

## CONTRATTI PUBBLICI

### **Impugnabili immediatamente le clausole di esclusione dalla gara**

L'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara sussiste, secondo consolidata giurisprudenza, quando le stesse impediscono o rendono ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, violando, così, i principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della par condicio (ex multis Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n.1/2013 e sezione V, n. 3104/2015).

Devono, pertanto, ritenersi «escludenti» le clausole riguardanti i requisiti di partecipazione, che siano ostative all'ammissione dell'interessato, o al più impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura (Consiglio di Stato, sezione III, n. 491/2015).

Il [Consiglio di Stato, con la sentenza della sezione III n. 1809/2017](#), ha altresì rammentato che l'onere di immediata impugnazione riguarda anche quelle prescrizioni, relative alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove rendano effettivamente impossibile la presentazione di un'offerta.

#### **Il diverso orientamento**

Differentemente, la V sezione del Supremo Collegio (Consiglio di Stato, sezione V, n. 1890/2016), aveva affermato che l'immediata lesività delle prescrizioni di gara non può essere attribuita a quelle clausole che disciplinano la fase di valutazione delle offerte, in quanto il carattere «lesivo» si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della commissione di gara.

Detto altrimenti, secondo questo orientamento, solo la presenza di clausole del bando impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione provocano una lesione immediata, diretta e attuale (quindi, non solo potenziale) della situazione soggettiva dello stesso.

Mentre, per le previsioni della lex specialis che disciplinano la fase di valutazione delle offerte la lesività non è da considerarsi immediata, in quanto si manifesta solo in seguito, per effetto della successiva applicazione che ne viene data da parte della Commissione di gara «per cui nessun onere di immediata impugnativa è configurabile prima di questo momento, sia che per effetto di tali clausole l'aggiudicazione sia disposta in favore di altri, sia che in ragione delle medesime, una concorrente non raggiunga la soglia di sbarramento per la successiva valutazione delle offerte».

#### **Il principio**

Con la sentenza n.1809/2017, invece, il Consiglio di Stato ha affermato il principio secondo il quale devono considerarsi «immediatamente lesive» quelle previsioni del disciplinare di gara che «proprio per il tenore della censura e indipendentemente dall'esito della gara, appariva immediatamente lesiva per la ricorrente, che proprio in base alla sua stessa prospettiva sarebbe stata costretta dalla legge di gara a formulare una offerta asseritamente illogica sul piano della convenienza economica...».

Alla luce dell'enucleato principio, dunque, quando la lex specialis di gara prevede clausole sulla formulazione dell'offerta che ledono l'interesse del concorrente a proporre un'offerta ponderata e competitiva, quest'ultimo è onerato a impugnarle immediatamente, non potendo più dolersene in sede di impugnazione dell'aggiudicazione ad altro concorrente.

In altri termini, l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico «escludenti», che prevedono requisiti soggetti di partecipazione (Adunanza plenaria, 1/2003), ma anche le clausole afferenti alla formulazione

dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (ex plurimis, Consiglio di Stato, sezione IV, n. 4180/2016).

*Fonte: Il Sole 24 Ore del 09/05/2017*

*Autore: Loredana Bracchitta*