

# I bandi di gara nelle procedure di evidenza pubblica e la eterointegrazione del bando non conforme a norme imperative

**Autore:**

**In:** Diritto amministrativo

**Sommario:** **1.** Introduzione: la distinzione tra atti normativi e atti amministrativi generali. **2.** I bandi di gara nelle procedure di evidenza pubblica. **3.** La eterointegrazione del bando di gara non conforme a norme imperative.

## 1. Introduzione: la distinzione tra atti normativi e atti amministrativi generali.

Nel nostro ordinamento, appare spesso problematica la definizione dei confini tra la categoria degli atti normativi e quella degli atti amministrativi generali, trattandosi entrambi di fonti provenienti dalla pubblica amministrazione e dirette, almeno inizialmente, a un numero indefinito di soggetti[1].

Diverse sono le teorie sviluppatesi in proposito. Secondo un primo orientamento, è necessario fare riferimento alla natura dell'atto, rinvenendo atti normativi solamente nei casi in cui sia possibile riscontrare una natura spiccatamente politica[2]. Un secondo orientamento si sofferma, invece, sulla qualificazione formale dell'atto[3], mentre un terzo orientamento, all'opposto, ritiene che sia necessario svolgere un'indagine sui profili sostanziali dell'atto[4].

Le differenze tra queste due tipologie di atti possono essere delineate, in realtà, attraverso un'attenta analisi delle caratteristiche proprie delle due diverse figure.

In particolare, gli atti normativi sono fonti secondarie idonee ad innovare l'ordinamento giuridico con effetti erga omnes[5]. Si tratta di atti soggettivamente amministrativi, in quanto emanati da una P.A., ma sostanzialmente normativi, perché caratterizzati da generalità, astrattezza e innovatività, elementi tipici delle fonti del diritto. Nello specifico, la generalità implica che i destinatari dell'atto normativo non siano determinabili nemmeno a posteriori, cioè a seguito dell'adozione dell'atto stesso. L'astrattezza consente che le disposizioni dell'atto normativo possano essere applicate a svariate ipotesi concrete che integrino gli estremi della fattispecie astratta. Infine, l'innovatività consiste nella possibilità di introdurre modifiche nell'ordinamento giuridico[6].

Gli atti amministrativi generali sono, invece, quegli atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, che si rivolgono a una pluralità di destinatari. L'indeterminabilità di tali soggetti opera solamente a priori, in quanto, successivamente all'adozione dell'atto amministrativo generale, è ben possibile individuare con precisione i singoli destinatari. A tali atti si applica la disciplina di cui alla l. 241/1990, seppur con alcune peculiarità, legate al fatto che, in un primo momento, gli atti de quibus non hanno specifici e predeterminati destinatari. In particolare, per tali atti non sono previsti né l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 l. 241/1990, né l'applicazione delle garanzie inerenti alla partecipazione al procedimento[7].

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, al fine di sottolineare le differenze tra le due tipologie di atti, si è soffermata proprio sul requisito dell'indeterminabilità dei destinatari, rilevando che i destinatari degli atti normativi non sono determinabili né a priori né a posteriori, mentre, con riferimento agli atti amministrativi generali, i destinatari degli stessi sono indeterminabili a priori, ma determinabili a posteriori[8].

L'ipotesi principale di atto normativo è costituita dai regolamenti, la cui disciplina è contenuta nella l. 400/1988[9], che ne riconosce diverse tipologie: regolamenti esecutivi, attuativi - integrativi, indipendenti, di delegificazione, organizzativi[10].

Tali atti non sono impugnabili davanti alla Corte Costituzionale, in quanto prevale la natura formalmente amministrativa degli stessi. In generale, si riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo, seppur con alcune peculiarità: si distingue, infatti, tra regolamenti volizione preliminare e regolamenti volizione azione. I primi dettano regole generali e astratte e possono essere impugnati solo congiuntamente all'atto applicativo; i secondi, all'apposto, prevedono disposizioni immediate e concrete e sono immediatamente impugnabili[11]. In ogni caso, l'annullamento dell'atto avente natura normativa ha effetti erga omnes e non solo inter partes.

## **Volume consigliato**

## **2. I bandi di gara nelle procedure di evidenza pubblica.**

Esempio tipico di atto amministrativo generale è il bando di gara, la cui adozione è prevista dall'art. 11 D. Lgs. 163/2006, quale fase delle procedure di evidenza pubblica. Il bando di gara viene definito *lex specialis* della procedura, in quanto stabilisce le regole che la stazione appaltante deve seguire nel corso della specifica procedura di evidenza pubblica[12].

Ci si è interrogati a lungo sulla natura giuridica dei bandi di gara. Nonostante qualche tentativo posto in essere dal TAR Lombardia e volto a qualificare i bandi di gara quali atti normativi[13], la tesi tradizionale,

ancora oggi prevalente, ritiene che tali atti presentino le caratteristiche proprie degli atti amministrativi generali[14]. Tale qualificazione comporta conseguenze rilevanti, in quanto il bando di gara potrà essere impugnato solo congiuntamente all'atto applicativo (per es. un atto di esclusione dalla procedura) e i termini per l'impugnazione stessa decorrono dall'adozione dell'atto applicativo de quo. A tale regola generale si affiancano delle eccezioni: sarà possibile procedere a una impugnazione immediata del bando nelle ipotesi di clausole escludenti illegittime o di clausole che impediscono la presentazione di un'offerta consapevole, trattandosi di prescrizioni immediatamente lesive[15].

Un'ulteriore eccezione si rinviene nel caso in cui un bando di gara si ponga in contrasto con una norma dell'UE: in linea generale, dovranno essere rispettate le norme processuali interne, salvo che l'applicazione delle stesse renda impossibile o eccessivamente difficile la tutela di posizioni giuridiche garantite a livello sovranazionale[16].

La giurisdizione sui vizi dei bandi di gara è affidata al giudice amministrativo, il quale si limita al cd. controllo estrinseco, stante l'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella determinazione delle clausole del bando stesso[17]. A tal proposito, appare opportuno evidenziare come tale discrezionalità sia stata in parte ridotta attraverso l'adozione, da parte dell'ANAC, di bandi-tipo, che fungono da modello per i bandi posti in essere dalle singole stazioni appaltanti[18].

La giurisprudenza amministrativa ha definito, nel tempo, i presupposti necessari ai fini della impugnazione dei bandi di gara, stabilendo in proposito che è necessario che si tratti di soggetti che hanno presentato domanda di partecipazione alla procedura e che non è possibile individuare controinteressati[19]. Tra l'altro, l'annullamento del bando di gara implica la caducazione automatica degli atti successivi, anche nell'ipotesi in cui gli stessi non siano stati impugnati[20].

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, ritiene non estendibile ai bandi di gara il riferimento alla disciplina della disapplicazione normativa, la quale è applicabile esclusivamente agli atti normativi e non invece ad atti, come i bandi di gara, che dettano regole per lo svolgimento di una singola procedura, ma che non rivestono il ruolo di fonte del diritto[21].

Problematica appare anche la definizione del regime di invalidità (nullità - annullabilità), applicabile alle clausole illegittime. A seguito dell'introduzione del c. 1 bis all'art. 46 D. Lgs. 163/2006, infatti, all'ordinario regime dell'annullabilità, anche in autotutela, delle clausole invalide, si è affiancata la previsione della nullità, per le ipotesi di violazione del principio di tassatività[22].

### **3. La eterointegrazione del bando di gara non conforme a norme imperative.**

Un'ulteriore peculiarità della disciplina riguardante i bandi di gara attiene ai casi di cd. eterointegrazione degli stessi[23]. Si tratta di un fenomeno nato per rimediare alle problematiche che sorgevano quando il bando di gara ometteva di riprodurre una o più norme di legge, soprattutto in materia di oneri per la sicurezza aziendale[24]. Sul punto, le disposizioni del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro vanno coordinate con le specifiche previsioni del codice dei contratti pubblici.

In proposito, all'interno della giurisprudenza amministrativa, si sono sviluppati diversi orientamenti. In alcune pronunce, il Consiglio di Stato prova a risolvere la questione individuando la categoria delle norme imperative di ordine pubblico, idonee a integrare il bando ex artt. 1419 e 1339 c.c., solamente in riferimento agli appalti di forniture e servizi[25]. In altre decisioni, invece, il Consiglio di Stato si mostra parzialmente o totalmente contrario alla possibilità di ricorrere al fenomeno della eterointegrazione, rilevando che il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. è applicabile quando occorra conformare il contenuto di obbligazioni e di diritti, nascenti da contratti già conclusi, con esigenze di ordine imperativo che non rientrano nella disponibilità dei contraenti[26].

E' intervenuta, sul punto, l'Adunanza Plenaria, la quale non solo ha ritenuto ammissibile e legittimo il ricorso alla eterointegrazione del bando non conforme a norme imperative, ma ha esteso tale meccanismo anche agli appalti di lavori attraverso una lettura delle norme costituzionalmente orientata, idonea a ricomporre le incongruenze e a portare a ritenere sussistente l'obbligo dei concorrenti di presentare i costi interni per la sicurezza del lavoro persino nelle offerte relative agli appalti di lavori[27].

#### **Volume consigliato**

#### Note

[1] Cfr. G. Di Cosimo, I regolamenti nel sistema delle fonti, Giuffrè, 2005, 111 e ss.; G. Della Cananea, Gli atti amministrativi generali, Padova, CEDAM, 2000.

[2] Cfr. G. Amato, Rapporti tra norme primarie e secondarie, Giuffrè, Milano, 1962, 208 ss.; O. Sepe, Atto normativo ed atto amministrativo generale, in Studi in onore di Ferdinando Carbone, Giuffrè, Milano 1970, 361 ss.

[3] Cfr. C. Della Cananea, Gli atti amministrativi generali, Padova, CEDAM, 2000, 390.

[4] Cfr. M. Ceccato, Fuga dalla forma regolamento: un fenomeno anche regionale?, in Osservatorio legislativo interregionale, 6 e ss.

[5] Cfr. A.M. Sandulli, L'attività normativa della pubblica amministrazione, Jovene, Napoli, 1983, 78 ss.

[6] Cfr. Consiglio di Stato, sez. atti norm., 14 febbraio 2005, n. 11603/2004, nel quale si evidenzia che: "Sul punto, basti riconoscere l'attualità e la condivisibilità della autorevole, ultratrentennale dottrina sulla "attività normativa della pubblica amministrazione", che ritiene corretto "identificare attraverso lo scopo, la funzione, l'aspetto 'formale' inteso in senso funzionale, il carattere normativo degli atti autoritativi di provenienza 'amministrati-va'". Tale ricostruzione considera la capacità "innovativa dell'ordinamento" e la generalità e astrattezza delle disposizioni come caratteristiche sintomatiche, anche se non sempre formalmente necessarie, della funzione normativa (cfr. i pareri 10/1992; 141/91; 15/1990, resi dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato sui primi regolamenti attuativi degli articoli 2 e 4 della legge 241/90, nonché i pareri 109/90 e nn. 126, 127 e 131 del 1999, sui regolamenti di organizzazione dei Dipartimenti della Presidenza del Consiglio affidati a Ministri senza portafoglio). Come è stato affermato, nei regolamenti lo scopo tipico è "la regolazione astratta dei rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico".

[7] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823, dove viene precisato che: "In generale, i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili. I regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono".

[8] Cfr. Adunanza Plenaria n. 9/2012, la quale, richiamando la costante giurisprudenza in materia, precisa che: "non può non richiamarsi l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo, utilizza, proprio, al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti".

[9] Cfr. A. Manzella, Osservazioni sulla legge n 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri, in

Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 1 - Seminari 1989-1990, Milano, 1991, pp. 95 s.

[10] Cfr. L. Carlassare, Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare, in «Quaderni costituzionali», 1990, pp. 7 s.

[11] In proposito, appare doveroso evidenziare che, in merito al regime della tutela avverso i regolamenti ritenuti illegittimi, l'adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere n. 677/2013, ha risolto la questione relativa alla impugnazione dei regolamenti da parte degli enti esponenziali, sancendone l'immediata impugnabilità (senza, pertanto, la necessità di attendere l'adozione di un atto applicativo a valle).

[12] Cfr. P. Santoro, Manuale dei contratti pubblici, Maggioli, 2007, pagg. 859-893; M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Trattato sui contratti pubblici, Giuffrè, 2008, tomo II.

[13] Cfr. Tar Lombardia, Milano, nn. 354 e 900 del 1997, dove, dalla natura di atto normativo del bando di gara, si deduce che "Il giudice amministrativo può disapplicare la disposizione del bando di gara contrastante con norme sovraordinate". Sulla stessa linea, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172.

[14] Cfr. Adunanza Plenaria 3/2005 e Adunanza Plenaria 9/2014.

[15] Cfr. Adunanza Plenaria 1/2003, dove si precisa: "L'Adunanza condivide l'avviso espresso dalla V Sezione con l'ordinanza n. 2406 del 2002, e ritiene di conseguenza, che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. L'Adunanza ritiene, tuttavia, che, non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestatamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale".

[16] Cfr. Caso Santex: CGUE, 27 febbraio 2003, C - 327/2000.

[17] Cfr. Adunanza Plenaria 9/2014.

[18] I bandi tipo elaborati dall'ANAC sono disponibili all'indirizzo:

<https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaDocumentazione/ContrattiPubblici/BandiTipo>

[19] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926.



[20] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1208; id., 28 marzo 2008, n. 1342.

[21] Cfr., tra le altre, Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2988, dove si precisa che: "In sede di gara pubblica per l'aggiudicazione di un contratto la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate dal bando atteso che questo, unitamente alla lettera di invito, costituisce la *lex specialis* della gara, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio dell'autotutela; tale conclusione trova giustificazione nel fatto che il bando di gara è atto amministrativo a carattere normativo e *lex specialis* della procedura, rispetto al quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori con la conseguenza che, nel caso in cui siano sopravvenute disposizioni normative incompatibili con le prescrizioni del bando e, dunque, la normativa successiva consenta una partecipazione invece preclusa dalle disposizioni del bando, queste ultime non potrebbero sic et simpliciter essere disapplicate, ma dovrebbero previamente essere rimosse dal mondo giuridico mediante esercizio dell'autotutela".

[22] Cfr. Adunanza Plenaria n. 22/2020 e art. 83 D. Lgs. 50/2016.

[23] Cfr. Adunanza Plenaria n. 7/2014, in relazione alla disciplina dei raggruppamenti anteriore alla modifica apportata con il d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

[24] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1250.

[25] Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4964.

[26] Cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056; Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5069, laddove si evidenzia che: "se si leggono insieme gli artt. 1339 e 1341 nella risoluzione del caso in esame, è che non ogni eterointegrazione è possibile in modo automatico, in difetto del *clare loqui* della stazione appaltante su qual debba essere il parametro vincolante per tutte le imprese partecipanti. Infatti, il meccanismo sostitutivo ex art. 1339 riesce ad operare solo in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme. Viceversa, esso non trova applicazione laddove siano comunque affidati alle parti la quantificazione e l'esatto corrispettivo, nonché il metodo e la concreta manifestazione dell'elemento (i costi della sicurezza da rischio specifico) in questione".

[27] Cfr. Adunanza Plenaria n. 3/2015 e, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2019, n. 5922. Ex multis, sul rapporto tra eterointegrazione e soccorso istruttorio, cfr. Adunanza Plenaria ord. n. 1/2019, dove si precisa che: "L'indicazione degli oneri di sicurezza ex art. 95, comma 10 sarebbe un obbligo indiscutibilmente previsto dalla legge a pena di esclusione, pur nel silenzio della *lex specialis* come riconosciuto in più occasioni dall'Adunanza plenaria (cfr. sentenza n. 9/2014). L'eterointegrazione (e comunque la portata potenzialmente escludente dell'obbligo dichiarativo) non appare sufficiente per escludere l'operatività del soccorso istruttorio, ma, anzi, ne costituisce il presupposto applicativo perché il

soccorso istruttorio, invero, opera proprio (od ormai solo) per le c.d. irregolarità essenziali: cioè le inosservanze dichiarative e documentali richieste a pena di esclusione".

<https://www.diritto.it/i-bandi-di-gara-nelle-procedure-di-evidenza-pubblica-e-la-eterointegrazione-del-bando-non-conforme-a-norme-imperative/>