

Nullità delle clausole del bando: in caso di condizioni limitative dell'avvalimento

Autore: Redazione

In: Giurisprudenza commentata

Il Tribunale amministrativo regionale, nel far riferimento ad un proprio precedente (cfr. Tar Napoli, sez. I, 24 luglio 2018, n. 4943), ha stabilito che la questione centrale della controversia è la qualificazione giuridica del vizio che potrebbe riguardare la prescrizione del disciplinare, in disparte ogni deliberazione in ordine alla sua fondatezza.

Nella specie, nell'ipotesi in cui tale **patologia** si dovesse qualificare quale ipotesi di annullabilità, il suddetto ricorso non potrebbe trovare accoglimento, in forza del fatto che il provvedimento di esclusione impugnato si rivelerebbe pedissequa applicazione della presupposta disposizione del disciplinare, la cui perdurante validità non potrebbe che comportare, in sede di riedizione del potere, l'adozione di un identico provvedimento di esclusione; ove, il vizio dovesse ritenersi di nullità, trattandosi di un'ipotesi di esclusione che la *lex specialis* avrebbe previsto in assenza di copertura legislativa, l'operato della commissione risulterebbe travolto dall'accertamento di tale più grave patologia che il giudice deve comunque eseguire, ai sensi dell'**art 83, comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50**, per cui si stabilisce che "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 osservazioni avanzate dal Collegio nella sentenza n. 6691/2018

Il Collegio evidenzia che principi generali dell'azione autoritativa dell'amministrazione pubblica, contenuti negli **artt. 21 septies e 21 octies, l. 7 agosto 1990, n. 241**, prevedono che la patologia del provvedimento, in relazione dell'incidenza più o meno intensa che discende dal tipo di illegittimità, parlando di annullabilità nelle tradizionali fattispecie di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge e di nullità in caso di mancanza di elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge; si discosta la disciplina sostanziale e processuale di riferimento.

Il punto di rottura tra annullabilità e nullità riprende la dicotomia tra cattivo esercizio del potere e carenza di potere, tali essendo state qualificate da risalente giurisprudenza le fattispecie di assenza di

elementi costitutivi, difetto assoluto di attribuzione, mentre di nullità tout court si parlava anche con riferimento alle ipotesi di elusione o violazione del giudicato e nelle più recenti fattispecie di nullità ex lege.

Impiegando questa regola generale alla fattispecie di **nullità delle clausole di bandi e lettere di invito per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione**, si può considerare di essere in presenza di annullabilità ove la norma contempra il potere dell'amministrazione di disciplinare e richiedere determinati requisiti di partecipazione ai concorrenti o modalità di formazione delle offerte, per cui ogni possibile criticità si risolve in un vizio per esercizio contra legem di quel potere; si è in presenza di nullità tutte le volte in cui, invece, quel potere sia esercitato praeter legem, ossia laddove l'amministrazione abbia richiesto requisiti che la norma codicistica o altra non contemplino affatto.

Tale soluzione risponde anche ad esigenze di armonizzazione delle qualificazioni sostanziali de quibus con l'indiscutibile preoccupazione del legislatore di consolidamento degli atti delle procedure di gara, la cui definitività è attualmente anticipata dalla previsione di un rito speciale di tipo impugnatorio-decadenziale per le ipotesi di contestazione di atti di esclusione e di ammissione che si assumano illegittimi, segnatamente l'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.».

La decisione sull'istituto dell'avvalimento

Il Tribunale regionale ha così stabilito che con riguardo all'istituto dell'**avvalimento di cui all'art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016** non viene dato alcun potere alla stazione appaltante di introdurre condizioni limitative o, comunque, restrittive dell'avvalimento, ugualmente di sanzionarne la mancanza con l'immediata esclusione del concorrente. Al più l'unico metro di giudizio è dato nei commi quarto e terzo della predetta disposizione, ove, nel primo caso, si stabilisce che "nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento" e nel secondo che "nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici".

Nessun altro potere di conformare i requisiti di accesso all'avvalimento è riconosciuto, in aderenza all'orientamento giurisprudenziale che in sede europea considera l'istituto come espressione del riconoscimento della più ampia libertà di autoorganizzazione degli operatori economici.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/nullita-delle-clausole-del-bando-caso-condizioni-limitative-dellavalimento/>