

Con sentenza n. 766 del 31 gennaio 2025, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha ribadito che si può configurare un onere (e, di converso, la giuridica possibilità) di immediata impugnazione del bando di gara soltanto nelle eccezionali ipotesi in cui la *lex specialis* sia idonea a cagionare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato (ex *pluribus*, Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2024, n. 1146). In particolare, muovendo dalla decisione n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente individuato le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara, così definendo – di converso – la fisionomia delle c.d. clausole escludenti, ossia di quelle previsioni della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla stessa possibilità dell'operatore economico già solo di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale, senza cioè bisogno di ulteriori atti applicativi, con conseguente onere dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale di legge.

Ricadono, in particolare, nel novero delle ipotesi suscettibili di immediata impugnazione i casi di: 1) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato, Ad. plen. 26 aprile 2018, n. 4); 2) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. 11 giugno 2001, n. 3); 3) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); 4) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso ed obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; III, 23 gennaio 2015, n. 293); 5) clausole impositive di obblighi *contra ius* (Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); 6) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (ad esempio quelli relativi a numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi ed anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (ad esempio quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti); 7) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Al fine di ricondurre o meno le singole ipotesi concrete oggetto di vertenza alla suddetta casistica occorre tener conto del criterio chiaramente indicato dall'organo nomofilattico, in ragione del quale *"il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo"* (Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2018, cit.). In estrema sintesi, devono ritenersi immediatamente impugnabili solamente le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta (in particolare, quelle concernenti i requisiti di partecipazione – aventi l'effetto di impedire ab origine la partecipazione alla gara degli operatori economici che ne siano privi – e quelle che determinino l'impossibilità di formulare un'offerta consapevole e competitiva). Rientrano tra le clausole "immediatamente escludenti" quelle che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile soddisfazione o del tutto spropositati, ai bandi gravemente carenti o errati nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta tecnica o economica; al riguardo, per potersi definire "immediatamente escludente" (e, per l'effetto, autonomamente impugnabile anche in difetto di infruttuosa partecipazione alla gara), *"la previsione della lex specialis deve porre con immediata ed oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore "medio" di formulare un'offerta economicamente sostenibile (ossia astrattamente idonea a produrre – pur nella normale alea contrattuale – un utile derivante dall'esecuzione del contratto)"* (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1736).



# L'onere di immediata impugnazione del bando di gara: le clausole immediatamente escludenti

Diritto amministrativo Processo amministrativo

Valerio de Gioia

31 | 01 | 2025