

Quando si possono e quando non si possono impugnare le clausole del bando

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza n. 940 del 28 aprile 2022

Si segnala la sentenza in epigrafe perché delinea in modo chiaro quando è consentito (o addirittura doveroso) impugnare autonomamente le clausole di un bando di gara e quando invece lo si può fare solo unitamente al provvedimento di esclusione.

Osserva il TAR Milano:

“In forza di un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, di recente confermato da Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) le clausole del bando devono essere impugunate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione e dunque, **di norma**, unitamente all’esclusione del concorrente, che censura anche la *lex specialis*, o all’aggiudicazione a terzi, fermo restando, inoltre, che la partecipazione alla gara da parte di un operatore non implica alcuna acquiescenza alle regole della gara prive di immediata lesività (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018).

A fronte di una clausola illegittima della *lex specialis*, ma non immediatamente lesiva, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all’impugnazione, poiché non sa ancora se l’astratta o potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale e, quindi, in un’effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

La ricordata *regula iuris* subisce delle **eccezioni**, perché in taluni casi, secondo l’indirizzo dell’Adunanza plenaria, il bando di gara deve essere immediatamente impugnato, perché direttamente lesivo e ciò accade allorché: a) si contesti in radice l’indizione della gara; b) all’inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l’amministrazione proceduto all’affidamento diretto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti e sono tali quelle che pregiudicano l’utile partecipazione alla procedura, perché precludono ab origine la possibilità di conseguire l’aggiudicazione, indipendentemente dallo svolgimento delle operazioni di gara.

La giurisprudenza ha chiarito che le clausole escludenti, la cui elencazione resta suscettibile di elaborazione ispirata a criteri necessariamente restrittivi, avuto riguardo al carattere eccezionale dell’onere di reazione immediata, comprendono: a) le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; b) le regole che valgano a rendere la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta; d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; e) le clausole impositive di obblighi *contra jus*; f) i bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta, ovvero presentino formule matematiche del tutto errate; g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione di voci di costo necessarie, come quella relativa ai costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (per tali considerazioni si vedano anche: Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5789; Consiglio di Stato sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6040).

Va ribadito, quindi, che **l'impugnazione immediata del bando rappresenta l'eccezione**, visto che al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491; Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1350).

Non solo, quando si assume che la *lex specialis* precluda la possibilità di formulare un'offerta economicamente sostenibile, è necessario che si tratti di un impedimento certo e attuale e non meramente eventuale (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 245 del 22 novembre 2016), poiché solo in tale caso si giustifica l'onere di immediata impugnazione.

Per contro, laddove permanga almeno una chance di aggiudicazione non può ritenersi preclusa ab initio l'utile partecipazione alla procedura, con la precisazione che la chance si configura quale utilità intermedia autonomamente tutelata (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019, che richiama anche Corte di giustizia, IV, ord. 14 febbraio 2019, causa C-54/18; in argomento anche T.A.R. Lombardia, sez. II, 29 aprile 2020, n. 710).”

Il testo della sentenza è consultabile su: www.giustizia-amministrativa.it