica incline a valorizzare in maniera statica la portata sanzionatoria delle clausole del bando assistite dalla espressa comminatoria di esclusione. La portata del formalismo, ritenuto baluardo ineludibile posto a tutela della *par condicio*, viene amplificata in maniera eccessiva, determinando sul versante operativo un inutile appesantimento delle operazioni di gara⁴⁶.

5.3 Bando di gara e previsione di requisiti di partecipazione ulteriori.

Una delle questioni più dibattute e controverse in relazione al bando di gara è rappresentata dalla possibilità, per la *lex specialis*, di integrare le disposizioni normative attraverso la previsione di requisiti di partecipazione ulteriori, più rigorosi e restrittivi, rispetto a quelli minimi legali. Sul punto tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono pervenute ad una soluzione ampiamente condivisa in virtù della quale le stazioni appaltanti, godendo di ampia discrezionalità in sede di fissazione delle condizioni di partecipazione, ben possono prevedere requisiti ulteriori, diversi e più restrittivi rispetto a quelli fissati in misura minima dalla legge, fatta salva la tutela della *par condicio* ed il rispetto dei criteri di congruità, pertinenza, logicità e ragionevolezza. In altri termini, la previsione di requisiti c.d. ulteriori è da ritenersi legittima nella misura in cui essi siano congrui e pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto⁴⁷. Evidentemente si impone la necessità di evitare, da un lato, di restringere preventivamente ed indebitamente la platea dei potenziali concorrenti attraverso la previsione di un requisito ulteriore posseduto in concreto da un numero ristretto (individuato o individuabile) di partecipanti e, dall'altro, di porre condizioni eccessive e sproporzionate rispetto al valore dell'appalto.⁴⁸

⁴⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, a quelle clausole che impongono ai concorrenti di apporre la firma su ogni pagina del capitolato o di allegare una copia del documento di riconoscimento ad ognuna delle dichiarazioni inserite nella documentazione di gara.

⁴⁶ Cfr. G. M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza*, cit.

⁴⁷ Vedi A. BARTOLINI, *I requisiti di capacità economica e finanziaria tra restrizioni della lex specialis e favor participationis*, in Urb. e app., 2007, 8, 1032; S. PONZIO, *L'illegittimità dell'utilizzo di modalità di presentazione dell'offerta diverse rispetto alle previsioni della lex specialis e l'impugnazione dell'esclusione*, in Foro amm., 2006, 7-8, 2296.

⁴⁸ Sul punto la giurisprudenza si è ripetutamente espressa, confermando l'orientamento riportato nel testo. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3448, TAR Puglia – Lecce, Sez. III, 6 ottobre 2009, n. 2247, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247, TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 27 agosto 2010, n. 3262, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6507, Consiglio di Stato, Sez.

Anche in questo campo a venire precipuamente in rilievo è il rapporto tra l'autonomia del bando e la legge. Una eccessiva valorizzazione della prima può rappresentare un pericoloso *vulnus* per il principio del *favor participationis*, nella misura in cui la previsione di requisiti c.d. ulteriori è strumentale ad un illegittimo restringimento della platea dei possibili concorrenti. Ne deriva la insopprimibile necessità di un sindacato puntuale e rigoroso del giudice amministrativo su clausole del genere, condotto secondo i parametri della logicità, pertinenza e congruità. Fatto salvo il potere discrezionale della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di partecipazione, allo stesso tempo è doveroso garantire che detto potere non travalichi i parametri anzidetti, restando circoscritto nei ragionevoli limiti della proporzionalità e della ragionevolezza⁴⁹.

5.4 *L'impugnazione delle clausole del bando: impugnazione differita ed impugnazione immediata.*

L'asserita qualificazione del bando di gara in termini di atto amministrativo generale implica che le disposizioni in esso contenute sono in grado di incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei partecipanti solo nel momento in cui vengono concretamente adottati i relativi atti applicativi. Prima di tale momento la carica lesiva delle clausole della *lex specialis* è solo potenziale.

Da tale assunto si ricava la regola generale in base alla quale le clausole del bando non sono immediatamente ed autonomamente impugnabili, dovendo la loro presunta illegittimità esser fatta valere contestualmente all'impugnazione dell'atto con cui alle stesse si dà applicazione (c.d. impugnazione differita).

Questa regola, però, non vale in assoluto, potendo essere derogata con riguardo a quelle disposizioni del regolamento di gara che presentano una autonoma ed immediata attitudine lesiva. In tali ipotesi, infatti, trova applicazione la diversa regola che impone l'onere della immediata impugnazione, pena l'inammissibilità del ricorso presentato nei confronti dell'atto applicativo a valle.

A far chiarezza in materia è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 1 del 2003⁵⁰, che ha, da un lato, confermato la regola generale

V, 8 settembre 2010, n. 6518, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 3 marzo 2010, n. 677, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 24 aprile 2010 n. 1496 tutte in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

⁴⁹ In questi termini TAR. Puglia, Lecce Sez. III, 3 marzo 2010, n. 677, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Prima dell'intervento chiarificatore del Consiglio di Stato, il dibattito sul tema *de quo* aveva visto fronteggiarsi, tra gli altri, due orientamenti contrapposti e radicali, il primo dei quali aveva ampliato in maniera considerevole il novero delle clausole immediatamente impugnabili, includendovi, ad esempio, quelle dirette a disciplinare i criteri di aggiudicazione dell'appalto, quelle che prevedono le modalità di

dell'impugnazione differita e, dall'altro, delineato con esattezza i parametri di riferimento relativi alle ipotesi in cui è, invece, da ritenere legittima l'immediata impugnazione della clausole del bando.

Il Collegio prende le mosse da una rigorosa ricostruzione teorica delle c.d. condizioni dell'azione nel processo amministrativo: legittimazione ad agire ed 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. Altrimenti detto, la lesione lamentata dal ricorrente deve rivestire i caratteri dell'immediatezza, della personalità, della concretezza e dell'attualità. Essa, cioè, deve costituire effetto immediato e diretto del provvedimento asseritamente lesivo, deve essere concreta ed attuale e non solo potenziale e futura.

Partendo dalle descritte coordinate teoriche, l'Adunanza plenaria ha innanzitutto sottolineato che non possono essere condivisi: a) l'orientamento che vorrebbe il bando sempre ed in ogni caso impugnabile unitamente all'atto applicativo, anche nell'ipotesi in cui si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale⁵¹; b) l'orientamento che postula la necessità dell'immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, per la possibilità di rinvenire in capo al singolo un interesse autonomo e diverso da quello all'aggiudicazione delle gara, consistente nell'interesse alla legittimità delle regole e delle prescrizioni della

presentazione delle offerte e quelle contenenti la disciplina del *modus operandi* della commissione giudicatrice. Questo orientamento è stato oggetto di serrate critiche soprattutto con riferimento all'evidente distorsione del concetto di interesse a ricorrere che l'adesione ad esso comporta. Su posizioni diametralmente opposte si attestava l'orientamento in base al quale è assolutamente da escludere l'immediata lesività (e conseguentemente l'impugnabilità) di qualsiasi clausola del regolamento di gara (atto amministrativo generale), solo dovendosi fare applicazione della regola dell'impugnazione differita. Sui termini del riportato dibattito, cfr. G. FERRARI – R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p.1283. Alle conclusioni dell'Adunanza plenaria si è conformata la giurisprudenza successiva. Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7893, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 18 luglio 2007, n. 5429, TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 4 giugno 2007, n. 5148, Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653, tutte su www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ “...*tali clausole, in quanto riferentesi a presupposti di fatto indipendenti da ogni valutazione da esprimersi nel corso della procedura concorsuale, appaiano 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. Il posticipare, in tali casi, l'impugnazione del bando all'atto ricognitivo dell'effetto lesivo già prodottasi non apparirebbe, pertanto, giustificato e si porrebbe in contrasto con i principi generali sull'interesse a ricorrere*”. Così Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1-2003.

selezione⁵²; c) l'orientamento volto ad imporre l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara; d) l'indirizzo interpretativo favorevole 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.

Ciò posto, il Collegio ha confermato la regola generale secondo cui il bando di gara (e le relative clausole) vanno impugnati unitamente agli atti applicativi della procedura selettiva, solo da questi ultimi potendo derivare in concreto la lesione della situazione giuridica soggettiva dei concorrenti.

Tuttavia, detta regola generale soffre un'eccezione, rappresentata da un particolare tipo di clausole rispetto alle quali si impone l'onere della immediata impugnazione. Si tratta, in particolare, delle disposizioni che impediscono *ab origine* la partecipazione dell'interessato alla gara, attraverso la previsione di requisiti di ammissione tali da escludere senz'altro la possibilità stessa di accedere alla procedura selettiva⁵³.

⁵² "L'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. Quanto, infatti, all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, occorre ribadire che il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione. L'aggiudicazione costituisce il bene della vita che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo bene della vita che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione". Così Consiglio di Stato, Ad. Plen., cit.

⁵³ Si pensi a quelle clausole che impongono, ai fini della partecipazione, requisiti od adempimenti assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati rispetto all'oggetto della procedura concorsuale e che comportino sostanzialmente l'impossibilità o l'estrema difficoltà per l'interessato di accedere alla procedura (come si verifica, ad esempio, allorché ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria viene richiesto un volume d'affari di molto superiore rispetto al valore del contratto). Ancora si pensi alle clausole del bando che, in virtù della loro formulazione non chiara, non consentono all'operatore di valutare la convenienza economica di partecipare alla procedura ovvero impediscono la formulazione dell'offerta tecnica. Ad ogni modo, qualora la stazione appaltante si renda conto in via autonoma, o perché sollecitata dagli operatori economici, che il bando contiene clausole illegittime, essa senz'altro può annullare d'ufficio la (sola) clausola ritenuta viziata ove possibile (in tal caso la notifica del bando deve essere portata a conoscenza di terzi con le stesse forme di possibilità del bando iniziale) ovvero procedere, previo annullamento del bando illegittimo, all'emanazione di un nuovo bando. Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE DI GESTIONE E DI SVILUPPO DELLE RISORSE UMANE, *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture, volume 2, L'evidenza pubblica*, Roma, 2010, su http://www.governo.it/Presidenza/bandi/guida_%20pratica_2_volume.pdf

Tali clausole, prescrivendo requisiti soggettivi di partecipazione, riguardano immediatamente i soggetti interessati alla gara e non le loro offerte o le attività relative allo svolgimento della procedura, facendo quindi riferimento *“ad una situazione di fatto che è preesistente al bando e totalmente indipendente dallo svolgimento successivo della gara. Appare chiaro che non è la procedura concorsuale ed il suo evolversi a determinare l'effetto lesivo, ma direttamente il bando (...). La lesività non si manifesta per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale i requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione”*⁵⁴.

La tesi delineata dall'Adunanza plenaria sembra essere stata recepita dal Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104), il cui art. 120 al comma 5 stabilisce che per l'impugnazione *“degli atti delle procedure di affidamento (...) relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il ricorso e i motivi aggiunti (...) devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto”*.

La ricordata pronuncia dell'Adunanza plenaria, pur non prendendo espressamente posizione sul punto, ha sostanzialmente risolto una questione strettamente

⁵⁴ In questi termini R. Galli, Corso, cit. p. 1366. In argomento cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1166, su www.giustizia-amministrativa.it. secondo cui *“... le condizioni che impongono la necessità della impugnazione immediata del bando vanno ravvisate nella sussistenza di prescrizioni preclusive la partecipazione dell'aspirante (ex multis: Cons. Stato, V, 7 novembre 2007, n. 5776). In tale ipotesi, infatti, la lesione è immediata e non avrebbe senso alcuno imporre di attendere i successivi sviluppi della selezione (...). Occorre rammentare che l'impugnazione immediata degli atti di gara è ammissibile e necessaria solo se (e nei limiti in cui) gli atti del procedimento producano un pregiudizio immediato, come nel caso dell'impugnazione del bando di gara con riguardo alle clausole comportanti la certa esclusione dell'aspirante concorrente per carenza di requisiti di partecipazione, e non, invece, nel caso in cui le determinazioni assunte non siano produttive, di per sé, di alcun pregiudizio certo ed immediato, ma solo eventuale, futuro e incerto, per il soggetto interessato (Cons. Stato, V, 8 settembre 2003, n. 5036)”*. Da ultimo cfr. TAR Lazio, Sez. II ter, 19 luglio 2011, n. 6478, su www.dirittodeiservizipubblici.it secondo cui *“nel caso in cui la clausola della lex specialis preveda requisiti soggettivi di ammissione tali da precludere in modo sicuro l'utile partecipazione di determinate categorie di soggetti, com'è il caso dell'impossibilità di far ricorso all'istituto dell'avvalimento, deve essere immediatamente impugnata dall'impresa che risulti priva di siffatti requisiti, in quanto il bando è immediatamente lesivo; soltanto nell'ipotesi in cui la predetta clausola presenti, invece, un profilo di ambiguità, nel senso di non rendere immediatamente percepibile l'effetto preclusivo della partecipazione per le imprese prive di un determinato requisito soggettivo, il bando non assume carattere immediatamente lesivo e, pertanto, deve essere impugnato unitamente all'atto con il quale l'impresa è stata esclusa dalla gara, in applicazione proprio della clausola suscettibile di diverse interpretazioni”*.

connessa alla tematica dell'impugnazione del bando. Ci si riferisce al problema relativo alla necessità o meno della presentazione della domanda di partecipazione alla gara quale condizione di impugnabilità della *lex specialis*. Il Collegio afferma, infatti, che *“ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando delle clausole ritenute lesive, è necessaria la presentazione della domanda di partecipazione alla gara o alla procedura concorsuale. La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso del bando”*. Così argomentando, il Collegio sembra aver voluto aderire alla tesi tradizionale, che da sempre ritiene necessario aver presentato domanda di partecipazione alla gara per poter vantare un interesse qualificato e quindi per poter legittimamente impugnare il bando⁵⁵. In caso contrario, la posizione del ricorrente non sarebbe sostanzialmente diversa da quella di un *quisque de populo*.

Su posizioni diametralmente opposte si è posta, più di recente, una diversa tesi, in base alla quale la legittimazione all'impugnazione del bando prescinde assolutamente dalla previa presentazione della domanda di partecipazione, quanto meno con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui ad essere oggetto di contestazione sono quelle disposizioni del bando suscettibili di determinare *ab origine* l'impossibilità per il ricorrente di prendere parte alla selezione. In tali casi, si argomenta, pretendere la previa presentazione della domanda di partecipazione si risolverebbe in un inutile formalismo, in violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.), della libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), del principio di concorrenza e del divieto di non aggravamento del procedimento sancito dall'art. 1, comma 2, della L. 241/1990⁵⁶.

55 In tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2002, n. 6, TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 4 marzo 2008, n. 290, Consiglio di Stato, Sez. V, 9 novembre 2009, n. 6972.

56 In questi termini TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 aprile 2002 n. 2206, secondo cui *“non appare, infatti, conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.), della libertà della iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e soprattutto dell'apicale principio di portata comunitaria della libera e massima concorrenza, limitare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso da un bando, al mero formalismo della presentazione di una domanda che, con riferimento alla fattispecie in esame, avrebbe comportato la sicura esclusione. Tanto anche in adesione al principio –introdotto dalla L. 241/1990 ed incentivato dalla successiva legislazione, attenta ad espungere gli adempimenti inutili o superflui del non aggravamento del procedimento amministrativo, applicazione diretta dell'ulteriore e generalizzante principio della economicità dei mezzi giuridici”*. A questo orientamento aderiscono *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2005, n. 3113 e Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4059. Cfr. anche TAR Lazio, Roma, Sez. II, 20 novembre 2009, n. 11396. Tale indirizzo ha ottenuto anche un autorevole avallo in sede comunitaria, con la decisione Corte giust. C.E 12 febbraio 2004 - C-230/02, con cui il giudice comunitario ha rilevato che i principi desumibili dalle norme comunitarie sono

5.5. La disapplicabilità del bando.

La questione relativa alla possibilità o meno per il giudice di utilizzare lo strumento della disapplicazione nei confronti del bando di gara ha impegnato per lungo tempo tanto la dottrina quanto la giurisprudenza e, ancora oggi, non può dirsi del tutto risolta. Il tema è strettamente connesso al problema della natura giuridica (normativa o provvedimentale) del regolamento di gara.

Un risalente orientamento giurisprudenziale⁵⁷, muovendo dalla qualificazione del bando in termini di atto normativo, sostiene l'estensibilità ad esso del meccanismo

nel senso che l'interesse degli operatori economici alle pubbliche gare ha rilievo talmente incisivo da dover ammettere la tutela anticipata contro il bando di gara anche senza la presentazione dell'offerta, allorché le clausole sono talmente chiare nel prevedere l'esclusione dell'aspirante, da rendere inutile ed antieconomico esigere la previa presentazione dell'offerta. In termini Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n.5069, secondo cui *"....quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica (Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005 n. 4207 e 4208; V, n. 7341, 11 novembre 2004; V, 11 febbraio 2005 n. 389; IV, 30 maggio 2005 n. 2804). E ancora: "....in tal senso è la decisione 12.2.2004 - C 230/02 della Corte di Giustizia C.E. che ha rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato". Interessanti osservazioni sul tema de quo si rinvencono in Consiglio di stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1443, in cui si legge: "L'impugnazione degli atti relativi ad una procedura di gara richiede una posizione differenziata e qualificata determinata dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura. In ossequio alle coordinate interpretative tracciate dalla giurisprudenza comunitaria, si è ritenuto, ad avviso dell'orientamento pretorio più recente, di prescindere da detto fattore di differenziazione nel caso di impugnazione della lex specialis di gara da parte di un'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura che, in base alle prescrizioni del bando ritenute illegittime, verrebbe esclusa. Si è infatti reputato che il soggetto che non ha inoltrato l'istanza di partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione di un appalto è titolare dell'interesse all'impugnativa laddove si tratti di soggetto operante nel settore, e, quindi, portatore di una posizione differenziata abilitante, che miri con l'impugnativa ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva con quelle regole ingiustamente preclusive". Tuttavia "si deve aggiungere, a chiarimento della portata di tale deroga, che a fronte di una clausola espulsiva il fattore di differenziazione e qualificazione della sfera soggettiva del ricorrente possa essere rinvenuto nella circostanza che questi operi nel settore specifico e sia, quindi, dotato dei requisiti soggettivi necessari, anche sul piano tecnico e finanziario, per partecipare alla procedura. Di qui la legittimazione alla contestazione di un a normativa di gara che introduca un ostacolo illegittimo ad una partecipazione altrimenti possibile e consentita".*

⁵⁷ TAR Lombardia, Milano, 2 giugno 1997, n. 900; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 2 agosto 2005, n. 1725. Tale giurisprudenza distingue tra disapplicazione normativa e disapplicazione provvedimentale, ritenendo che, alla luce della sua natura funzionalmente normativa, nei confronti del bando di gara possa operare la prima delle due tipologie di disapplicazione.

della disapplicazione (ammesso con riguardo ai regolamenti). Si sostiene che il bando, in quanto *lex specialis* e, quindi, atto a carattere *funzionalmente* normativo - pur se con effetti limitati al solo ordinamento interno dell'amministrazione che lo ha emanato - soggiace allo stesso regime dei regolamenti in tema di ammissibilità della disapplicazione. In conseguenza di ciò "*al bando appare quindi applicabile quella elaborazione giurisprudenziale, avviata dal Consiglio di Stato (....) che ammette la possibilità, per il giudice amministrativo, di disapplicare atti amministrativi a contenuto normativo illegittimi (nel caso in cui, evidentemente, non ne venga chiesto l'annullamento in via di diretta impugnazione)*"⁵⁸.

Il suddetto orientamento ha suscitato non poche obiezioni, risultando nel tempo recessivo. Si è osservato che il bando di gara difetta incontestabilmente dei caratteri tipici degli atti normativi, in particolare dell'innovatività e dell'astrattezza. Ne consegue che esso è un atto formalmente e sostanzialmente amministrativo e, in quanto tale, sottoposto al termine decadenziale di impugnazione⁵⁹. Ciò posto, il meccanismo della disapplicazione è possibile (ex art. 5 Legge 20 marzo 1865, n. 2248) solo da parte del giudice ordinario ovvero, qualora si verta in materia di diritti soggettivi, dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁶⁰.

La tesi assolutamente prevalente è, quindi, quella che afferma la non disapplicabilità del bando di gara⁶¹.

Sulla questione è intervenuta anche la Corte di Giustizia CE con sentenza del 27 febbraio 2003, C-327/2000, sollecitata dalla proposizione di un rinvio pregiudiziale del TAR Milano⁶², con cui i giudici milanesi hanno chiesto alla Corte di esprimersi in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario dell'orientamento giurisprudenziale volto a disconoscere la possibilità per il g.a. di disapplicare il bando di gara. In particolare, il TAR meneghino ha sollecitato la Corte con riguardo

⁵⁸ TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 2 aprile 1997, n. 354.

⁵⁹ Una tesi intermedia distingue tra clausole del bando riguardanti specificamente la gara cui si riferiscono e non destinate quindi a ripetersi e clausole che, invece, disciplinano aspetti della procedura di gara ripetitivi e ricorrenti. Le prime avrebbero sicuramente natura provvedimentoale e, pertanto, sarebbero assoggettate al solo regime impugnatorio; le seconde, invece, caratterizzandosi per una sostanziale funzione normativa sarebbero suscettibili di disapplicazione. Sul punto vedi G. FERRARI – R. GAROFOLI, *Manuale*, cit., p. 1287.

⁶⁰ Così, F. CARINGELLA, *Compendio*, cit. p. 72.

⁶¹ Cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699, secondo cui "*il bando di gara non è un atto a valenza normativa, come invece i regolamenti (....), ma è un atto generale e al giudice amministrativo non è dato il potere di disapplicare atti amministrativi non aventi valenza regolamentare*". Vedi anche Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5992; TAR Liguria, Sez. II, 20 gennaio 2006, n. 40. Da ultimo TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 febbraio 2010, n. 1604; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 novembre 2009, n. 6867.

⁶² Ordinanza n. 234/2000.

ad una ipotesi di asserito contrasto di una clausola del regolamento di gara con il diritto comunitario, suggerendo la necessità che in ipotesi del genere debba trovare applicazione un meccanismo equivalente a quello che prevede la disapplicazione degli atti normativi nazionali in contrasto con il diritto comunitario.

La Corte, diversamente da quanto richiesto dal giudice rimettente, non ha accolto la tesi della disapplicabilità del bando di gara contenente disposizioni in contrasto con il diritto comunitario, limitandosi a sostenere la disapplicazione della normativa nazionale sul termine decadenziale d'impugnazione, qualora lo stesso impedisca al giudice nazionale di conoscere dell'asserito contrasto del bando con il diritto comunitario.