

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*
Codice degli appalti e *procurement*
Prof.ssa Bianca Nicla Romano
A.A. 2022-2023

Il bando di gara

Il BANDO di GARA

È necessario precisare preliminarmente cosa sia un bando.

Si tratta dello strumento che consente l'indizione della procedura di scelta del contraente, adottato da una stazione appaltante che intenda aggiudicare un contratto pubblico.

Diversamente dalla determina a contrarre, esso è un atto amministrativo di natura generale a **rilevanza esterna**, con il quale la stazione appaltante rende nota agli operatori economici la propria volontà di pervenire alla conclusione del contratto.

Il BANDO di GARA

I bandi di gara sono disciplinati dall'art. 71 del Codice e devono contenere le informazioni da esso previste (Allegato XIV, Parte I, lett. C), tra cui, in particolare:

- Tipo di amministrazione aggiudicatrice e principale attività esercitata;
- Descrizione dell'appalto (natura ed entità dei lavori; natura e quantità o valore delle forniture; natura ed entità dei servizi);
- Ordine di grandezza totale stimato dell'appalto;
- Tempi di consegna o di fornitura di beni, lavori o servizi e, per quanto possibile, durata del contratto;
- Condizioni di partecipazione;

Il BANDO di GARA

- Tipo di procedura di aggiudicazione (con eventuale motivazione del ricorso alla procedura accelerata, in caso di procedure aperte e ristrette e di procedure competitive con negoziazione);
- Criteri di aggiudicazione dell'appalto;
- Termine ultimo per la ricezione delle offerte (procedure aperte) o delle domande di partecipazione (procedure ristrette e procedure competitive con negoziazione, dialogo competitivo, partenariati per l'innovazione);
- Indirizzo al quale trasmettere le offerte o le domande di partecipazione;
- Precisazioni dei termini per la proposizione del ricorso o riferimenti del servizio presso il quale richiedere tali informazioni.

Il BANDO di GARA

Il bando deve contenere, inoltre, il riferimento ai criteri minimi di sostenibilità energetica e ambientale (CAM) adottati con decreto del Ministro dell'ambiente, anche a fini di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Esso è il documento al quale la stazione appaltante fa riferimento per descrivere e determinare gli elementi dell'appalto o della procedura di gara, in quanto tutte le procedure di scelta del contraente sono indette con l'adozione di un bando di gara, salvo i limitati casi in cui il Codice dei Contratti preveda la facoltà di indire la gara mediante avviso di preinformazione.

Il BANDO di GARA

Il bando di gara e gli altri documenti predisposti dalla stazione appaltante (disciplinare, capitolato, allegati) formano la c.d. *lex specialis* della gara, cioè l'insieme delle regole e delle prescrizioni che disciplinano una determinata procedura di gara.

I bandi di gara sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'ANAC, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46 comma 1-*bis* del D.Lgs. 163/2006 (Codice Appalti).

Il BANDO di GARA

Nella pubblicazione del bando di gara si rinviano i dettagli agli allegati, che sono il **disciplinare** e il **capitolato**.

Il **disciplinare** è l'allegato più importante perché dal contenuto più corposo nel quale si evidenziano il tipo di procedura ed altre disposizioni che possono variare di volta in volta, in funzione del tipo di appalto e necessità dipendenti dall'oggetto contrattuale.

In qualità di documento complesso che descrive i particolari della gara che il concorrente deve rispettare e che richiama le norme del Codice, il Disciplinare indica le norme in merito alle modalità di partecipazione dei concorrenti e le regole di compilazione. Attraverso di esso, l'ente appaltante fornisce le istruzioni in merito ai documenti che bisogna consegnare insieme all'offerta, ai termini ed alle modalità di presentazione.

Il BANDO di GARA

Il **capitolato**, invece, è un documento tecnico, generalmente allegato ad un contratto di appalto, che serve a definire le regole del rapporto tra il committente e l'appaltatore. Esso descrive in maniera dettagliata tutti i bisogni a cui l'opera, il servizio o la fornitura prestata dall'appaltatore deve rispondere e contiene

- il dettaglio delle opere;
- le modalità realizzative;
- i materiali che dovranno essere utilizzati;
- i requisiti per la corretta esecuzione.

Il BANDO di GARA

La giurisprudenza amministrativa è orientata a sostenere che il bando, il disciplinare ed il capitolato hanno differenti funzioni ed una propria autonomia:

- Il bando di gara fissa le regole;
- Il disciplinare specifica il procedimento di gara;
- Il capitolato speciale integra gli aspetti tecnici.

Essa ammette una gerarchia tra tali documenti di gara, con prevalenza del contenuto del bando, mentre le altre disposizioni contenute negli altri due documenti possono solo integrare e **non modificare** il contenuto del bando (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4684/2015).

Il BANDO di GARA

La stazione appaltante comincia, solitamente, una gara d'appalto con la pubblicazione del bando di gara da essa predisposto.

Esso si basa su modelli (chiamati bandi tipo), approvati dalle autorità, dopo consultazione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le categorie professionali interessate.

Seppur si discuta da tempo di eliminare l'obbligo di pubblicare il bando di gara sui quotidiani nazionali, data la sempre più crescente informatizzazione, a oggi un bando di gara deve essere pubblicato:

- sulla piattaforma *online* dell'ANAC;
- sotto forma di estratto su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno a maggiore diffusione locale nel luogo in cui si eseguono i contratti.

Il BANDO di GARA

Nel caso di importi superiori alle soglie comunitarie, il bando di gara prevede la pubblicazione per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale.

Inoltre, nel caso di progetti rilevanti in ambito europeo tutte le informazioni devono essere inviate alla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, che pubblica poi il bando di gara su TED (*Tenders Electronic Daily*, un proprio portale *online* per i progetti pubblici europei).

L'art. 72 prevede che gli avvisi e i bandi, contenenti le informazioni indicate nell'allegato XIV, «*nel formato di modelli di formulari, compresi i modelli di formulari per le rettifiche, sono redatti e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per via elettronica e pubblicati conformemente all'allegato V*».

Il BANDO di GARA

Essi sono pubblicati entro **cinque giorni** dalla loro trasmissione, salve le disposizioni sulla loro pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

La conferma della ricezione dell'avviso e della pubblicazione dell'informazione trasmessa, con menzione della data della pubblicazione rilasciata alla stazione appaltante dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea vale come prova della pubblicazione.

Il comma 4 di tale articolo prevede, inoltre, che gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di *e-procurement*.

Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC.

Il BANDO di GARA

Insomma, tra gli istituti che caratterizzano la procedura di affidamento di gare pubbliche, il cd. “bando di gara” assume una indiscussa rilevanza, attesa la sua idoneità a dettare i requisiti e le modalità di partecipazione alla competizione pubblica, nonché ogni altra informazione necessaria a tale scopo.

Fine precipuo del bando di gara, infatti, è quello di indicare la “*lex specialis*” della procedura di affidamento, capace di derogare alla disciplina contenuta nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, avente quindi carattere sussidiario rispetto a quanto prescritto da bandi o avvisi di gara.

Il BANDO di GARA

Si colloca temporalmente tra il momento di emanazione della delibera a contrarre e quello dell'aggiudicazione, e tramite esso l'Amministrazione **palesa chiaramente e definitivamente la volontà di negoziare e addivenire alla stipula contrattuale**, a seguito della selezione e dell'individuazione del miglior offerente.

Tale selezione avviene secondo regole e modalità di accesso che è proprio il bando a rendere note ai concorrenti attraverso clausole che devono essere caratterizzate dalla chiarezza e dalla inequivocità.

Ciò posto, la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che le clausole equivoche o oscure predisposte in sede di bando vadano interpretate nel modo più idoneo a garantire l'affidamento in buona fede dei concorrenti nonché la più vasta partecipazione possibile, in ossequio ai principi comunitari a cui si ispirano le nuove norme codicistiche, a seguito del recepimento delle direttive 2014/23 UE, 2014/24 UE e 2014/25 UE.

Il BANDO di GARA: Natura giuridica

La dottrina è divisa tra chi intende attribuire al bando di gara connotati negoziali e chi, invece, vi ravvisa una maggiore impronta pubblicistica.

Più specificamente, i sostenitori della tesi privatistica sostengono che il bando di gara si risolva in un'offerta al pubblico, o meglio, più precisamente, in un invito a offrire, atteso che la mancanza dell'elemento essenziale costituito dal prezzo renda tale istituto insuscettibile di rappresentare una proposta contrattuale.

Al contrario, i sostenitori della tesi pubblicistica si dividono tra chi attribuisce al bando natura normativa e chi, invece, lo considera un provvedimento amministrativo.

Nel primo caso esso sarebbe passibile di disapplicazione, al pari di ogni altro atto normativo, nel secondo sarebbe, invece, sottoponibile al normale regime impugnatorio previsto per gli atti amministrativi.

Il BANDO di GARA: Natura giuridica

Considerata la sua funzione, sembrerebbe di potersi affermare che il bando difetti, per sua natura, delle caratteristiche intrinseche degli atti normativi, quali la generalità, l'astrattezza, la capacità di innovare l'ordinamento giuridico.

Infatti, mentre l'atto normativo ha destinatari indeterminabili *ex ante* ed *ex post*, il bando consente la conoscibilità dei candidati posteriormente alla sua emanazione; inoltre, esso regola una determinata situazione e non è suscettibile di diversa e nuova ripetibilità ad altri casi (per i quali interverranno bandi di gara nuovi e diversi).

Ma, soprattutto, il bando di gara non mostra alcuna attitudine ad "innovare", attraverso le sue prescrizioni, l'ordinamento giuridico, né temporaneamente né stabilmente.

Il BANDO di GARA: L'impugnazione

In merito alla sua impugnazione, la giurisprudenza amministrativa - che considera il bando quale atto amministrativo e non atto normativo o negoziale - ritiene che, di regola, le clausole che compongono il bando, non dotate di una efficacia immediatamente lesiva, permettano allo stesso di essere impugnato solo all'esito della gara, insieme al provvedimento applicativo (cd. "impugnazione differita").

Infatti, solo con l'aggiudicazione la lesione del concorrente che si ritenga pregiudicato dal bando diventa da potenziale ad attuale e, prima di tale momento, la sua situazione giuridica non può essere tutelata da alcuno strumento demolitorio.

Il BANDO di GARA: L'impugnazione

Invece, risulta parimenti pacifico in giurisprudenza che possa essere suscettibile di immediata impugnazione il bando recante clausole lesive in maniera immediata dell'interesse del concorrente.

Si pensi, ad esempio, alla cd. "clausole immediatamente escludenti", le quali prescrivono determinati requisiti che conducono a una quasi certa esclusione dalla competizione, quale la cd. "clausola anti ATI sovrabbondante", che sanziona la formazione di raggruppamenti temporanei tra imprese di grosse dimensioni, già sufficienti a concorrere da sole, la cui unione, celando spesso un cd. "cartello", comporterebbe effetti distorsivi della concorrenza.

Tale clausola, in quanto immediatamente escludente, è da ritenersi pregiudizievole nella misura in cui non vengano analizzate e valutate le eventuali ragioni che giustifichino la formazione, ragionata, di una RTI tra imprese non medio – piccole.

Il BANDO di GARA: L'impugnazione

La giurisprudenza amministrativa, negli ultimi anni, ha considerato quali clausole immediatamente lesive contenute in un bando di gara quelle dirette a prescrivere oneri sproporzionati o ingiustificati per le imprese concorrenti, idonee ad escluderle quasi certamente dalla gara o a stabilire abbreviazioni eccessive e ingiustificate dei termini della procedura o che, più in generale, impediscono una piena e inconsapevole elaborazione dell'offerta.

Al contrario, generalmente, non sono ritenute immediatamente impugnabili le clausole recanti la composizione della commissione giudicatrice ovvero indicanti i criteri di valutazione dell'offerta, non ravvisandosi in esse potenzialità pregiudizievoli nei confronti dell'interesse legittimo a partecipare alla gara (dovendosi in tal caso attendere il provvedimento di esclusione dell'interessato ovvero di aggiudicazione della gara a diverso concorrente).

Il BANDO di GARA: Annullamento del bando e sorte degli atti successivi

Quanto alla sorte degli atti successivi della procedura, a seguito dell'annullamento del bando di gara immediatamente lesivo – se cioè l'annullamento del bando abbia effetto caducante o viziante su di essi - la giurisprudenza amministrativa dà risposta perlopiù unanime, propendendo per **l'efficacia caducante dell'annullamento** e la conseguente non necessità di impugnare ogni altro atto successivo alla procedura, poiché ciò risulterebbe ingiustificatamente oneroso e non risponderebbe a ragioni di economia processuale.

Il BANDO di GARA: Annullamento del bando e sorte degli atti successivi

Ciononostante, secondo il G.A., quand'anche l'annullamento del bando illegittimo avesse efficacia caducatoria sugli atti posteriori, ciò non esonererebbe comunque il ricorrente dall'impugnare anche l'atto finale della procedura.

Tale regola, invero, permette di tutelare, altresì, la posizione dei controinteressati che, altrimenti, rimarrebbero ingiustificatamente ed illegittimamente all'oscuro delle vicende processuali demolitorie che interessano un procedimento competitivo a cui hanno preso parte.

Secondo un indirizzo strettamente minoritario, invece, e che propende per la natura normativa del bando di gara, è necessario disapplicare – anziché impugnare – le clausole non immediatamente lesive del bando, congiuntamente all'impugnazione del provvedimento applicativo.

II BANDO TIPO

Tanto premesso, va, invece, chiarito cosa sia il bando tipo.

Si tratta di un modello di bando creato dall'ANAC in relazione sia ai contratti di lavori che ai contratti di servizi e forniture, al fine di omogenizzare i comportamenti delle stazioni appaltanti per ridurre in modo significativo le possibili incertezze interpretative e per una semplificazione dell'attività di predisposizione della documentazione di gara.

Esso deve necessariamente contenere un contenuto **prescrittivo vincolante** e un contenuto **prescrittivo discrezionale**.

Nel contenuto **prescrittivo vincolante** sono ricomprese le *clausole relative alle cause tassative di esclusione*, mentre nel contenuto **prescrittivo discrezionale** sono riferiti gli *aspetti della procedura che devono necessariamente essere regolamentati nella documentazione di gara*, ma per i quali residua - in capo alle stazioni appaltanti - un margine di discrezionalità nella definizione della relativa disciplina.

II BANDO TIPO

Ad esempio, nel 2020 L'ANAC ha predisposto un'attività di aggiornamento del Bando tipo n. 1, sulla scorta delle diverse modifiche introdotte al Codice ad opera, in particolare, del decreto legge n. 32/19 convertito in legge n. 55/19 e del decreto legge n. 76/20 convertito in legge 120/20. A tal fine, dopo aver emanato il Comunicato del Presidente del 23 ottobre 2019, nel quale erano indicate le modifiche normative intervenute che avevano un impatto sul Bando tipo n. 1, l'Autorità ha provveduto ad effettuare una valutazione di impatto della regolazione circa l'effettivo utilizzo del Bando tipo n.1 da parte delle stazioni appaltanti.

Gli esiti di tale valutazione sono stati riportati nella relativa Relazione VIR (verifica impatto regolatorio), pubblicata sul sito istituzionale il 5 ottobre 2020.

II BANDO TIPO

Le norme del Disciplinare tipo sono vincolanti per le stazioni appaltanti redigenti, fatte salve le parti appositamente indicate come “facoltative”, per le quali è espressamente consentita dal modello stesso una flessibilità applicativa.

Il modello proposto applica infatti disposizioni che – secondo la normativa vigente – devono essere obbligatoriamente presenti nella documentazione di gara, le quali rappresentano il contenuto necessario del disciplinare- tipo, ai sensi dell’articolo 71 del Codice e del relativo Allegato XII. Nei limitati casi in cui le stazioni appaltanti lo ritengano necessario, sono consentite eventuali deroghe alle disposizioni obbligatorie, purché non in contrasto con le norme di legge e purché adeguatamente sostenute da espressa motivazione nella delibera a contrarre (articolo 71, ultimo periodo, del Codice).

II BANDO TIPO

Le prescrizioni indicate come facoltative e/o alternative corrispondono alle diverse opzioni legittimamente ammesse dalla normativa: in questo caso, la scelta effettuata dalla stazione appaltante tra le diverse soluzioni consentite non costituisce una deroga al modello e quindi non richiede specifica motivazione.

Resta fermo che, una volta che la stazione appaltante abbia optato per una soluzione, tali prescrizioni vengono ad integrare il contenuto del disciplinare di gara e l'amministrazione sarà tenuta, nel corso della procedura, ad attenervisi senza possibilità di discostarsene, pena la violazione del principio di certezza e imparzialità dell'azione amministrativa e della par condicio dei concorrenti.

II BANDO TIPO

Il Disciplinare contempla precise e tassative cause di esclusione sulla base di quanto previsto dal Codice e dalle leggi vigenti, anche in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed evidenzia le stesse utilizzando l'espressa formula "a pena di esclusione".

L'inserimento nel Disciplinare di gara di ulteriori cause di esclusione, rispetto a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti, è sanzionato dal Codice con la **nullità della clausola stessa**, senza che sia inficiato l'intero atto (articolo 83, comma 8, ultimo periodo).

Tale norma prevede, infatti *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*. Le stazioni appaltanti, pertanto, devono avere cura di non incorrere nella previsione di cause nulle.

II BANDO TIPO

Il bando tipo, dunque, attraverso la previsione puntuale degli elementi che devono essere indicati dalle amministrazioni (dall'oggetto dell'appalto, alla sua durata, alla piattaforma telematica da utilizzare, alla terminologia da usare, ai requisiti, al Codice etico ed all'accesso agli atti, a titolo esemplificativo), fornisce una guida quanto più possibile esente da incertezze e promuove un'identificazione chiara delle clausole escludenti e della relativa sanabilità, alla luce del soccorso istruttorio, fermo restando che le circostanze del caso concreto potrebbero comportare una diversa declinazione delle fattispecie e dei rimedi connessi alle diverse carenze, irregolarità e omissioni.