

Le clausole escludenti nei bandi di gara, che impediscono la presenza alla selezione o l'inoltro di una valida proposta, devono essere impugnate dall'operatore economico in modo autonomo ed immediatamente

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 20-3-2024

Nel settore degli appalti l'impugnazione delle clausole di un bando, alla luce di quanto indicato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, è soggetta ad un duplice regime. Nel concreto si deve verificare se le stesse clausole siano in grado, o meno, di determinare una preclusione all'operatore economico all'inizio dell'accesso alla gara oppure se, diversamente, il pregiudizio a sfavore del soggetto privato tende a realizzarsi nelle fasi successive.

Il supremo Organo di giustizia amministrativa ha individuato tutte quelle tipologie di regole che appartengono alla specie delle clausole escludenti. Tali norme devono essere autonomamente ed immediatamente impugnate dall'operatore economico, pena l'esclusione di quest'ultimo da tutta la competizione.

Nella fattispecie in esame i requisiti minimi che rendono l'oggetto della gara impossibile o illecito devono essere considerate disposizioni rientranti nel predetto decalogo.

Al fine di evitare erranee interpretazioni della legge di gara l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018, ha elaborato un vero e proprio decalogo con il quale si è inteso fornire un valido aiuto per gli intervenienti alla selezione, con lo scopo del conseguimento di un positivo risultato per parte pubblica e cives.

Uno dei temi più rilevanti nel settore degli appalti è la corretta redazione della *lex specialis* che deve far sì che la gara pubblica sia svolta nel modo più limpido.

Pertanto le singole clausole che vengono redatte devono essere caratterizzate da trasparenza ed omogeneità.

Il rispetto dei suddetti requisiti comporta che le disposizioni in argomento siano compilate in modo che la medesima selezione pubblica sia effettuata regolarmente.

Al contrario norme caratterizzate da oscurità interpretativa potrebbero indurre l'operatore economico a contestarle, tramite l'impugnazione delle stesse; in tal modo la competizione verrebbe interrotta con danno, *in primis*, economico, nei confronti degli interessati.

Il TAR Lombardia -Milano-, Sez.1, n.376, del 15 febbraio 2024, è intervenuto sulla tematica e, in particolare, sui requisiti minimi richiesti, a pena di esclusione, al soggetto privato per la

partecipazione di quest'ultimo alla selezione.

Nella fattispecie in esame la ricorrente affermava che la *lex specialis* aveva introdotto motivi di esclusione che violavano il principio di tassatività previsto dall'articolo 83, (*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*), comma 8, del d.lgs.50/2016. Pertanto, sempre a detta dell'operatore economico, le clausole, di conseguenza, nulle, con successiva loro disapplicazione, avrebbe determinato l'invalidità derivata dell'atto di esclusione del soggetto privato.

In contrapposizione, la stazione appaltante eccepiva l'inammissibilità del ricorso, sostenendo che fosse onere dei concorrenti procedere all'immediata impugnazione della legge in uno specifico caso. Precisamente, in presenza di clausole immediatamente escludenti o che impediscano la partecipazione alla gara o l'invio di un'offerta valida.

A tal proposito il Collegio, soffermandosi, *principaliter*, su tale questione, evidenzia come le disposizioni impugnate dovevano considerarsi, come sopra detto, escludenti. Pertanto quest'ultime- proseguono i giudici- come tali dovevano essere oggetto di ricorso entro il momento decorrente dalla scadenza del termine per l'inoltro della stessa istanza di partecipazione.

La Sezione, di conseguenza, accoglie quello che la maggioritaria giurisprudenza ha sempre sostenuto sulla tematica in argomento.

Infatti, come chiarito dai magistrati^[1], le clausole escludenti, enucleate dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria^[2], con onere di impugnazione immediata del bando, rappresentano particolari e determinate figure di casi concreti.

Nello specifico anche il tribunale amministrativo regionale elabora, alla luce di quanto stabilito dalla suddetta Adunanza plenaria, un vero e proprio decalogo, comprendente le seguenti tipologie:

- clausole impositive, ai fini dell'intervento alla selezione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;
- regole che rendono la presenza incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile^[3];
- disposizioni abnormi o irragionevoli che impediscono totalmente il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini dell'intervento alla competizione; ovvero prevedono abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;
- condizioni negoziali che causano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

Anche il supremo Organo di giustizia amministrativa è intervenuto recentemente sul tema.

Nello specifico il **Consiglio di Stato**, con **sentenza del 5 febbraio 2024, n. 1146**, ha

affermando che le sopra indicate regole immediatamente escludenti sono circoscritte a tutti quei casi in cui la *lex specialis* sia colpita da consistente abnormità.

Infatti, anche secondo il Collegio di appello, non costituiscono disposizioni escludenti quelle che riguardano i criteri di valutazione delle offerte, anche se ritenuti discriminatori. Peraltro l'impugnazione diretta delle clausole riguarda solo quelle che prevedono i seguenti, come sopra evidenziati, effetti: presenza di criteri esorbitanti, che impediscono materialmente la partecipazione dell'operatore economico; sussistenza di principi che rendano difficoltoso, o, quanto meno, impossibile, il calcolo della convenienza economica dell'appalto.

Di contro si rammenta che **prescrizioni non immediatamente lesive** debbono considerarsi tutte quelle clausole che riguardano la composizione della Commissione. Inoltre a tale genere appartengono anche quelle regole che determinano un criterio di valutazione delle offerte che predilige, in modo illegittimo, il fattore prezzo a svantaggio dell'elemento che riguarda essenzialmente aspetti eminentemente tecnici.

Infine vanno ricordate le **prescrizioni plurivoche**, contraddistinte da ambiguità interpretativa. Nei confronti di quest'ultime la giurisprudenza ammette l'impugnazione del provvedimento che ne determina l'applicazione peggiore. Tale situazione si riscontra anche in tutti quei casi in cui non sia stato impugnato lo stesso bando di gara.

A tal proposito si rammenta che quanto sopra rappresentato trova riscontro nella positivizzazione delle regole enunciate.

Infatti l'articolo 120, comma 2 (*Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a*))^[4] del codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo") fa espresso riferimento all'impugnazione dei bandi solo in quanto "autonomamente lesivi".

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 15/02/2024

N. 00376/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01676/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1676 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Eco Eridania S.p.A. in proprio ed in Qualità di Mandataria del R.T.I. costituendo con Zanetti, Boromi e A2arecycling, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9701776ED0, 9701777FA3, 970177807B, 970177914E, 9701780221, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cairoli, Riccardo Salvini, Valeria Pelà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Gallo, Giuseppina Squillace, Alice Castrogiovanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

delle clausole del bando di gara denominata “ARIA_2023_060_Procedura aperta multilotto ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l’affidamento del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento rifiuti”, pubblicata in GUUE il 15 marzo 2023, in GURI il 17 marzo 2023 e, in particolare, delle clausole di cui ai punti 2.1.1, 2.1.3, 2.1.5., 2.1.9., 2.1.10 del Capitolato tecnico, specificanti i requisiti minimi dell’Offerta tecnica previsti, ai sensi del punto 2 del medesimo Capitolato tecnico, a pena di esclusione e, conseguentemente, per l’accertamento e la declaratoria della nullità derivata;

e per l’accertamento e la declaratoria della nullità derivata

della nota prot. IA.2023.0058828 del 20 luglio 2023, con la quale la Stazione appaltante, “rilevata l’assenza per tutti i lotti di requisiti minimi essenziali ed essendo tali requisiti a pena di esclusione, ai sensi del paragrafo “2. REQUISITI MINIMI RICHIESTI A PENA DI ESCLUSIONE” del Capitolato Tecnico ed avendo il RUP fatte proprie le valutazioni della Commissione Giudicatrice”, ha comunicato l’esclusione del R.T.I. concorrente dai lotti per i quali aveva presentato la propria offerta, del preavviso di esclusione di cui alla nota Prot. IA.2023.0050239 del 27 giugno 2023, nonché di ogni altro atto, nota, comunicazione e/o deliberazione precedente, successiva o contestuale, ancorché non conosciuta, con conseguente riammissione alla gara, o, in subordine, per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia,

della nota prot. IA.2023.0058828 del 20 luglio 2023, del preavviso di esclusione di cui alla nota Prot. IA.2023.0050239 del 27 giugno 2023, nonché di ogni altro atto, nota, comunicazione e/o deliberazione precedente, successiva o contestuale, ancorché non conosciuta, con conseguente riammissione alla gara;

e, con motivi aggiunti, per l'accertamento e la declaratoria della nullità derivata della determinazione n. 813 del 26 luglio 2023, avente ad oggetto: "ARIA_2023_060 – Gara multi-lotto, a procedura aperta, ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento di rifiuti" - dichiarazione di gara deserta per assenza di offerte tecniche valide", nonché di ogni altro atto, nota, comunicazione e/o deliberazione precedente, successiva o contestuale, ancorché non conosciuta, o, in subordine, per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della determinazione n. 813 del 26 luglio 2023 oggetto: "ARIA_2023_060 – Gara multi-lotto, a procedura aperta, ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di ritiro, 2 SCP Studio Legale Via Po n. 22 - ROMA 00198 - Tel. 06.4062895 - Fax 06.8551817 www.scpstudiolegale.it - P.I. 01688610664 - C.U. KRRH6B9 trasporto e smaltimento di rifiuti" - dichiarazione di gara deserta per assenza di offerte tecniche valide", nonché di ogni altro atto, nota, comunicazione e/o deliberazione precedente, successiva o contestuale, ancorché non conosciuta.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Regionale per l'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2024 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, partecipante in RTI alla gara denominata "ARIA_2023_060_Procedura aperta multilotto ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento rifiuti", ha impugnato il capitolato di gara e l'esclusione del raggruppamento, motivata con riferimento alla mancanza dei requisiti tecnici minimi richiesti, sollevando i seguenti motivi di ricorso.

1. Nullità delle clausole del bando di gara di cui al punto 2.1.1, 2.1.3, 2.1.5., 2.1.9., 2.1.10 del Capitolato tecnico ex art. 83, comma 8, D.lgs. 50/2016.

Secondo la ricorrente il bando di gara ARIA, nel prevedere talune caratteristiche dei contenitori dei rifiuti sanitari quali requisiti minimi relativi all'Offerta tecnica a pena di esclusione (cfr. doc. 3, p. 5 e, nello specifico, passim) ha introdotto motivi di esclusione violativi del principio di tassatività di cui all'art. 83, comma 8, D.lgs. 50/2016.

A suo dire le carenze dell'offerta tecnica rilevate dalla Stazione appaltante si limitano all'assenza, dalla medesima, di contenitori dai volumi effettivamente non reperibili sul mercato o, comunque, ancorché reperibili, non dotati di omologazione ai sensi della normativa ADR – condizione, questa, come detto, disposta dal medesimo Capitolato (punto 2.1.) come necessaria – ferma restando la più volte manifestata disponibilità, da parte dell'odierno ricorrente, a fornire ugualmente tali contenitori privi di omologazione ADR ovvero a fornire contenitori dalla volumetria effettiva prossima a quella richiesta dalla lex di gara.

Poiché si tratta di requisiti minimi dell'Offerta tecnica richiesti a pena di esclusione (cfr. doc. 3, p. 5 e, nello specifico, passim) essi debbono essere considerati veri e propri motivi di esclusione violativi del principio di tassatività di cui all'art. 83, comma 8, D.lgs. 50/2016.

2. Nullità o, in subordine, illegittimità per nullità derivata del provvedimento di esclusione di cui alla nota prot. IA.2023.0058828 del 20 luglio 2023, del preavviso di esclusione di cui alla nota Prot. IA.2023.0050239 del 27 giugno 2023, nonché di ogni altro atto, nota, comunicazione e/o deliberazione precedente, successiva o contestuale, ancorché non conosciuta.

La ricorrente denuncia che la nullità delle clausole del bando con conseguente obbligo della loro disapplicazione comporterebbe l'invalidità derivata dell'atto di esclusione.

La difesa della stazione appaltante ha eccepito l'inammissibilità ricorso in quanto è onere dei concorrenti procedere all'immediata impugnazione del bando quando si contestino clausole immediatamente escludenti o che impediscano la partecipazione alla gara o la presentazione di un'offerta valida.

All'udienza del 24 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. L'eccezione d'inammissibilità sollevata dalla stazione appaltante è fondata.

2.1 La ricorrente infatti contesta che "le carenze dell'Offerta tecnica rilevate dalla Stazione

appaltante si limitassero all'assenza, dalla medesima, di contenitori dai volumi effettivamente non reperibili sul mercato o, comunque, ancorché reperibili, non dotati di omologazione ai sensi della normativa ADR".

Essa quindi non contesta che i requisiti richiesti dalla stazione appaltante siano attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, con conseguente illegittimità delle clausole medesime, ma più in radice sostiene che l'oggetto della gara è, per la parte che ne ha comportato l'esclusione, impossibile per inesistenza del bene o sua illiceità.

Da ciò consegue che le clausole impugnate debbono considerarsi escludenti e come tali

avrebbero dovuto essere impugnate entro il termine decorrente dalla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, fissato alle ore 12:00 del 13 aprile 2023, e non dalla data dell'esclusione dalla gara, disposta con atto in data 20 luglio 2023.

Infatti, come chiarito in giurisprudenza (Consiglio di Stato, III, 5 febbraio 2024, n. 1146) nello spettro morfologico delle clausole escludenti enucleate dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 26/04/2018, n.4), con conseguente onere di impugnazione immediata del bando di gara, sono figurate a pieno titolo, inter alia, "clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale" (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671), "regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001)", "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 (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980)", e "condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293)".

Ne consegue che il motivo di impugnazione è, sotto tale profilo, tardivo.

3. L'inammissibilità del primo motivo di ricorso, che contesta clausole del bando di gara, comporta l'inammissibilità anche del secondo, che contesta il provvedimento di esclusione fondato sulle clausole non tempestivamente impuginate.

4. L'inammissibilità del ricorso introduttivo si estende anche al ricorso per motivi aggiunti, avente per oggetto la dichiarazione di gara deserta, in quanto atto meramente consequenziale non impugnato per vizi propri.

6. In definitiva quindi i ricorsi debbono essere dichiarati inammissibili.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali alla stazione appaltante che liquida in €.3500,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Consigliere

[\[1\]](#) Cfr. Consiglio di Stato, III, 5 febbraio 2024, n. 1146.

[\[2\]](#) Cfr. Consiglio di Stato, ad. plen. 26 aprile 2018, n.4.

[\[3\]](#) E 'il noto caso dei cd. *bandi fotografia* ritagliati su misura a favore di un operatore economico preventivamente individuato, affinché lo stesso possa inevitabilmente aggiudicarsi la selezione, essendo esclusivamente in possesso di specifici e ben determinati criteri.

[\[4\]](#) Allegato 1 - Art. 119 (*Rito abbreviato comune a determinate materie*).

In vigore dal 31 gennaio 2024

1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a:

a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture nonché i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti; -*OMISSIS*-