

# L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e i suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione? <sup>(\*)</sup>

di

**CLAUDIO CONTESSA**

Consigliere di Stato

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> l'8 novembre 2011

SOMMARIO: 1. Aspetti generali della questione. – 2. La questione delle 'clausole escludenti'. – 3. I tre diversi tipi di clausole escludenti e i tre possibili approcci alla questione - 4. La questione della disapplicabilità delle clausole del bando: un *revirement* da parte dei Giudici di Palazzo Spada?

## *1. Aspetti generali della questione*

Con la pronuncia in esame<sup>1[1]</sup> il Consiglio di Stato ha affermato rilevanti principi in tema di operatività delle clausole escludenti nei bandi per pubbliche gare e in tema di disapplicabilità delle clausole non tempestivamente impugnate.

La sentenza in questione fornisce all'interprete notevoli spunti di interesse per quanto attiene il (sempre arduo) bilanciamento fra – da un lato – le esigenze di *rispetto degli oneri formali di partecipazione* (in specie, quando essi siano volti a tutelare la *par condicio* fra i concorrenti e la segretezza delle offerte) e – dall'altro – la possibile adesione a un *approccio di carattere sostanziale* alla tematica delle clausole escludenti, all'insegna del principio del *favor participationis* e della sanabilità delle irregolarità di stampo soltanto formale.

## *2. La questione delle c.d. 'clausole escludenti'*

La pronuncia in rassegna sollecita una riflessione sull'attuale stato dell'arte in tema di clausole escludenti nell'ambito delle pubbliche gare e sul relativo regime di rilevabilità in sede giurisdizionale.

Si osserva al riguardo che le considerazioni che qui di seguito si svolgeranno sono riferite alla consistenza *in se* di tale tipologia di clausole (e ai conseguenti profili di legittimità), mentre si rinvia al seguito del presente contributo per un esame in ordine al relativo regime di deducibilità e giustiziabilità, nonché alla connessa questione della relativa disapplicabilità.

Ebbene, prendendo le mosse dal primo di tali profili, si osserva che la pronuncia in esame è piuttosto chiara nei suoi intendimenti di fondo: i Giudici di Palazzo Spada hanno inteso temperare in sede applicativa il regime di ordinaria inderogabilità delle clausole escludenti previste dalla *lex specialis* di gara avverso le quali non sia stata proposta tempestiva impugnativa in giudizio.

Pur mancando un'esplicita affermazione di principio in tale senso, la pronuncia in questione si pone sul solco recente di un recente filone giurisprudenziale (sinora

---

(\*) Il presente contributo costituisce la sintesi di un più ampio contributo dello stesso Autore in corso di pubblicazione sulla Rivista *Giurisprudenza Italiana*.

<sup>1[1]</sup> Consiglio di Stato, V, 13 gennaio 2011, n. 172.

essenzialmente affermatosi nell'ambito della giurisprudenza amministrativa di primo grado)<sup>2[2]</sup> il quale si propone di limitare quella sorta di insana «*caccia all'errore*»<sup>3[3]</sup> ingenerata dal proliferare – nell'ambito dei bandi di gara – delle clausole con effetto escludente e, in definitiva, di temperare il vero e proprio *abuso* del ricorso a tale tipo di clausole che, negli anni più recenti, è stato posto in essere da numerose amministrazioni aggiudicatrici.

Non occorrono molte parole per descrivere i numerosi (ed evidenti) vantaggi che l'introduzione di clausole escludenti offre alle amministrazioni aggiudicatrici.

Sotto il profilo *sostanziale*, la scelta di annettere in modo espresso valenza escludente (di fatto) a *qualunque* diversione dai paradigmi delineati in sede di *lex specialis*, pone l'amministrazione aggiudicatrice in una posizione certamente comoda: utilizzando tale strumento, infatti, essa sarà posta in condizione di definire la posizione delle imprese partecipanti attraverso meccanismi – di fatto – automatici, sollevando inoltre le Commissioni aggiudicatrici dall'onere (talvolta estremamente complesso) di stabilire in concreto se una singola violazione dal paradigma disciplinare assuma carattere meramente *formale* (e, conseguentemente, possa in via di principio aspirare al temperamento della sanabilità), ovvero se rivesta carattere *sostanziale* e giustifichi in definitiva la determinazione espulsiva.

Sotto il profilo *processuale*, poi, la scelta di fare massiccio ricorso alle clausole escludenti sortisce l'effetto (ancora una volta, favorevole per l'amministrazione) di costringere le imprese interessate ad anticipare notevolmente il momento della propria reazione processuale. Ed infatti, facendo leva sul consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui è onere della parte lesa proporre immediata impugnativa avverso le clausole escludenti contenute nella *lex specialis*<sup>4[4]</sup>, le amministrazioni aggiudicatrici otterranno il duplice beneficio di limitare l'alea temporale connessa al tradizionale meccanismo della c.d. 'doppia impugnativa' e di addossare sulla parte incisa dalla previsione espulsiva l'onere dell'immediata impugnazione e le conseguenze dalla intempestiva attivazione processuale.

E' innegabile, quindi, che il ricorso sistematico (e scevro da effettive ragioni giustificatrici) al meccanismo delle clausole escludenti possa tradursi in un vero e proprio *abuso* per almeno tre ragioni: *a)* in quanto viola il tendenziale principio della «*parità delle armi*» fra soggetti potenzialmente coinvolti in vicende contenziose; *b)* in quanto il sistematico ricorso a tale strumento conferisce una sorta di ingiustificata iper-protezione alle esigenze operative dell'amministrazione, a scapito del generale principio del *favor participationis*; *c)* in quanto l'indiscriminato ricorso alle clausole escludenti risulta – nei fatti – compressivo del principio di *pienezza ed effettività* della tutela in sede giurisdizionale (art.

---

<sup>2[2]</sup> L'orientamento in questione è allo stato attuale piuttosto diffuso fra numerosi TT.AA.RR. Fra le molte pronunce sul punto, ci si limiterà a richiamare le seguenti: T.A.R. Campania, Napoli, V, 17 novembre 2010, n. 25224, in: *Foro amm.vo T.A.R.*, fasc. 11/2010, p. 3614; T.A.R. Puglia, Lecce, III, 15 luglio 2009, n. 1837, in: *Foro amm.vo T.A.R.*, fasc. 7-8/09, p. 2258; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 30 aprile 2009, n. 377, in: *Foro amm.vo T.A.R.*, fasc. 4/09, p. 1221; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 1 dicembre 2005, n.2088, in: *Foro amm.vo T.A.R.*, fasc. 12/05, p. 4142.

<sup>3[3]</sup> E in termini di «*caccia all'errore*» si era, appunto, espresso il T.A.R. della Calabria nell'abito della pronuncia oggetto di gravame (sent. 1368 del 2009).

<sup>4[4]</sup> Il principio in questione è stato affermato in termini chiarissimi dalla pronuncia dell'Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1 (*Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 1/2003, p. 66, ss – con nota di P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, *ivi*, p. 79 e segg. -), secondo cui «*il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono, tuttavia, essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame*».

24, Cost.) e consente, nei fatti, all'amministrazione procedente di confezionare bandi 'ricorso-resistenti'<sup>5[5]</sup>.

Ora, non sfugge (e la pronuncia in esame fornisce di ciò una prova evidente) che la questione del ricorso alle clausole di carattere escludente presenta profili di notevole complessità e mal si presta a soluzioni di carattere – per così dire – 'estremo', che ne favoriscano o ne limitino oltre misura l'utilizzo nella pratica.

Al contrario, è evidente che l'approccio alla questione presenti l'immanente rischio di una sorta di 'errore pendolare':

- per un verso, se si consente l'illimitato ricorso a tale tipologia di clausole, si corre il rischio di avallare comportamenti iugulatori da parte delle amministrazioni, ovvero di traslare il confronto competitivo fra i partecipanti a gara dal campo (fisiologico) della qualità delle offerte a quello (patologico) della caccia all'errore del concorrente;
- per altro verso, se si limita il ricorso a tale tipologia di clausole (ovvero, se si ammette in modo indiscriminato un potere di vaglio giudiziale *ex post* sull'effettiva portata escludente ad esse collegata), si rischia di avallare una sostanziale *interpretatio abrogans* della figura, ovvero di fornire alle clausole escludenti una lettura *secundum eventum* evidentemente estranea alla *ratio* ispiratrice della figura.

### 3. I tre diversi tipi di clausole escludenti e i tre possibili approcci alla questione

A parere di chi scrive, quindi, ogni tentativo di riconduzione a sistema di tale complessa figura, per evitare di incorrere nelle conseguenze estreme del richiamato 'errore pendolare' deve muovere da un necessario presupposto di partenza: non esiste un'unica tipologia di clausola escludente e, conseguentemente, non esiste un unico possibile approccio concettuale ai problemi teorici e pratici posti da tale figura.

Al contrario, si ritiene che possano essere individuate almeno tre diverse tipologie di clausole escludenti a ciascuna delle quali si attaglia un diverso, possibile approccio sostanziale.

*Il primo tipo* di clausola escludente è quello che connette valenza espulsiva al *mancato possesso di determinati requisiti di partecipazione*. Si tratta, a ben vedere, della categoria prototipale e, in un certo senso, della figura intorno alla quale è stata operata in massima parte l'elaborazione concettuale della figura.

Questa prima tipologia di clausole attiene, a ben vedere, al momento *statico* (o *ex ante*) della partecipazione alla gara da parte di ciascun concorrente e radica in modo immediato un interesse *concreto ed attuale* alla reazione processuale, rappresentando *ex se* fattore impeditivo alla partecipazione<sup>6[6]</sup>.

Ora, in disparte restando la questione della legittimità *in se* di tale tipologia di clausole (si pensi all'ipotesi di palese irragionevolezza di un requisito di partecipazione, pure, espressamente previsto a pena di esclusione), si ritiene che esse mal si attaglino ad interventi

---

<sup>5[5]</sup> Il termine è mutuato da M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (in realtà, l'espressione era stata coniata dall'Autrice con riferimento alla questione – ben diversa da quelle oggetto del presente contributo – delle disposizioni di cui all'art. 20 del d.l. 185 del 2008).

<sup>6[6]</sup> Fra le numerose pronunce che hanno confermato il principio in questione (e senza pretesa alcuna di esaustività) ci si limiterà qui a richiamare – fra le più recenti -: Cons. Stato, V, 15 ottobre 2010, n. 7515, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 10/2010, p. 2135; *id.*, VI, 8 luglio 2010, n. 4437, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 7-8/2010, p. 1587; *id.*, V, 25 maggio 2010, n. 3308, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 5/2010, p. 1053; *id.*, VI, 24 settembre 2009, n. 5276, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 9/2009, p. 2126; *id.*, VI, 20 gennaio 2009, n. 256, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 1/2009, p. 258.

applicativi in chiave *sostanzialistica* (e sostanzialmente *ortopedizzante*) e che - al contrario - postulino un'applicazione di carattere rigidamente oggettivo.

In definitiva, l'esistenza di una clausola che (a prescindere dalla sua intrinseca legittimità) annetta in modo inequivoco valenza escludente al mancato possesso di un determinato requisito, non sembra ammettere in alcun modo forme di interpretazione in sede giudiziale le quali ne temperino la portata in base a considerazioni di stampo sostanziale, ovvero che ne subordinino l'operatività a una previa ponderazione fra gli interessi (pubblici e privati) nella specie coinvolti.

Il carattere rigidamente oggettivo delle circostanze escludenti fondate sul possesso dei requisiti di partecipazione ha, al contrario, indotto parte della giurisprudenza a ritenere che esse operino in modo automatico anche a prescindere dall'espressa trasfusione nelle previsioni del bando e che, quindi, determinino in capo all'amministrazione un obbligo di sostanziale *eterointegrazione* delle previsioni della *lex specialis* di gara<sup>7[7]</sup>.

Il che, come è evidente, è quanto di più lontano si possa immaginare rispetto a un approccio il quale ammetta un'applicazione in senso *sostanziale* di tale tipologia di clausole, ovvero consenta al Giudice di ammetterne l'operatività previa selezione e ponderazione degli interessi ed anche a prescindere dalla tempestiva proposizione di un'impugnativa in sede giurisdizionale.

*Il secondo tipo* di clausola escludente è quello relativo al rispetto delle prescrizioni in tema di formulazione e presentazione delle offerte di gara, nonché delle ulteriori prescrizioni di carattere formale contenute nella *lex specialis*.

Questa seconda tipologia di clausole attiene, in generale, al momento *dinamico* della partecipazione alla gara ed è volto, in via ordinaria, a presidiare esigenze organizzative e gestionali dell'amministrazione procedente, assicurando omogeneità e speditezza nelle procedure.

Ebbene, in presenza di tale tipologia di clausole appare possibile procedere a un'attività di interpretazione ed applicazione in sede giurisdizionale ispirata a *criteri sostanzialistici* (anche perché, a ben vedere, le clausole in questione risultano prioritariamente finalizzate a tutelare interessi di carattere procedimentale dal lato dell'amministrazione procedente i quali mal si conciliano - nell'attuale evoluzione del procedimento e del processo amministrativo - con un'applicazione rigidamente formale dei relativi schemi concettuali).

E' noto al riguardo che la giurisprudenza (anche di appello) degli anni più recenti ha sempre più di frequente aderito a una lettura in chiave *sostanzialistica* delle clausole della *lex specialis* relative alle modalità formali di predisposizione delle offerte (purché la violazione in concreto riscontrata non risulti idonea ad alterare la *par condicio* fra i partecipanti, ovvero a ledere in concreto altri principi di carattere proconcorrenziale - si pensi alla recente giurisprudenza sulla tendenziale irrilevanza del c.d. 'falso innocuo -')<sup>8[8]</sup>.

In linea di massima, la giurisprudenza in questione non giustifica il proprio approccio in chiave di effettiva *disapplicazione* delle clausole escludenti previste dalla *lex specialis* di

---

<sup>7[7]</sup> Secondo Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6410, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 12/2007, p. 3453, «l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica deve essere disposta tutte le volte in cui non risulti osservata una clausola espressamente posta a pena di esclusione e, solo eccezionalmente, anche nel caso in cui tale previsione manchi, ove dal contesto della *lex specialis* di gara emerga con palese evidenza che il mancato rispetto di alcune clausole comporti, comunque ed inevitabilmente in ragione del loro contenuto, l'esclusione anche senza un'espressa previsione in tal senso».

<sup>8[8]</sup> E' stato affermato al riguardo che «agli effetti della esclusione di una impresa da una gara pubblica la falsa dichiarazione resa dalla stessa non rileva in sé, ma solo per la sua inerenza ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alla procedura comparativa, atteso che la ratio sottesa alla disciplina in subiecta materia è quella di sanzionare con l'esclusione dalla gara il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il suo svolgimento, e non il falso innocuo, costituito dalla incompleta indicazione dei soggetti titolari di cariche rilevanti nel triennio, ma non gravati da alcun precedente penale» (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2009, n. 829, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 2/2009, p. 451). Sul punto, v. anche Cons. Stato, VI, 8 luglio 2010, n. 4436, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 7-8/2010, p. 1587.

gara, ma afferma solitamente che la lettura in chiave *sostanzialistica* discende dall'individuazione –in sede interpretativa - dell'originaria *ratio* sottesa alla formulazione della clausola escludente e alla declinazione in concreto dell'assetto di interessi sotteso alla sua formulazione<sup>9[9]</sup>.

*Il terzo tipo* di clausola escludente è quello che plasma le modalità di formulazione delle offerte, funzionalizzandole all'esigenza di segretezza e di rispetto della *par condicio* fra i partecipanti alla gara (basti pensare alle prescrizioni – rilevanti nell'ambito della sentenza in commento – in tema di confezionamento dei plichi e di garanzia dell'anonimato dell'offerente).

Anche questa terza tipologia di clausole attiene, in generale, al momento *dinamico* della partecipazione alla gara, ma – al contrario della seconda – non è finalizzata alla tutela di interessi di carattere meramente *procedimentale ed organizzativo* propri dell'amministrazione procedente. Al contrario, essa risulta – più in generale – volta alla salvaguardia del comune interesse degli operatori economici a partecipare a gare caratterizzate da *fair competition* e trasparenza delle procedure (interesse, quest'ultimo, che nell'ottica comunitaria la quale ormai ammantava l'intera disciplina in tema di appalti, assurge di per sé a un carattere di generalità, sì da rendere di fatto subvalenti gli interessi meramente procedurali propri dell'amministrazione procedente)<sup>10[10]</sup>.

Al riguardo, un certo orientamento giurisprudenziale (cui la pronuncia in esame presta adesione) ritiene che l'operatività delle clausole della *lex specialis* in tema di predisposizione delle offerte *sub specie* di salvaguardia del principio di segretezza possa essere limitata o esclusa nelle ipotesi in cui il concreto svolgimento della procedura renda palese che la violazione del richiamato principio non si sia nei fatti verificata (in tali casi, il Giudice potrebbe definire la vicenda conferendo rilievo prevalente al principio del *favor participationis* e della sanabilità delle irregolarità solo formali)<sup>11[11]</sup>.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, il punto nodale della questione è che la richiamata lettura in chiave sostanzialistica appare ben possibile nel solo caso delle clausole escludenti volte a tutelare interessi di carattere meramente procedimentale, mentre la medesima operazione appare ben più ardua nell'ipotesi di clausole la cui portata vincolistica risulti *ex se* giustificata dall'intento di prevenire il rischio stesso di alterazioni nella correttezza del confronto competitivo.

---

<sup>9[9]</sup> Secondo Cons. Stato, V, 30 giugno 2003, n. 3866 (in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, 2003, p. 1918), pur non potendosi revocare in dubbio la correttezza dell'*acquis* giurisprudenziale secondo cui l'amministrazione resta astretta dall'autovincolo imposto attraverso la previsione di clausole di carattere escludente (nei cui confronti non è ammessa la disapplicazione), nondimeno, nelle ipotesi in cui le prescrizioni contenute nel regolamento di gara si articolino in clausole tra loro antinomiche ed incoerenti, spetta, prima, all'amministrazione e poi – eventualmente - al Giudice operare una lettura del sistema di regole di riferimento che restituisca allo stesso razionalità ed utilità, in attuazione dei criteri ermeneutici dettati dagli art. 1362 ss., c.c. Sul punto, v. anche M. GIOVANNELLI, *Clausola del bando a pena di esclusione e regolamento complessivo della gara*, in: *Urbanistica e appalti*, fasc. 12/2003, p. 1447 e ss.

<sup>10[10]</sup> Secondo E. FOLLIERI (*I poteri del Giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in: *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4/2010, p. 1060 e segg.) nell'attuale fase di evoluzione della disciplina nazionale e comunitaria in tema di appalti pubblici, hanno ormai assunto carattere *pubblico* gli interessi connessi allo svolgimento delle gare i quali si appuntano in capo agli imprenditori e alla loro libertà di iniziativa economica nell'ambito del mercato unico. Secondo l'A., quindi, nell'attuale fase «*i concorrenti alla gara sono portatori di interessi che sono tutelati dalle norme ed assurgono al rango di interessi pubblici; sotto questo profilo non vi è distinzione tra la P.A. che gestisce la gara ed esercita il potere di scelta ed i destinatari dell'esercizio del potere: i loro interessi sono tutti tutelati dalle norme, come pubblici e in via primaria*». Sul punto, v. anche E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in: *Foro amm. T.A.R.*, fasc. 9/2004, p. 2757 e segg.

<sup>11[11]</sup> Anche in questo caso resta interamente valido il richiamo alla giurisprudenza richiamata *retro*, in nota (1).

D'altronde, la più recente giurisprudenza del Giudice amministrativo di appello<sup>12[12]</sup> ha riconosciuto uno statuto di maggior rigore alle regole procedurali di garanzia (in specie, ove assistite da espresse previsioni escludenti) rispetto alle ulteriori clausole finalizzate alla salvaguardia di interessi meramente procedurali<sup>13[13]</sup>.

Del resto, appare obiettivamente diverso il rischio di alterazione del corretto confronto competitivo connesso (ad es.) all'erronea o omessa dichiarazione circa il possesso di un requisito di partecipazione (comunque sussistente), rispetto al rischio connesso alla violazione di regole sulla presentazione delle offerte la quale avrebbe potuto comportarne la conoscibilità e alterarne la segretezza (pur se ciò non sia in concreto avvenuto).

Pertanto, appare arduo dal punto di vista sistematico assoggettare entrambe le ipotesi alle medesime conseguenze in punto di sanabilità della violazione.

In particolare, si ritiene che la scelta di assoggettare anche la seconda tipologia di violazioni al generale principio di sanabilità delle irregolarità soltanto formali determini almeno due conseguenze critiche:

- in primo luogo, tale scelta comporta che la clausola escludente opererà nei fatti *secundum eventum*, in relazione agli esiti (svolti *ex post* e in relazione ai corretti accadimenti storici) connessi alla violazione delle regole in materia di segretezza delle offerte;
- in secondo luogo, la richiamata opzione determina – a ben vedere – il venir meno della stessa figura della 'clausola escludente' (intesa come categoria autonoma), sostituita dal diverso novero di *clausole solo potenzialmente escludenti*, prive dell'idoneità a regolare la fattispecie sulla base di un rilievo squisitamente oggettivo.

Concludendo sul punto, ad avviso di chi scrive appare preferibile l'opzione interpretativa la quale, in presenza di clausole della *lex specialis* finalizzate a garantire in massimo grado la segretezza delle offerte (ovvero altri interessi di carattere proconcorrenziale), nega la possibilità di fornire delle stesse una lettura in chiave sostanzialistica, ovvero di assoggettarne l'applicazione concreta a un previo giudizio circa l'effettiva idoneità a ledere gli interessi pubblici sottesi alla relativa formulazione.

#### *4. La questione della disapplicabilità delle clausole del bando: un revirement da parte dei Giudici di Palazzo Spada?*

Il secondo aspetto di indubbio interesse sistematico della pronuncia in questione è costituito dal passaggio in cui i Giudici di appello affermano che la riammissione alla gara dell'impresa già esclusa in applicazione di una clausola di carattere escludente non possa dirsi precluso dalla mancata tempestiva impugnativa della clausola in questione, «*essendosi accettato unanimemente il principio della disapplicabilità delle disposizioni di natura regolamentare da parte del giudice amministrativo, ove ciò risulti necessario ai fini di giustizia, nei casi in cui sia mancata la relativa impugnazione*».

---

<sup>12[12]</sup> I Giudici di Palazzo Spada hanno recentemente affermato che «*le regole procedurali di garanzia, una volta fissate nella lex specialis di gara e presidiate dall'espressa clausola di esclusione in caso di inosservanza, assumono valenza ex se, nel senso che è sufficiente dimostrare la loro violazione formale perché alle stesse debba essere riconosciuta la portata precettiva e sanzionatoria di cui sono capaci. In altri termini, non è necessario che risulti provato (né da parte dei soggetti interessati, né da parte dell'Amministrazione) che si sono in concreto verificate quelle conseguenze pregiudizievoli per scongiurare le quali soltanto la regola è stata imposta all'osservanza di tutti i concorrenti*» (Cons. Stato, V, 6 luglio 2010, n. 4295, in: *Foro amm. Cons. Stato*, fasc. 7-8/09, p. 4295).

<sup>13[13]</sup> Sul punto, v. S. BACCARINI, *Clausole 'non escludenti' dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in: [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Sul punto, v. anche R. VILLATA, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?*, in *Dir. proc. Amm.*, 1999, p. 912 e ss.

Almeno ad una prima lettura, sembrerebbe che la pronuncia in esame abbia operato un *revirement* in ordine all'orientamento giurisprudenziale (che può dirsi pacifico almeno all'indomani della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003)<sup>14[14]</sup> il quale nega la possibilità per il G.A. di disapplicare le clausole del bando di gara le quali non abbiano costituito oggetto di tempestiva impugnativa, negando – in particolare – che alla *lex specialis* di gara possa estendersi un istituto (quello della disapplicazione, appunto) inizialmente plasmato con esclusivo riferimento ad atti di carattere normativo, quali i regolamenti<sup>15[15]</sup>.

Ebbene, anche se una compiuta disamina circa l'istituto della disapplicazione del bando di gara esula dai limiti del presente contributo, si ritiene – tuttavia – di ripercorrere in estrema sintesi i passaggi salienti dell'evoluzione giurisprudenziale che la materia ha conosciuto negli ultimi venti anni circa, per poi concludere che – a ben vedere – la pronuncia in esame non ha apportato alle acquisizioni correnti in *subjecta materia* alcuna effettiva innovazione o deroga di sorta.

Prendendo le mosse dalla questione della disapplicazione dei regolamenti, è noto che, con la pronuncia n. 154 del 1992<sup>16[16]</sup> il Consiglio di Stato operò un parziale *revirement* rispetto al tradizionale orientamento (che rinveniva dalla risalente pronuncia n. 500 del 1948) ed affermò che, in talune ipotesi, i regolamenti c.d. di *volizione preliminare* fossero passibili di disapplicazione in sede giudiziale.

La posizione in tal modo espressa dai Giudici di Palazzo Spada prendeva le mosse, sotto il profilo sistematico, dal carattere *normativo* delle disposizioni regolamentari e dalla complessiva incongruenza di un modello sistematico il quale ammette la disapplicazione delle norme di legge contrastanti con i dettami costituzionali e comunitari, ma nega di fare ricorso alla medesima figura nel caso delle norme di regolamento<sup>17[17]</sup>.

---

<sup>14[14]</sup> In: *Dir.proc. amm.*, fasc. 3/03, p. 792 (Con nota di L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*); *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc.1/2003, p. 66 (con nota di P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*); *Urbanistica e appalti*, fasc. 5/2003, p. 547 (con nota di F.MARTINELLI, *L'Adunanza plenaria interviene in materia di impugnazione diretta dei bandi di gara*); *Riv. amm.va Rep. It.*, 2003, p. 125.

<sup>15[15]</sup> Fra i numerosissimi contributi in tema di disapplicazione regolamentare (e senza alcuna pretesa di esaustività), ci si limiterà qui a richiamare: E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in: *Giur. It.*, fasc. 1/93, p. 10, ss.; L. CARBONE, *Disapplicazione di un regolamento da parte del Giudice amministrativo*, in: *Giorn. Dir. amm.*, fasc. 1/1996, p. 49; L. CARBONE, *Appalti pubblici e disapplicazione di norme regolamentari*, in: *Giorn. Dir. Amm.*, fasc. 5/1999, p. 446, ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2004, p. 214, ss.

<sup>16[16]</sup> In: *Foro amm.vo*, 1993, p. 466, ss., con nota di S. BACCARINI; *Cons. Stato*, 1992, I, p. 250; *Giust. Civ.*, 1992, I, 1380.

<sup>17[17]</sup> Si ritiene opportuno riportare il passaggio-chiave della pronuncia in questione. Secondo il Giudice di appello, in particolare, «*inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte ad un'altra l'idoneità dell'atto maggiore a determinare l'abrogazione delle norme di minor forza (oltre che di quelle di pari rango) che racchiudano precetti incompatibili. Per converso, ogni ordinamento non può non prevedere altresì un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che sopraggiungano ed urtino contro precetti poziori dell'ordinamento medesimo.*

*Per l'atto avente forza di legge il meccanismo, nel nostro ordinamento, è dato dall'invalidazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità. Per l'atto normativo emanato dalla Pubblica amministrazione il meccanismo è rappresentato, innanzi al giudice civile e penale, dalla disapplicazione dell'atto stesso, anche se le parti non controvertano sul punto.*

*Ma se si tratta di un atto di normazione secondaria, e se quindi per esso possano valere criteri analoghi a quelli recepiti in qualunque caso di concorso di norme, fra loro contrastanti pur se idonee in astratto a regolare la medesima fattispecie, deve proporsi identica soluzione ove quell'atto (di normazione secondaria) sia in conflitto con un atto di normazione primaria e non sia oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo.*

*Ne consegue che, qualora la norma primaria preesista all'atto amministrativo a contenuto normativo, questo deve essere considerato non idoneo, a causa della maggior forza della norma primaria, ad innovare sulle statuizioni da essa recate. Anche nei giudizi amministrativi, quindi, l'atto regolamentare sarà inapplicabile, come qualsiasi atto legislativo altrettanto inidoneo a regolare la fattispecie.*

E' altresì noto che, sul finire degli anni novanta del Novecento, parte della giurisprudenza di primo grado aveva ritenuto possibile estendere l'*acquis* giurisprudenziale in tema di disapplicazione normativa anche alla materia dei bandi di gara e di concorso, in tal modo suggerendo di superare il consolidato orientamento negatorio di siffatta possibilità<sup>18[18]</sup>.

Sotto il profilo concettuale, l'approccio in questione si fondava sul ritenuto carattere *normativo* delle previsioni del bando inditivo (tradizionalmente e significativamente denominato *lex specialis* della procedura), con la conseguenza di legittimare l'estensione alla materia dei bandi delle proposizioni dettate con riguardo alla materia dei regolamenti propriamente detti.

Ancora, è noto che i tentativi in tal modo operati dalla giurisprudenza di primo grado furono prontamente sconfessati dal Giudice amministrativo di appello, il quale confermò il tradizionale orientamento secondo cui il bando di gara costituisce tipica estrinsecazione di volontà provvedimentale (e in quanto tale resta privo di alcuna forza normativa). Conseguentemente, il Consiglio di Stato confermò il tradizionale principio secondo cui il bando di gara deve essere fatto oggetto di tempestiva impugnativa laddove rechi prescrizioni immediatamente lesive della sfera giuridica dei destinatari e che esso non sia suscettibile di successiva disapplicazione<sup>19[19]</sup>.

L'approccio in questione può considerarsi ormai pacifico nella giurisprudenza amministrativa, la quale ha icasticamente affermato al riguardo che «*in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una gara, il ricorrente non può chiedere la disapplicazione di una clausola del bando, essendo il sistema di giustizia amministrativa imperniato sulla regola della impugnabilità dei provvedimenti lesivi, e non della loro disapplicazione*»<sup>20[20]</sup>.

Ai limitati fini che qui rilevano (e pur nella consapevolezza che una compiuta disamina sul punto richiederebbe uno spazio sistematico ben maggiore di quello proprio del presente contributo), si osserva che la giurisprudenza nazionale ha, altresì, respinto la tentazione di portare alle estreme conseguenze sistematiche la pronuncia della Corte di Giustizia CE sul caso *Santex* del febbraio 2003 (la quale aveva ammesso, a talune condizioni, la disapplicazione delle prescrizioni del bando non tempestivamente impugnate)<sup>21[21]</sup>.

Al contrario, i Giudici di Palazzo Spada hanno – ancora in tempi recenti – ribadito il principio secondo cui l'illegittimità *de jure communitario* degli atti disciplinanti le pubbliche gare resta assoggettata all'ordinario regime delle illegittimità di diritto interno, con la

---

*In tal modo - senza violare i principi che informano il processo amministrativo e sulla falsariga di quanto avviene per gli atti di normazione primaria per mezzo del sindacato di costituzionalità - al giudice amministrativo è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa».*

<sup>18[18]</sup> Sul punto, v. – in particolare – TAR Lombardia, Sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, in: *Urbanistica e appalti*, 1997, p. 1138, con nota di CRISAFULLI; *id.*, Sez. III, 5 giugno 1997, n. 900; T.A.R. Calabria –Catanzaro, 22 dicembre 1997, n. 777.

<sup>19[19]</sup> Si segnala, in particolare: Cons. Stato, IV, 27 agosto 1998, n. 568 (in: *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 530, con nota di CRISAFULLI), secondo cui «*le prescrizioni di un bando di gara pubblica, ancorché illegittime, non sono disapplicabili dal giudice amministrativo, rilevato che si tratta di manifestazioni di volontà provvedimentale, non riconducibili ad atto regolamentare o, comunque normativo, e immediatamente impugnabili qualora contengano prescrizioni suscettibili di arrecare una lesione diretta e immediata*». Sul punto (e in senso analogo), v. anche: Cons. Stato, V, 17 dicembre 1991, n. 1369; *id.*, V, 15 giugno 2001, n. 3187.

<sup>20[20]</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5370, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, 2004, p. 2271.

<sup>21[21]</sup> Corte di Giustizia delle CE, sentenza in causa C-327/00, in: *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, fasc. 3-4/2003, con nota di C. LEONE, *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di Giustizia*. Sul punto, v. anche: *Foro amm.vo Cons. Stato*, 2003, p. 424; *Foro it.*, 2003, IV, p. 474, ss. (con nota di G. FERRARI).

conseguenza che non possa disporsi la disapplicazione in sede giurisdizionale del bando<sup>22[22]</sup>.

Non sono mancati in tempi recenti tentativi (svolti per lo più in sede dottrinale) di revocare in dubbio il richiamato *acquis* giurisprudenziale, affermando comunque la possibilità di procedere alla disapplicazione dei bandi di gara e di concorso.

Un primo tentativo in tal senso è stato fondato sul principio di *legalità in senso sostanziale* e sulla necessità di adattare le forme di tutela processuale al principio di necessaria prevalenza delle norme sovraordinate rispetto agli atti secondari in contrasto con esse<sup>23[23]</sup>.

Si è, tuttavia, obiettato che la tesi in questione muove ancora una volta dal presupposto concettuale (ormai da ritenersi superato) volto a riconoscere valenza normativa alle previsioni del bando di gara.

Un secondo tentativo nel medesimo senso<sup>24[24]</sup> è stato fondato sull'affermazione secondo cui, pur non potendosi affermare in via generale il riconoscimento del carattere normativo in capo *a tutte* le prescrizioni del bando di gara, tuttavia, *ad alcune almeno* fra tali previsioni dovrebbe essere riconosciuto il carattere della generalità e dell'astrattezza<sup>25[25]</sup>, sì da consentire nei confronti di tali clausole – e di esse soltanto – l'operatività del meccanismo della disapplicazione regolamentare.

Si è, tuttavia, osservato sul punto che altra cosa è la reiterata inclusione di determinate clausole nell'ambito dei diversi bandi di gara indetti da un'amministrazione (clausole che, nel corso del tempo, possono assumere il carattere della trattatività), mentre ben altra cosa è l'attribuzione alle medesime clausole di un carattere effettivamente normativo. Ed infatti, la sommatoria e la reiterazione di numerose (e conformi) statuizioni puntuali non risulta per ciò stesso idonea ad assurgere al crisma della *generalità* e *dell'astrattezza* proprio degli atti *stricto sensu* normativi.

Concludendo la breve disamina sin qui svolta si osserva che costituisce ormai consolidata acquisizione giurisprudenziale quella che nega qualunque carattere normativo alle clausole dei bandi di gara e che, conseguentemente, nega la possibilità di invocare in relazione a tale tipologia di atti l'operare del meccanismo della disapplicazione regolamentare.

Occorre, a questo punto, domandarsi se la pronuncia in questione abbia inteso operare una sorta di *revirement* in relazione alle acquisizioni giurisprudenziali appena richiamate.

Si ritiene, a questo punto, di richiamare *de extenso* il passaggio rilevante della sentenza in esame.

---

<sup>22[22]</sup> Secondo Cons. Stato, VI, 30 settembre 2008, n. 4699 (in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 9/2008, p. 2516) «il bando di gara non ha valenza regolamentare ma integra l'ipotesi di atto generale, facendo da tale qualificazione discendere la conseguenza che, a prescindere dal tipo di illegittimità (nazionale o comunitaria), il bando di concorso non può essere mai disapplicato, sussistendo nei suoi confronti esclusivamente l'onere di immediata impugnazione quando esso arrechi un'immediata lesione, per i contenuti concernenti i requisiti di partecipazione, tali da precludere ex ante la proposizione, con esito favorevole, della domanda di ammissione».

<sup>23[23]</sup> C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, p. 1076 e segg. Sul punto, v. anche A. GASPARI, *I poteri di disapplicazione del giudice amministrativo e dell'autorità amministrativa tra il nuovo e l'antico*, in: [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), p. 9

<sup>24[24]</sup> I. ZINGALES, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con la normativa primaria e con il principio di proporzionalità (nota a TAR Lombardia – Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922)*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2457.

<sup>25[25]</sup> Si tratterebbe, in particolare, «[delle] statuizioni che, disciplinando elementi intrinsecamente suscettibili di normazione primaria o secondaria, quali ad esempio i requisiti soggettivi ed oggettivi di ammissione a determinati tipi di gara, invece, posseggono oltre al carattere della novità, il carattere della astrattezza e generalità tipica degli atti regolamentari ed adempiono quindi ad una funzione costitutiva dell'ordinamento e che, conseguentemente, sono suscettibili di applicazione indefinita nel tempo, di guisa che normalmente vengono reinserite nei successivi ed analoghi bandi di gara».

Dopo aver richiamato i passaggi salienti della vicenda fattuale sottesa (il concorrente cui era stata inizialmente aggiudicata la gara e che era stato poi escluso per carenza di un requisito di partecipazione aveva in seguito chiesto – ed ottenuto – che l’Amministrazione ritirasse in autotutela la determinazione espulsiva), i Giudici di Palazzo Spada osservano che, in tale ipotesi, *«non avrebbe potuto fondatamente negarsi il potere della stessa commissione di riesaminare, nell'esercizio del proprio potere di autotutela, il procedimento di gara già espletato, anche riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, pure in relazione all'eventuale illegittima ammissione od esclusione di un'impresa concorrente (cfr. C.S., sezione V, dec. 12 novembre 2009 n. 7042)»*.

Al riguardo, i Giudici di appello osservano che la richiamata determinazione *«non avrebbe potuto ritenersi impedit[a] dalla circostanza della mancata impugnazione della discussa clausola del bando, tenuto conto del fatto che quest'ultimo costituisce uno strumento e non un fine, per cui deve farsene un uso razionalmente preordinato al perseguimento dei fini pubblici commessi alla p.a., per cui l'assenza di danni per chicchessia esclude che possa ipotizzarsi un divieto d'interpretazione nel senso più sopra esposto, essendosi accettato unanimemente il principio della disapplicabilità delle disposizioni di natura regolamentare da parte del giudice amministrativo, ove ciò risulti necessario ai fini di giustizia, nei casi in cui sia mancata la relativa impugnazione»*.

Ad avviso di chi scrive, i richiamati passaggi motivazionali non legittimano una lettura tale per cui la pronuncia in esame avrebbe inteso revocare indubbio il tradizionale orientamento negatorio della possibilità di procedere a forme di disapplicazione (normativa) del bando di gara.

Al contrario, sembra che la sentenza in questione abbia inteso prestare puntuale adesione all’orientamento secondo cui le prescrizioni contenute nella *lex specialis* vincolano non soltanto i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, la quale non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela<sup>26[26]</sup>.

Ebbene, nel caso di specie la determinazione dell’amministrazione non era consistita nella disapplicazione di una prescrizione di gara *aliunde* vincolante, ma si era tradotta nell’individuazione ed annullamento in autotutela (ad un tempo) della prescrizione – illegittimamente – espulsiva e dell’atto che di tale prescrizione aveva fatto coerente applicazione.

Conseguentemente, il riferimento che il Collegio opera al (diverso) principio della disapplicazione regolamentare non sembra riferito all’operato concreto dell’amministrazione aggiudicatrice (la quale non aveva disapplicato gli atti illegittimi, ma li aveva annullati in autotutela), ma sembra piuttosto finalizzata a tracciare un ideale – e, in parte, implicito - parallelismo sistematico fra il rimedio invocabile a fronte di prescrizioni regolamentari non tempestivamente impuginate (la disapplicazione) e quello invocabile a fronte di clausole di bando immediatamente lesive e, allo stesso modo, non tempestivamente impuginate (l’annullamento in sede di autotutela).

Sotto tale aspetto, quindi (e nonostante la non agevole formulazione dei passaggi argomentativi della decisione che, per la complessità delle questioni sottese, richiede un particolare sforzo di lettura), si ritiene che la pronuncia in epigrafe non segni in alcun modo un nuovo capitolo nell’evoluzione della materia della disapplicazione dei bandi di gara, ma si

---

<sup>26[26]</sup> L’orientamento in questione può ormai considerarsi pacifico. Sul punto (e a mero titolo esemplificativo), si citeranno: Cons. Stato, V, 7 settembre 2010, n. 7217, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 9/2010, p. 1884; *id.*, V, 7 settembre 2010, n. 6485, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 9/2010, p. 1834; *id.*, V, 2 agosto 2010, n. 5075, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 7-8/2010, p. 1491; *id.*, V, 22 marzo 2010, n. 1652, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 3/2010, p. 614; *id.*, V, 12 dicembre 2009, n. 7792, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 12/2009, p. 2847.

ponga – piuttosto – sul solco di un consolidato orientamento dal quale, invero, non sussistono allo stato effettive ragioni sistematiche per discostarsi.

---