

# L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'*interesse strumentale* nel (nuovo) contenzioso appalti

*A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*

**Sommario:** 1. Premessa - 2. La distinzione tra clausole immediatamente lesive e non: l'arresto dell'Adunanza Plenaria n. 3/2001– 3. Le correnti successive tese ad ampliare il novero delle clausole immediatamente impugnabili – 4. La terza sezione sull'impugnabilità immediata della clausola del bando relativa al criterio di aggiudicazione – 4.1 Il “blocco normativo” indice della vocazione generale e autonoma del bene della vita rappresentato dalla competizione secondo il miglior rapporto qualità/prezzo - 4.2 La necessità (o meno) della domanda di partecipazione alla gara quale condizione di impugnabilità del bando – 4.3 L'influenza del diritto europeo: la logica pro-concorrenziale e l'anticipazione della tutela. Il problema dell'*overruling* – 5. La giurisprudenza di primo grado sulla impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione. Le pronunce “contrarie” all'indirizzo evolutivo - 5.1 *Segue:* Le pronunce “favorevoli” all'indirizzo evolutivo - 6. La Plenaria n.4/2018 conferma l'impostazione tradizionale – 6.1 L'assenza di legittimazione dell'impresa non partecipante (o definitivamente esclusa) dalla gara ad impugnare le clausole non escludenti – 6.2 La postergazione della tutela avverso il bando non immediatamente lesivo - 7. Conclusioni: il “ridimensionamento” del ruolo dell'*interesse strumentale* nel (nuovo) contenzioso appalti.

## 1. Premessa

Il tema dell'impugnazione delle clausole contenute nei bandi di gara è da sempre molto discusso in dottrina<sup>1</sup> e giurisprudenza. In particolare, le questioni che maggiormente coinvolgono gli interpreti attengono alle condizioni ex art. 100 c.p.c.<sup>2</sup> per esperire l'impugnativa: dal punto di vista della legittimazione a ricorrere, si discute se le clausole del bando possano essere impugunate anche dall'operatore economico non partecipante (o legittimamente escluso) dalla gara; dal punto di vista dell'interesse a ricorrere, ci si domanda quando sorga il *dies a quo* a partire dal quale l'offerente debba proporre l'impugnazione.

Negli ultimi tempi, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, la tematica è tornata di attualità ed in alcune pronunce dei giudici amministrativi si è avvertita l'esigenza di una modifica dell'impostazione finora raggiunta. La giurisprudenza si è mostrata

---

<sup>1</sup> La dottrina in tema è vasta. Si rimanda, tra gli altri, a V. FERRERI, *L'immediata impugnabilità del bando di gara in presenza di clausole cosiddette escludenti* in *Rivista trimestrale degli appalti*, (2012) n. 2, 265-272; G. VELTRI, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur.it*, 2013, 4, 955; D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 693; P. PIZZA, *L'Adunanza Plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro Amm. – CDS*, 2003, 1, 79.

<sup>2</sup> Come noto, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., applicabile anche nel processo amministrativo ex art. 39, comma 1, d.lgs. 104/2010, si distinguono due condizioni dell'azione: legittimazione ad agire e interesse a ricorrere. Il giudice deve accertare la sussistenza dei suddetti requisiti al fine di poter procedere all'esame del merito della domanda: se manca una di queste condizioni, l'azione è inammissibile. La legittimazione ad agire postula la titolarità in capo al ricorrente di una situazione soggettiva di interesse legittimo (o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo). L'interesse a ricorrere è invece inteso più che come identità astratta dell'azione a realizzare il risultato conseguito, come vero e proprio interesse concreto del ricorrente al conseguimento di un vantaggio, materiale ovvero morale, o di un'utilità attraverso il processo amministrativo.

incline ad un ripensamento del “diritto vivente” sulla legittimazione a ricorrere contro le prescrizioni del bando di gara contrastanti con i principi posti dal Codice, con particolare riguardo alle clausole relative ai criteri di aggiudicazione.

Tale rinnovata attenzione alla materia, in un’ottica ampliativa rispetto agli approdi sinora raggiunti, ha comportato una nuova rimessione alla Plenaria, che si è espressa con sentenza del 26 aprile 2018 n. 4, confermando tuttavia l’impostazione tradizionale.

La questione implica una riflessione sulla definizione dei concetti di “interesse” e di “bene della vita” nel contenzioso sui contratti pubblici, alla luce delle recenti riforme introdotte dal legislatore europeo e nazionale.

Il principio generale da cui partire per descrivere la *querelle* in tema è quello secondo cui la natura strumentale del bando di gara implica che le clausole ivi previste possano essere impugnate solo unitamente all’atto applicativo, l’unico provvedimento destinato a provocare una *lesione attuale e concreta* all’operatore economico (c.d. *impugnazione differita*). A tale regola, la giurisprudenza da tempo riconosce un’eccezione nel caso in cui il bando di gara preveda clausole contenenti prescrizioni idonee a sortire effetti immediatamente lesivi: solo in tali ipotesi, è necessaria l’*impugnazione immediata*.

L’elemento da cui desumere che si tratti di una clausola immediatamente impugnabile si riviene nelle *modalità di riconoscimento del fatto produttivo di lesione*, ossia nella *certezza* dell’attualità della lesione che la previsione ivi contenuta arreca all’operatore economico<sup>3</sup>: devono essere impugnate immediatamente solo quelle clausole che producono una lesione attuale, e non meramente potenziale, al privato, contenendo prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell’interessato alla procedura concorsuale<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Tali principi sono stati ribaditi da Tar Calabria, con la sentenza del 21 febbraio 2017, n. 291, che ha ritenuto che «le clausole immediatamente lesive sono quelle che certamente, senza alcun margine di opinabilità, conducono all’esclusione del concorrente che versi in una situazione incompatibile con quella prevista, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*» ovvero quelle che «impediscono, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell’offerta». Tale seconda ipotesi si verifica, in particolare, «qualora la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta o, ancora, condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza ed imposizioni di obblighi *contra ius*». Viceversa, «l’onere dell’immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un’effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all’esito della procedura selettiva, ove fosse negativo per l’interessato. In tali ipotesi, il termine per impugnare anche gli atti di gara, che eventualmente concretizzano la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi».

<sup>4</sup> Tali clausole devono riferirsi a presupposti di fatto accertabili oggettivamente e senza alcun margine di discrezionalità dalla stazione appaltante. Esse devono dunque essere chiare ed univoche nel loro contenuto precettivo, senza che sia richiesta alcuna significativa attività interpretativa né da parte delle imprese potenzialmente concorrenti né da parte della stazione appaltante che deve darvi esecuzione. Cfr. in particolare TAR Lazio, 7 novembre 2014, Roma, n. 11203 ove si è statuito che: «Il criterio distintivo tra clausole immediatamente lesive, con conseguente onere di autonoma impugnazione, e clausole non immediatamente lesive, ed impugnabili unitamente al provvedimento effettivamente lesivo quale l’esclusione dalla gara o l’aggiudicazione in favore di un’altra impresa, è individuabile nelle modalità di riconoscimento del fatto produttivo della lesione, vale a dire se tale fatto sia verificabile attraverso un mero accertamento scevro da dubbi, nel qual caso la lesività della clausola è attuale, ovvero sulla base di valutazioni tecnico discrezionali che,

Tale conclusione è in linea con la nozione tradizionalmente invalsa nel nostro ordinamento di “interesse a ricorrere”, il quale è inteso più che come identità astratta dell’azione a realizzare il risultato conseguito, come vero e proprio interesse concreto del ricorrente al conseguimento di un vantaggio, materiale ovvero morale, o di un’utilità attraverso il processo amministrativo<sup>5</sup>.

Infatti, nel mercato delle commesse pubbliche, l’interesse protetto, o comunque la situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, è costituito non dall’astratta legittimità del comportamento dell’Amministrazione, ma, anzitutto, dalla *possibilità di conseguire l’aggiudicazione*: di conseguenza, l’interesse a ricorrere per ottenere l’annullamento di una prescrizione illegittima si ritiene sussistente soltanto laddove il concorrente (o aspirante tale) subisca una lesione *immediata, concreta e attuale* di tale interesse sostanziale.

Nelle procedure di gara, inoltre, l’interesse giuridicamente rilevante può assumere anche la forma del c.d. *interesse strumentale*, rivolto ad ottenere, non già, in via immediata ed diretta, il bene della vita sperato (l’aggiudicazione dell’appalto), ma il riesercizio del potere da parte dell’amministrazione aggiudicatrice.

In quest’ottica, per clausole immediatamente lesive si intendono quelle clausole contenenti requisiti di partecipazione che precludono *ex ante* la partecipazione di un operatore economico alla procedura. In tali casi, infatti, già prima dell’aggiudicazione ed indipendentemente dall’aver o meno presentato domanda di partecipazione alla procedura, il soggetto vanterebbe un *interesse strumentale* all’impugnazione meritevole di protezione, che si sostanzia nella *chance* derivante dalla rinnovazione della gara<sup>6</sup>.

In termini generali, si identificano come immediatamente impugnabili le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; le clausole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; le disposizioni abnormi o

---

implicando il riferimento a scienze non esatte, postulano un certo grado di opinabilità, nel qual caso la lesività della clausola è meramente potenziale».

<sup>5</sup> Si rimanda, al riguardo, a quanto affermato da Cons. St. Sez. VI 6 marzo 2002 n. 1371: «Si deve prendere le mosse dal principio generale, sancito dall’art. 100 del codice di rito civile, applicabile anche al processo amministrativo, a guisa del quale costituisce condizione per l’ammissibilità dell’azione, oltre alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche la sussistenza dell’interesse a ricorrere, inteso quest’ultimo non come idoneità astratta dell’azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un’utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo; vale a dire, nell’ottica di un processo amministrativo di stampo impugnatorio originato dal varo di una determinazione lesiva di interessi legittimi, la sussistenza di un interesse all’eliminazione del provvedimento oggetto di impugnazione».

<sup>6</sup>In termini generali, si identificano come immediatamente impugnabili le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; le clausole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; le 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; le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; le imposizioni di obblighi *contra ius*; le gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta; le formule matematiche del tutto errate; gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4189).

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; le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; le imposizioni di obblighi *contra ius*; le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta; le formule matematiche del tutto errate; gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso<sup>7</sup>.

Dette clausole, anche definite clausole "escludenti" o "espulsive", devono essere subito impugnate: decorsi i termini di impugnazione, le prescrizioni del bando si consolidano, determinando per l'effetto la non impugnabilità dell'atto applicativo di esclusione<sup>8</sup>.

Viceversa, per le prescrizioni non immediatamente lesive è prevista l'impugnazione congiunta della prescrizione del bando che si assume illegittima insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva<sup>9</sup>. Tra di esse, si fanno tradizionalmente rientrare quelle inerenti la composizione della commissione, quelle riguardanti la valutazione dell'anomalia dell'offerta e quelle relative ai criteri di aggiudicazione.

## **2. La distinzione tra clausole immediatamente lesive e non: l'arresto dell'Adunanza Plenaria n. 3/2001**

La distinzione tra clausole immediatamente lesive e non testé delineata ha comportato una serie di dibattiti in dottrina e giurisprudenza, con orientamenti tra loro contrapposti.

Nello specifico, prima dell'intervento chiarificatore della Plenaria n.3/2001, accanto ad una tesi minoritaria, tesa a restringere il novero delle clausole immediatamente lesive sulla base del presupposto che esse si rivolgerebbero, comunque, a soggetti individuabili solo a posteriori (cioè al momento della presentazione della domanda), si erano sviluppati in giurisprudenza indirizzi interpretativi diretti, in varia misura, ad ampliare l'onere di immediata impugnazione delle clausole di bando, ricomprendendo in tale categoria, ad esempio, le clausole dirette a disciplinare i criteri di aggiudicazione dell'appalto, quelle che prevedono le modalità di presentazione delle offerte e quelle contenenti la disciplina del *modus operandi* della commissione giudicatrice.

Sul tema è intervenuta l'Adunanza Plenaria con la nota decisione del 29 gennaio 2003, n. 1, che ha avallato l'orientamento restrittivo, ritenendo che l'atto amministrativo generale, o l'atto di normazione secondaria presupposto devono essere impugnati entro i termini decadenziali e non assieme all'atto conclusivo della procedura, solo ove *immediatamente lesivi* di una situazione

---

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4189.

<sup>8</sup> Secondo insegnamento costante della giurisprudenza amministrativa, i bandi di gara e le lettere di invito devono essere tempestivamente ed autonomamente impugnati, a prescindere dal momento dell'adozione degli atti che di essi fanno applicazione, laddove si tratti di clausole impeditive dell'ammissione, o che comunque incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441).

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282. Tra di esse, la giurisprudenza fa tradizionalmente rientrare quelle inerenti la composizione della commissione o quelle che prevedono un certo criterio di valutazione delle offerte che dia rilievo illegittimamente al fattore prezzo a discapito del fattore prezzo.

sogettiva protetta, ossia quando l'atto presupposto risulti di per sé ostativo per la realizzazione dell'interesse finale perseguito<sup>10</sup>.

La Plenaria ha chiarito che le clausole del bando immediatamente impugnabili sono, di regola, quelle che prescrivono requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione<sup>11</sup>.

Al contempo, tale decisione ha escluso l'onere di immediata impugnazione a) delle clausole del bando riguardanti la composizione e il funzionamento del seggio di gara; b) delle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (tra le quali, quelle riguardanti il metodo di gara, il criterio di aggiudicazione, e la valutazione dell'anomalia); c) delle clausole del bando che definiscono gli oneri formali di partecipazione.

Nel limitare l'orientamento teso ad estendere il novero delle clausole escludenti, l'Adunanza ha ritenuto che anche nel caso di prescrizioni che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (come quelle riguardanti i criteri di aggiudicazione), la lesione si attualizza solo con l'esito negativo della procedura concorsuale.

Secondo l'impostazione della Plenaria, il bene della vita meritevole di protezione - che giustifica l'onere di immediata impugnazione - è (solo) la *possibilità di conseguire l'aggiudicazione* atteso che «la condizione di concorrenti» dei partecipanti alla gara può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di

---

<sup>10</sup> L'Adunanza plenaria n.3/2001 ha affermato che «Non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala».

<sup>11</sup> Sussiste, inoltre, eccezionalmente, «un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale» Fra tali ipotesi, la Plenaria ricomprende, «...quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di clare loqui, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione».

aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale con riferimento al medesimo obiettivo».

In sostanza, nessun operatore economico ha interesse immediato e diretto alla contestazione delle prescrizioni del bando non aventi natura “escludente”, come quelle riguardanti i criteri di aggiudicazione, poiché nel momento della sua pubblicazione non si produce alcuna lesione attuale e concreta nella sfera giuridica individuale, non potendosi escludere che, partecipando alla procedura, risulti alla fine aggiudicatario, nonostante l’applicazione dei criteri che intendeva contestare (ovvero proprio in ragione di essi).

Pertanto, ammettere l’immediata impugnabilità di siffatte clausole si porrebbe in contrasto con la *dimensione sostanziale* dell’interesse a ricorrere da sempre invalsa nel nostro ordinamento, che presuppone che l’operatore economico possa trarre una qualche utilità, ancorché mediata e strumentale, dall’eventuale accoglimento della domanda<sup>12</sup>: posto che tale utilità è correttamente individuata nell’aggiudicazione della gara, non è ravvisabile alcun interesse nella fase prodromica della procedura all’impugnazione di tali prescrizioni del bando di gara.

### **3. Le correnti successive tese ad ampliare il novero delle clausole immediatamente impugnabili**

Alle autorevoli conclusioni della Plenaria n.3/2001, si è conformata la giurisprudenza successiva<sup>13</sup>, anche se non sono mancate opinioni discordanti.

In senso critico rispetto alla soluzione offerta dall’Alto Consesso, si è anzitutto evidenziato che la “restrizione” dell’immediata impugnabilità alle sole clausole escludenti non ha comportato, nei fatti, alcuna deflazione del contenzioso. Infatti, postergare l’impugnazione alla conclusione delle procedure di gara ha come conseguenza - qualora il ricorso si palesi fondato - l’annullamento del bando e quindi l’azzeramento delle procedure stesse, con notevole aggravio di spese per l’amministrazione e danno per le imprese aggiudicatrici che hanno presentato le offerte senza alcun vizio.

Di poi, richiamando i generali principi di buona fede e affidamento, si è osservato che le imprese, essendo tenute a partecipare alla gara dopo aver attentamente esaminato le prescrizioni del bando, dovrebbero essere non solo abilitate, ma obbligate a segnalare tempestivamente, tramite impugnazione del bando stesso, eventuali cause di invalidità della procedura di gara, in virtù degli artt. 1337 e 1338 c.c applicabili nella fase delle trattative (scelta del contraente), prodromica all’aggiudicazione.

---

<sup>12</sup> Come noto, infatti, nel processo amministrativo, l’interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una *lesione concreta ed attuale* della sfera giuridica del ricorrente e dall’*effettiva utilità* che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’eventuale annullamento dell’atto impugnato. Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1997, n.1210; sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855.

<sup>13</sup> Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7893, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 18 luglio 2007, n. 5429, TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 4 giugno 2007, n. 5148, Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699, Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653.

Tali critiche hanno condotto più volte i giudici amministrativi a rimettere la questione alla Adunanza Plenaria (ordinanze n. 351/2011; n. 2633/2012; n. 634/2013), la quale, però, tutte e tre le volte, non si è espressa sul merito della questione, per difetto di rilevanza.

La terza ordinanza in particolare, rovesciando l'impostazione della pronuncia n.3/2001, aveva auspicato l'accoglimento di una regola che estendesse l'immediata impugnabilità a tutte le clausole del bando ritenute illegittime, osservando che «le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica dovrebbero ritenersi tenute ad impugnare qualsiasi clausola del bando illegittima, entro gli ordinari termini decadenziali... con la domanda di partecipazione alla gara, infatti, le imprese concorrenti divengono titolari di un interesse legittimo, quale situazione soggettiva protetta corrispondente all'esercizio di un potere, soggetto al principio di legalità ed esplicito, in primo luogo, con l'emanazione del bando. A qualsiasi vizio di quest'ultimo si contrappone, pertanto, l'interesse protetto al corretto svolgimento della procedura, nei termini disciplinati dalla normativa vigente in materia e dalla *lex specialis*».

Si sono così sviluppate correnti che, pur tenendosi lungo la linea interpretativa tracciata dalla Plenaria n.3/2001, hanno ampliato la categoria della clausole "escludenti", al di là di quelle riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione<sup>14</sup>, prevedendo l'impugnabilità immediata, non solo delle clausole che «impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale» (secondo quanto affermato nella decisione n.1/2003), ma anche delle clausole che rendono la partecipazione (possibile ma) inutile, *contra ius*, eccessivamente gravosa sul piano tecnico ed economico<sup>15</sup>. In quest'ottica, si è sancita l'anticipazione dell'impugnabilità anche per le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta<sup>16</sup>.

Nello stesso tempo, l'onere di tempestiva impugnazione del bando in relazione alle clausole immediatamente escludenti è stato espressamente previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., che nel prescrivere l'impugnazione dei "bandi autonomamente lesivi" ha in sostanza codificato il principio elaborato dalla giurisprudenza amministrativa a partire dall'Ad. Plen. n. 1/2003<sup>17</sup>.

In generale, sono state riconosciute come immediatamente escludenti le clausole che impedendo ad un operatore economico di presentare l'offerta o per l'assenza di un requisito

---

<sup>14</sup> La tendenza ampliativa è chiaramente desumibile dalla sentenza della sez. III del Consiglio di Stato, del 2 febbraio 2015, n. 491 che ha ritenuto che: «Le clausole escludenti e, cioè, quelle aventi un effetto immediatamente impeditivo della partecipazione non sono e non possono essere esclusivamente quelle afferenti ai requisiti soggettivi, posto che possono darsi – e l'esperienza giurisprudenziale stessa ha conosciuto – casi nei quali tale effetto si realizza attraverso la configurazione di caratteristiche oggettive, attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, che realizzano un effetto egualmente impeditivo».

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 591; sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809.

<sup>16</sup> Si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III n. 5507/2014.

soggettivo, esistente *ex ante*, o per la presenza di caratteristiche oggettive, tecniche od economiche, dell'offerta richieste dal bando, le impediscano la partecipazione alla gara<sup>18</sup>.

Di contro, è stato evidenziato che la mera illegittimità della *lex specialis* non è di per sé sufficiente a configurare l'onere di immediata impugnazione, in quanto il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, visto che «non sa ancora se l'astratta potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura e, quindi, in un'effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare»<sup>19</sup>.

Schematicamente, nel tentativo di enucleare le ipotesi di immediata impugnabilità, la giurisprudenza<sup>20</sup> ha ricompreso nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di:

- a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale<sup>21</sup>;
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile<sup>22</sup>;
- c) 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<sup>23</sup>;
- d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente<sup>24</sup>;
- e) clausole impositive di obblighi *contra ius*<sup>25</sup>;
- f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
- g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"<sup>26</sup>.

---

<sup>18</sup> Tra di esse, ad esempio, è stata fatta rientrare anche la previsione di una base d'asta il cui valore non sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, in violazione dell'art. 86, comma 3-bis, del d. lgs. 163/2006. Si è infatti ritenuto che quest'ultima debba essere impugnata nei termini di decadenza decorrenti dalla pubblicazione del bando, poiché tale regola, incidendo sulla formulazione dell'offerta, lede immediatamente, concretamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421; sez. III, 13 dicembre 2013, n. 5983.

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 6434/2014, sez. V n. 5181/2015.

<sup>20</sup> *Ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017 n. 1809.

<sup>21</sup> Si v. Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671.

<sup>22</sup> Così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001.

<sup>23</sup> Cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980.

<sup>24</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293.

<sup>25</sup> Es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421.

#### **4. La terza sezione sull'impugnabilità immediata della clausola del bando relativa al criterio di aggiudicazione**

Di recente, la terza sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017, ha nuovamente avvertito l'esigenza di ampliare la categoria delle clausole immediatamente impugnabili, affermando, per la prima volta, l'impugnabilità immediata di una clausola di un bando di gara che individua quale criterio di aggiudicazione quello del massimo ribasso anziché dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La medesima sezione, con successiva ordinanza del 7 novembre 2017, n. 5138, ha poi rimesso all'Adunanza Plenaria la questione concernente l'onere di impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso e di quelle disciplinanti le regole di svolgimento della procedura di gara nonché l'ulteriore questione della legittimazione alla impugnazione immediata del bando e degli altri atti precedenti l'aggiudicazione<sup>27</sup>.

I giudici, dopo aver ripreso l'esegesi fornita dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003, hanno affermato che tale orientamento "restrittivo" deve dirsi ora superato alla luce di una serie di nuove disposizioni contenute nel nuovo Codice degli appalti, dalle quali si desume una nozione di "bene della vita" meritevole di protezione già nella fase prodromica della scelta del contraente, più ampia di quella tradizionalmente riferita all'*aggiudicazione*, che «sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del "diritto" dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore».

Partendo dal presupposto che le clausole del bando concernenti i criteri di aggiudicazione non rientrano nel novero delle c.d. *clausole escludenti*, la sezione ha quindi auspicato l'affermazione di un nuovo principio di carattere più generale, per cui non soltanto "le clausole del bando immediatamente escludenti" ma anche tutte le prescrizioni generali del bando «attinenti alle

---

<sup>27</sup> Di seguito le questioni rimesse alla Adunanza Plenaria: «1. Se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n.1/2003 possano essere ulteriormente precisati nel senso che l'onere di impugnazione immediata del bando sussiste anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, il luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo. 2. Se l'onere di immediata impugnazione del bando possa affermarsi più in generale per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi. 3. Se, nel caso in cui l'Adunanza Plenaria affermi innovativamente il principio della immediata impugnazione delle clausole del bando di gara riguardanti la definizione del criterio di aggiudicazione, e, individui, eventualmente, ulteriori ipotesi in cui sussiste l'onere di immediata impugnazione di atti della procedura precedenti l'aggiudicazione, la nuova regola interpretativa si applichi, alternativamente: a) con immediatezza, anche ai giudizi in corso, indipendentemente dall'epoca di indizione della gara; b) alle sole gare soggette alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016; c) ai soli giudizi proposti dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria, in conformità alle regole generali dell'errore scusabile e della irretroattività dei mutamenti di giurisprudenza incidenti sul diritto vivente (secondo i principi dell'*overruling*); 4. Se, nel caso di contestazione del criterio di aggiudicazione o, in generale, della impugnazione di atti della procedura immediatamente lesivi, sia necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, che l'operatore economico abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, ovvero sia sufficiente la dimostrazione della qualità di operatore economico del settore, in possesso dei requisiti generali necessari per partecipare alla selezione».

regole formali e sostanziali delle svolgimento della procedura di gara, nonché agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione» debbano essere immediatamente impugnate.

#### **4.1 Il “blocco normativo” indice della vocazione generale e autonoma del bene della vita rappresentato dalla competizione secondo il miglior rapporto qualità/prezzo**

La pronuncia focalizza l'attenzione sul mutato quadro ordinamentale, ritenendo che i principi enunciati nel 2003 richiedano una attualizzazione alla luce delle seguenti innovazioni che hanno interessato il diritto degli appalti.

Anzitutto, l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 che, riprendendo quanto affermato nel vecchio comma 1 bis dell'art. 46 del d.lgs. n.60/2003, prevede l'espressa comminazione di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante. La disposizione, che abbandona l'ordinario schema dell'annullabilità, sarebbe indice della «vocazione generale ed autonoma dell'*interesse participationis*», legittimando tutti gli operatori economici ad impugnare il bando contenente una prescrizione in quanto lesiva, in termini più generali, del principio di libera concorrenza nel mercato delle commesse<sup>28</sup>.

In secondo luogo, la disciplina del precontenzioso ANAC<sup>29</sup>, con riferimento alle raccomandazioni vincolanti ex art. 211, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, e, dopo la sua abrogazione ad opera del decreto c.d. correttivo, della legittimazione speciale dell'ANAC all'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. L'introduzione di tali strumenti processuali, concernenti prima un potere di c.d. autotutela doverosa e, attualmente, di legittimazione straordinaria in capo all'ANAC, con il precipuo scopo di garantire la corretta competizione e la legalità nelle procedure di gara, sono, ad avviso della sezione, indice della autonoma rilevanza del “bene della vita” al rispetto delle regole procedurali, che deve dirsi oramai emancipato dall'interesse ad ottenere l'aggiudicazione.

La terza importante innovazione concerne il nuovo “*rito superspeciale*”<sup>30</sup> previsto dall'art. 120, comma 2-bis 6-bis, c.p.a., così come modificato dall'art. 204, comma 1, lett. b) del nuovo codice appalti, che impone ora l'immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed

---

<sup>28</sup> Nello specifico, ad avviso della sezione, il fatto che, nel caso di specie, il legislatore abbia abdicato all'ordinario schema dell'annullabilità «in cui l'effetto di ripristino della legittimità è realizzato attraverso la cooperazione e sulla base della dimensione esclusivamente individuale dell'interesse privato lesa», a favore dello schema della nullità «in cui invece l'interesse trascende la dimensione meramente individuale sino a giustificare il rilievo d'ufficio da parte del giudice e l'opposizione senza limiti di tempo della parte del resistente» è indice della volontà di ampliare la nozione di interesse partecipativo del privato, secondo il principio del *favor participationis*.

<sup>29</sup> Si veda in argomento, per tutti, M. LIPARI, *Il nuovo precontenzioso ANAC*, Dike Giuridica Editrice, 2017.

<sup>30</sup> L'aggettivo è usato dal parere del Cons. Stato, Comm. Speciale, 1 aprile 2016, n. 855, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016 e ripreso da M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Federalismi.it*, n. 10/2016, 14 ss. M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *Federalismi.it*, n. 15/2016, 14 ss., parla invece di rito “*super-super-super-accelerato*” o “*ipercontratto*” contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara.

esclusione nelle procedure di gara<sup>31</sup>. La nuova disciplina processuale, secondo parte degli interpreti, ha introdotto nel processo amministrativo un interesse sostanziale di nuovo conio in cui il bene della vita sarebbe rappresentato dalla “riduzione della platea dei concorrenti”<sup>32</sup>. La *ratio* del neo-introdotto rito consiste infatti nel consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione, ovvero, in sostanza, nel definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e al conseguente affidamento<sup>33</sup>, cristallizzandone la situazione al fine della rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara<sup>34</sup>. Tale previsione, ad avviso della sezione, corrobora la tesi per la quale già nella fase prodromica all’aggiudicazione emergono autonomi interessi sostanziali, meritevoli di protezione, che legittimano la previsione di una immediata impugnazione, a pena di decadenza.

Infine, un’altra delle principali innovazioni riguarda la “gerarchia” tra i criteri di aggiudicazione introdotta dall’art. 95 d.lgs. n. 50/2016 che impone ora l’offerta economicamente più vantaggiosa come criterio “principale”, e il massimo ribasso come criterio del tutto “residuale”, utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione. In precedenza, invece, l’art. 83 del vecchio d.lgs. n. 163/06 poneva tali criteri su un piano di parità, spettando unicamente all’Amministrazione nella sua discrezionalità optare per l’uno per l’altro.

Ad avviso della Sezione, da tali elementi “normativi” si desume che il bene della vita rappresentato dalla competizione secondo il miglior rapporto qualità-prezzo si profila ora come diverso e dotato di autonoma rilevanza rispetto all’interesse finale all’aggiudicazione: l’interesse

---

<sup>31</sup>In generale, sul nuovo rito di cui all’art. 120, co.2 bis c.p.a. si rimanda a M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 10/2016, 14 ss. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, 15 ss.; *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10 febbraio 2017, anche in *federalismi.it*; ID., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, 29 luglio 2016, in *giustizia-amministrativa.it*; ID., *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *l’amministrativista.it*; ID., *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, Bussola, in *l’amministrativista.it* e *federalismi.it*; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 660-664; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 8/9, IPSOA, 883 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 609 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l’art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 giugno 2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L. COCCHI, *Prime osservazioni sul nuovo rito appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, 2017, 314.

<sup>32</sup>G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.giustizia* 7, secondo cui l’interesse a ricorrere contro l’ammissione se misurato rispetto all’interesse all’aggiudicazione è una *factio iuris* giacché «per abilitare all’immediata impugnazione si attribuisce virtualmente concretezza e attualità a ciò che rappresenta una lesione ancora, nelle more del provvedimento conclusivo, solo indiziaria e potenziale, non già concreta ed effettiva» creandosi così «un’azione immediata che, da quell’angolazione, appare in prevenzione: per il mero timore di un *damnum nondum factum*, *quod futurum veremur*, come tradizionalmente è nell’azione di danno temuto (*damnum infectum*)».

<sup>33</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 30 marzo 2017 n. 1742.

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. V, ord. 14 marzo 2017, n. 1059.

*participationis* acquista una vocazione generale ed autonoma, giustificando la previsione dell'onere di immediata impugnazione della clausola contenente l'illegittima adozione del criterio del massimo ribasso, in luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo<sup>35</sup>. Il concorrente vanterebbe infatti, già nella fase prodromica della gara, un interesse meritevole di protezione che, pur non coincidendo con l'interesse alla mera legalità dell'azione amministrativa, sarebbe diverso dalla possibilità di ottenere l'aggiudicazione, concretizzandosi nell'*interesse a competere con il criterio di aggiudicazione che il legislatore ha prescelto a miglior garanzia della qualità oltre che dell'economicità*.

La posizione giuridica vantata dal concorrente acquisterebbe, comunque, carattere differenziato rispetto a quella del *quisque de populo*. Tale "differenziazione", ad avviso del Collegio, dovrebbe infatti ricavarsi: a) dall'aver, il medesimo, una posizione sul mercato consolidata anche in forza della qualità dei prodotti fabbricati e delle prestazioni offerte; b) dall'aver partecipato ad una gara, o dall'aver i requisiti e l'interesse a parteciparvi (se se ne ammettesse la legittimazione anche senza la presentazione della domanda di partecipazione, cfr. punto successivo), basate su scelte non conformi ai criteri qualitativi prescelti da legislatore. Da ciò deriverebbe il logico corollario del ritenere la clausola del bando contemplante l'erroneo criterio di aggiudicazione suscettibile di *impugnazione immediata*.

#### **4.2 La necessità (o meno) della domanda di partecipazione alla gara quale condizione di impugnabilità del bando**

L'ordinanza di rimessione si sofferma anche sul problema - non direttamente rilevante per la definizione del giudizio *de quo* ma ritenuto di massima importanza per la definizione di un quadro armonico e chiaro del diritto vivente - relativo alla necessità (o meno) della domanda di partecipazione alla gara quale condizione di impugnabilità del bando.

La difficile identificazione delle clausole immediatamente lesive si intreccia, infatti, con la questione della immediata impugnazione del bando pur in carenza della previa presentazione di una domanda partecipativa. Tale tematica è strettamente connessa a quella della necessaria partecipazione alla gara quale condizione legittimante l'impugnazione dell'esito della stessa.

Il problema implica il bilanciamento tra due contrapposte esigenze: da un lato, l'impugnazione immediata della *lex specialis* della selezione, anche da parte dei soggetti che non hanno presentato domanda di partecipazione, consente l'emersione immediata di eventuali vizi in essa contenuti, preferibile rispetto ad una statuizione di illegittimità successiva; dall'altro, si rischia, in questo modo, un aumento del contenzioso giurisdizionale, stimolando impugnazioni pretestuose e/o avanzate da soggetti che neppure potrebbero aspirare all'aggiudicazione.<sup>36</sup>

La ricerca di un punto di equilibrio tra tali delicate problematiche ha a più riprese visto impegnate la giurisprudenza e la dottrina. In particolare, la questione ha richiesto l'intervento di

---

<sup>35</sup> Alla luce del «blocco normativo» delineato, a rigore, la scelta del criterio dell'aggiudicazione secondo il prezzo più basso, invece che secondo il rapporto qualità/prezzo, lederebbe immediatamente la posizione giuridica del concorrente (o dell'ipotetico concorrente) «elidendo in radice l'interesse a competere secondo qualità».

<sup>36</sup> In questi termini, si v. Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4189.

diverse Plenarie<sup>37</sup>, a distanza di alcuni anni l'una dell'altra. In tali pronunce, si è ribadito che la sola presentazione della domanda di partecipazione è idonea a radicare un *interesse* all'impugnazione *giuridicamente rilevante*, nonché *qualificato* e *differenziato*. E' dunque prevalsa la tesi che richiedere la necessità della presentazione della domanda di partecipazione alla gara quale condizione imprescindibile ai fini dell'impugnabilità del bando di gara, in quanto la stessa è idonea a radicare una posizione differenziata in capo al soggetto ricorrente, differenziandolo dal *quisque de populo*.

La giurisprudenza successiva ha mitigato tale principio, enucleando le seguenti ipotesi eccezionali, in cui si può prescindere dalla previa partecipazione alla gara: a) quando si lamenta violazione delle regole di pubblicità del bando; b) qualora l'interessato contesti in radice la decisione dell'amministrazione di indire la gara; c) qualora si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Tra le ipotesi in cui consente l'accesso alla tutela giurisdizionale anche a chi non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, si contempla dunque il caso in cui si impugnino clausole "escludenti", ossia che contemplano requisiti "discriminatori", o che impongano "oneri manifestamente sproporzionati", clausole che quindi rendono impossibile la partecipazione alla gara o che azzerano, *ab origine*, le possibilità di aggiudicazione.

La *ratio* di tale eccezione al principio generale, sia in punto di legittimazione che di *dies a quo* per l'impugnazione, si rinviene nell'esigenza di consentire all'operatore economico di contestare immediatamente le prescrizioni che sono tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta.

Il punto ha formato oggetto di un importante intervento della Corte costituzionale, la quale, nella sentenza del 22 novembre 2016, n. 245, ha ribadito la regola tradizionale diretta alla massima estensione del principio secondo il quale la domanda di partecipazione alla gara costituisce requisito di legittimazione indispensabile per contestare le clausole del bando soggette all'onere di immediata impugnazione, salvo le ipotesi in cui: «si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongono oneri manifestamente

---

<sup>37</sup> Dapprima, l'Adunanza plenaria, con pronuncia del 7 aprile 2011, n. 4, nell'esprimere importanti principi sul rapporto tra ricorso principale ed incidentale ha, tra l'altro, affermato che «Al di fuori delle ipotesi tassativamente enucleate dalla giurisprudenza (la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione), deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela». In seguito, l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, richiamando i propri precedenti (n. 4 del 2011 e n. 1 del 2003), ha rilevato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione «deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione» e che «chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita».

incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta...»<sup>38</sup>.

Il dubbio della terza sezione riguarda, in particolare, se si possa prescindere non solo dalla necessità di attendere l'esito della gara ma anche dallo stesso onere di partecipazione alla procedura, oltre che nei casi in cui si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, anche nei casi in cui la partecipazione, pur possibile, *sarebbe inutile o comunque frustrante* a causa dell'adozione del criterio del prezzo più basso, in violazione della scelta fatta a monte dal legislatore.

Tale lettura ermeneutica sarebbe possibile alla luce di un recente indirizzo espresso dalla giurisprudenza di primo grado, ad avviso della quale il diritto euro unitario favorirebbe una più ampia legittimazione al ricorso, estesa agli operatori economici del settore, anche in difetto della domanda di partecipazione alla gara, al fine di garantire al massimo l'effettività della tutela del diritto alla concorrenza. Alle ipotesi eccezionali suddette, dovrebbe dunque essere equiparata quella in cui l'impresa contesti la legittimità della gara per essere la stessa "eccessivamente restrittiva della concorrenza", essendo in tali casi la partecipazione alla gara «del tutto inutile dal momento che le *chances* di aggiudicazione sarebbero, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate»<sup>39</sup>.

#### **4.3 L'influenza del diritto europeo: la logica pro-concorrenziale e l'anticipazione della tutela. Il problema dell'*overruling***

La terza sezione chiede alla Plenaria, in chiave più generale, di fornire l'esatta delimitazione oggettiva dell'ambito generale entro cui sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando di gara, consolidando, precisando e rettificando l'indirizzo sancito in precedenza, onde prevenire oscillazioni interpretative, soprattutto alla luce della nuova disciplina euro-unitaria, delineata dalla direttiva ricorsi e dagli interventi della Corte di Giustizia.

Nel diritto europeo, infatti, mancando una puntuale indicazione del momento in cui deve essere consentito alla parte l'esercizio del diritto di ricorso, prevale un orientamento diretto a dilatare e anticipare l'ambito della legittimazione e dell'interesse all'impugnazione nell'ottica di assicurare la massima concorrenza e la legalità delle procedure di gara.

Ciò si evince, in particolare, dal principio espresso nella sentenza *Puligienica*<sup>40</sup>, ove, come noto, la Corte di Giustizia ha affermato che la finalità di tutela dell'*interesse strumentale* delle parti

---

<sup>38</sup> La Corte ha dunque dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate dal Tar Liguria per difetto di rilevanza; ciò in quanto, non avendo le società ricorrenti presentato domanda di partecipazione alla gara, il ricorso originario doveva essere dichiarato inammissibile.

<sup>39</sup>TAR Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263 che ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale concernente se il diritto europeo osti ad una normativa nazionale che preveda la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara per i soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina di gara un'*altissima probabilità* di non conseguire l'aggiudicazione.

<sup>40</sup> CGUE, Grande Camera 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica c. Airgest s.p.a.*, la quale, come noto, aveva affermato che la direttiva ricorsi «osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e

impone sempre l'esame di entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti, indipendentemente dalla natura e dalla identità dei vizi denunciati e dalla fase a cui essi si riferiscono e lo scrutinio simultaneo dei ricorsi incidentale e principale, anche quando non siano state dedotte censure avverso l'ammissione di tutti i concorrenti "rimasti in gara" e questi ultimi non siano stati evocati in giudizio. Ad avviso della CGUE, infatti, i ricorrenti vanterebbero, in ogni caso, una astratta *chance* di ripetizione della gara, in quanto l'amministrazione potrebbe decidere comunque di non procedere allo scorrimento della graduatoria; ovvero si potrebbe appurare l'illegittimità dell'offerta del terzo; o quest'ultimo potrebbe non essere più interessato all'aggiudicazione. Ciò al fine di tutelare al massimo l'*interesse strumentale* dell'operatore economico e di proteggere, in prospettiva più generale, la legalità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici<sup>41</sup>.

---

diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente». Sia consentito sul punto rimandare a A. BERTI SUMAN, *Il ricorso incidentale escludente e le prime applicazioni della sentenza "Puligienica"*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., *Il ricorso incidentale e le applicazioni della sentenza Puligienica*, in R. Giovagnoli (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Ita edizioni, 2018, 245-272, nonché, in versione estesa, Id., *Il ricorso incidentale e l'interesse ad agire*, in [Italiappalti.it](http://Italiappalti.it).

<sup>41</sup> Ritiene che la sentenza della Corte di Giustizia "Puligienica" sia indice della presenza di profili di giurisdizione oggettiva nel contenzioso sui contratti pubblici F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it). Sul tema, in generale, si rimanda al Convegno "Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa", tenutosi a Siena, Certosa di Pontignano, in data 13-14 maggio 2016, i cui atti sono attualmente in corso di pubblicazione. Tra questi, con particolare riferimento al rapporto tra sentenza *Puligienica* e giurisdizione oggettiva si veda l'intervento di M. LIPARI, *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva*. Sul punto, si veda altresì, A. CARBONE *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, op.cit., osserva che: «appare chiaro come la scelta compiuta dalla Corte di giustizia in *Fastweb* non possa che significare un'adesione alla seconda delle due alternative; non possa, cioè, che essere intesa nel senso di ammettere, ancorché implicitamente, una legittimazione a ricorrere diversa da quella propria dell'ordinario giudizio amministrativo di tipo soggettivo, derogando così alle regole proprie di quest'ultimo. Di fatto, come si è già avuto modo di considerare, in questo modo vi è una svalutazione del requisito della legittimazione e l'elemento soggettivo viene spostato sull'interesse a ricorrere per cui – senza potersi in questa sede soffermare sulla problematica, peraltro del tutto nota, concernente il rapporto tra interesse legittimo e interesse processuale – può dirsi che la legittimazione ad agire assuma un ruolo recessivo, giacché la sua configurabilità dipende da un elemento di differenziazione fortemente generico, che viene poi a declinarsi in concreto in relazione all'effettivo interesse al ricorso; ciò che, determinando uno spostamento del rilievo dell'interesse della parte dal versante sostanziale a quello processuale, necessariamente implica anche una concezione maggiormente oggettivistica del modulo processuale corrispondente (...)l'applicazione di questa impostazione al contenzioso relativo agli appalti pubblici porterebbe a configurare un modello differenziato di giudizio, ove il criterio di legittimazione a ricorrere si conforma alle esigenze di oggettivizzazione che già possono riscontrarsi nei poteri speciali concessi al giudice in ragione della protezione di quel particolare interesse che in questo tipo di controversie si ravvisa, a dire quello alla tutela della concorrenza». In senso concorde, L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 4, 2016, 1202 ha parlato di «deriva "oggettivistica" cui condurrebbe un principio che, per come letteralmente formulato nella sentenza *Puligienica*, finirebbe per affrancare la tutela giurisdizionale dalla nozione (processuale) di interesse». Al contrario, ritiene che sia da escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici R. CAPONIGRO, in *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 14 giugno 2016. Nello specifico, l'Autore osserva che: «I principi posti da tale ultima pronuncia riguardano anch'essi l'ipotesi di due soli concorrenti in gara, tale del resto era la fattispecie concreta posta all'esame della Corte, e non sembrano potersi

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo primario dal diritto europeo, deve essere tutelata sia nell'interesse del diritto comunitario a che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto, sia nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice, affinché possa disporre di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata<sup>42</sup>.

Peraltro, il diritto alla piena ed effettiva concorrenza è alla base del Considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE, in forza del quale *persino* «i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto...». A ben vedere, si tratta di una disposizione che potrebbe “stravolgere” la nozione di interesse legittimo tradizionalmente accolta nella nostra esperienza giuridica. Tale categoria concettuale (“*interesse legittimo*”) abbandona i consueti connotati di posizione *qualificata e differenziata* per essere invece riconosciuto ai «cittadini [...] in qualità di contribuenti» ed essere inoltre espressamente legato al «corretto svolgimento delle procedure di appalto»<sup>43</sup>. Non a caso, alcuni commentatori hanno letto questa previsione come riconoscimento, a livello del diritto dell'Unione, di un «ricorso amministrativo popolare a tutela dell'interesse alla legittimità delle procedure di appalto»<sup>44</sup>.

Orbene, ad avviso dei giudici, l'effettività di tale diritto sarebbe sostanzialmente attenuata se si postergasse la tutela avverso il bando al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto stabilito dalla Plenaria n. 1/2003. Si prospetta dunque la tesi secondo la quale, limitatamente al settore degli appalti pubblici, *tutte* le clausole attinenti alle regole “formali” e “sostanziali” della gara dovrebbero essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo sarebbe destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi.

---

estendere automaticamente all'ipotesi di pluralità di partecipanti, [...]. La Corte, infatti, si riferisce comunque all'esistenza di “un analogo interesse legittimo” all'esclusione dell'offerta ed all'interesse strumentale a partecipare ad una gara eventualmente rinnovata, presupposti che potrebbero non sussistere se, ritenute fondate le azioni principale ed incidentale, la stazione appaltante fosse tenuta ad aggiudicare l'appalto ad una terza impresa estranea al rapporto processuale. Tale considerazione porta ad escludere che la decisione del giudice europeo abbia posto le basi per l'ingresso di una giurisdizione di tipo oggettivo nella materia dei contratti pubblici».

<sup>42</sup> *Ex multis*, CGUE, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP e Santorso*, punto 29; 23 dicembre 2009, C-305/08, *CoNiSMa/Regione Marche*, punto 37.

<sup>43</sup> Cfr. sul punto M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, Testo della relazione svolta al Convegno di studi dell'8 luglio 2016 “Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici”, organizzato a Cortina dall'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti, in *italiappalti.it*: «Si afferma, quindi, l'attribuzione di una posizione giuridica sostanziale al semplice cittadino, ancorché attraverso il riferimento ad una categoria concettuale (“*interesse legittimo*”) non pienamente consolidata nel linguaggio normativo europeo (e certamente non sovrapponibile alla nozione di *interesse legittimo* affermatasi nell'ordinamento nazionale italiano), con l'evidente finalità di ampliare gli strumenti di controllo obiettivo della legittimità delle procedure. Al di là dei delicati problemi di inquadramento teorico, deve essere rimarcato che, per la direttiva, questa “situazione giuridica”, sostanziale o strumentale, deve essere comunque tutelata in modo efficace».

<sup>44</sup> E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 873 ss., spec. 874.

La Sezione si sofferma poi sulle conseguenze di tale eventuale mutamento del diritto vivente di derivazione giurisprudenziale ad opera della Plenaria (c.d. *overruling*)<sup>45</sup>, osservando come sarebbe opportuno che la Plenaria stabilisse in modo chiaro se i nuovi principi innovativi eventualmente stabiliti valgano anche per il passato, ovvero - come al Collegio sembra più ragionevole - solo per il futuro.

Sul punto, la giurisprudenza<sup>46</sup> ha precisato che, per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico, occorre la presenza cumulativa dei seguenti presupposti: *a)* che l'esegesi incida su una regola del processo; *b)* che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento; *c)* che l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.

Ad avviso del Collegio, nel caso di specie sono presenti tutti e tre i presupposti, ragion per cui si dovrebbe escludere l'operatività della preclusione per tutte le parti che abbiano agito in giudizio prima dell'emanando pronunciamento della Plenaria, confidando incolpevolmente nella consolidata pregressa interpretazione della regola.

In definitiva, l'ordinanza evidenzia la necessità di adeguare la teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua tutela, al mutato contesto normativo, che esige un'attualizzazione dei canoni ermeneutici fissati nel 2003. Pur non mettendo in dubbio l'autorevolezza e la validità degli insegnamenti tradizionali, la Plenaria viene invitata ad esprimersi nuovamente sulla tematica concernente l'impugnabilità immediata delle clausole relative al criterio di aggiudicazione, chiedendo che si adotti una interpretazione evolutiva dei principi affermati nel 2003, idonea a conservarne la coerenza rispetto alla mutata nozione di "bene della vita", che caratterizza ora il "riformato" diritto degli appalti.

## **5. La giurisprudenza di primo grado sulla impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione. Le pronunce "contrarie" all'indirizzo evolutivo**

Alla luce delle considerazioni rese dalla terza sezione, anche la giurisprudenza di primo grado si è espressa in merito all'impugnabilità delle clausole del bando "non escludenti", in parte ribadendo l'indirizzo "tradizionale", aderente ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003, in parte discostandosene e accogliendo, invece, l'indirizzo evolutivo prospettato dalla sentenza n. 2014/2017 e dall'ordinanza di rimessione n. 5138/2017.

Quanto alle pronunce che hanno confermato l'orientamento contrario alla configurazione dell'onere di immediata impugnabilità, vale menzionare, in particolare, Tar Veneto, sez. III, 21 luglio 2017, n. 731 che ha ribadito l'opinione per cui «la lesività nella sfera giuridica della

---

<sup>45</sup> Il fenomeno di *overruling* è quello che si verifica quando il mutamento della precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, di modo che l'atto compiuto dalla parte od il comportamento da questa tenuto secondo l'orientamento precedente risultino irrivalenti per effetto ed in conseguenza diretta del mutamento dei canoni interpretativi. Se questo mutamento è poi connotato dall'imprevedibilità (per essere intervenuto in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso) si deve escludere l'operatività della preclusione o della decadenza che derivino dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola.

<sup>46</sup> Cfr. Corte Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144.

ricorrente del ..criterio [del massimo ribasso] e, correlativamente, l'interesse alla sua eliminazione» non può essere percepita con la pubblicazione del bando, essendo destinata ad aggiornarsi soltanto con l'aggiudicazione della gara a favore di un terzo concorrente: in sostanza, «di fronte ad una clausola ritenuta illegittima, ma non impeditiva della partecipazione..., il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare»<sup>47</sup>.

Ancor più di recente, il Tar Bari, sez. III, con sentenza del 30 ottobre 2017, n. 1109, ha confermato l'inammissibilità dell'impugnazione immediata della clausola del bando di gara che prevede, quale criterio di aggiudicazione prescelto, quello del massimo ribasso. In particolare, i giudici hanno osservato che «i recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici non hanno introdotto altri casi di impugnazione immediata da parte di potenziali concorrenti, tanto che allo stato non può ritenersi che l'onere di immediata impugnazione sia riferibile anche alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della commissione giudicatrice». Secondo il Tar, con la formulazione del nuovo art. 120, comma 2-bis, c.p.a. il legislatore ha voluto distinguere la prima fase relativa alle ammissioni/esclusioni, da quella relativa all'aggiudicazione, ma non ha anticipato la tutela fino a generalizzare la possibilità di immediata impugnazione del bando. Inoltre, si osserva che la previsione contemplata dall'art. 211 comma 2 del d.lgs. 50/2016, richiamata dai giudici della terza sezione a sostegno della tesi ampliativa, è stata abrogata dall'art. 123 d. lgs. 56/2017. In ogni caso, essa riservava all'ANAC la possibilità di intervenire al fine di sollecitare la stazione appaltante a rimuovere i vizi di legittimità rinvenuti negli atti della procedura di gara, non lasciando spazio per un'immediata impugnazione del bando da parte di singoli potenziali partecipanti alla gara. Alla luce di tali considerazioni, il Tar ha pertanto escluso che la normativa di riferimento, anche dopo i recenti interventi riformatori, lasci margini di interpretazione nel senso di ampliare ulteriormente i casi di immediata impugnazione.

Nello stesso senso, il Tar Venezia, sez. III, con sentenza n. 1025 del 13 novembre 2017 ha ritenuto non convincenti le argomentazioni dell'indirizzo evolutivo. Il Collegio ha osservato, fra l'altro, che, al di fuori di quella che è la regola comune (e cioè la necessità di impugnare immediatamente la legge di gara soltanto quando sia impeditiva della partecipazione sotto i profili innanzi evidenziati), se il legislatore avesse voluto l'impugnazione immediata anche di

---

<sup>47</sup> Il Collegio, peraltro, non sconosce la sentenza Cons. Stato., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, «ma non ritiene convincenti le argomentazioni ivi contenute, giacché, fra l'altro, al di fuori di quella che è la regola comune (e cioè la necessità di impugnare immediatamente la legge di gara soltanto quando sia impeditiva della partecipazione sotto i profili innanzi evidenziati), se il legislatore avesse voluto l'impugnazione immediata anche di tale fattispecie, l'avrebbe imposto, così come ha imposto l'immediata impugnazione del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali" (cfr. l'art. 120, comma 2-bis del DLgs n. 104/2010 che, inoltre, esclude la diretta impugnabilità "degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività")».

tale fattispecie, l'avrebbe imposto, così come ha imposto l'immediata impugnazione di provvedimenti di ammissione ed esclusione del nuovo rito super-speciale.

### **5.1 Segue: Le pronunce “favorevoli” all’indirizzo evolutivo**

D'altra parte, molteplici pronunce dei giudici di primo grado si sono mostrati favorevoli all'accoglimento dell'indirizzo evolutivo prospettato dalla terza sezione. Sulla base di tali argomentazioni, sono state infatti ammesse impugnazioni immediate di clausole del bando contemplanti l'erroneo criterio di aggiudicazione.

In particolare, i principi espressi dalla sentenza n.2014/2017 e dalla ordinanza di rimessione sono stati ribaditi dal Tar Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612 che ha affermato l'onere di immediata impugnazione della clausola relativa al criterio di aggiudicazione, «in quanto, dopo l'entrata in vigore del D.Lg.vo n. 50/2016, a fronte dell'illegittima adozione del criterio del massimo ribasso da parte della stazione appaltante, il concorrente che si ritiene danneggiato dalla scelta di siffatto criterio, deve impugnare immediatamente la documentazione di gara nella parte in cui lo prevede, senza attendere l'esito della gara, in quanto sono già sussistenti tutti i necessari presupposti: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio “ordinario” e generale (C.d.S., III, 2 maggio 2017, n. 2014)».

Più di recente, anche il Tar Napoli, ha ritenuto ammissibile l'impugnativa immediata della clausola che prevedeva quale metodo di aggiudicazione il criterio del prezzo più basso, in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, considerando poi il ricorso fondato nel merito (sent. 24 ottobre 2017 n. 4995). Nello stesso senso, il Tar Lombardia, Brescia, sez. I, dopo aver preliminarmente ricostruito il ragionamento della terza sezione, ha ammesso l'immediata impugnabilità del bando per contestare la metodologia di aggiudicazione del prezzo più basso, accogliendo il ricorso e annullando il bando di gara contenente la clausola illegittima (sent. 18 dicembre 2017, n. 1449).

In generale, si è osservato come l'originaria impostazione basata sulla «scissione fra piena conoscenza del bando "sbagliato" ed interesse a contestare il provvedimento di aggiudicazione (ancor ieri definitiva, ma oggi) efficace adottato in applicazione dei suoi precetti», se poteva dirsi compatibile con le linee generali del d.lgs. n. 163/2006, non corrisponde più alla *ratio* che ispira il d.lgs. n. 50/2016, il quale contiene una serie di indici della vocazione generale ed autonoma dell'*interesse participationis*. Con specifico riferimento al nuovo rito super accelerato di cui all'art. 120 comma 2bis e 6bis c.p.a., si è rilevato che esclusivamente «a fronte di una scelta normativa che, mediante ricorso ad una *fiction juris*, "anticipa" la lesività di (meri) atti endoprocedimentali allo scopo di impedire contestazioni tardive circa la legittimità delle scelte operate dalle stazioni appaltanti, sarebbe contraddittorio ancorare il momento del sorgere dell'onere di contestazione

dei bandi, non già al momento della conseguita conoscenza degli stessi come dalla regola generale di cui all'art. 41, secondo comma, c.p.a., bensì al sopravvenire del provvedimento che abbia concluso la relativa procedura di gara» Alla luce di tali considerazioni, non dovrebbe più distinguersi fra clausole del bando di gara ad effetto escludente o meno, in quanto l'onere di immediata impugnazione dovrebbe invece estendersi «a tutte indifferenziatamente quelle che costituiscono la *lex specialis* della relativa procedura di gara»<sup>48</sup>.

Da ultimo, le considerazioni della terza sezione sono state condivise anche dal Tar Lazio, Roma, con sentenza del 30 novembre 2017 n. 11875, il quale ha sollecitato il loro recepimento da parte dell'Adunanza Plenaria, aggiungendo, tra l'altro, che si tratta di principi corrispondenti anche ad un *canone di buona fede sostanziale*. Dopo aver ribadito le ragioni che militano in favore dell'indirizzo evolutivo prospettato dalla ordinanza di rimessione, i giudici hanno evidenziato come ad ulteriore sostegno di tale impostazione vi siano anche «ragioni di buona fede e leale cooperazione tra i concorrenti e la P.A. precedente». Dal momento che la procedura di gara, essendo rivolta a selezionare un contraente della P.A., deve inquadrarsi in un ambito che, ancorché soggetto ad una rigida procedimentalizzazione, resta oggettivamente precontrattuale, cui risulta pacificamente applicabile il criterio della buona fede nelle trattative di cui all'art. 1337 c.c., «non sussistono ragioni per escludere che, nello svolgimento della procedura di gara, anche le parti private, concorrenti nella gara, siano impegnate all'osservanza, secondo la migliore diligenza, dei doveri di correttezza e lealtà propri di questa fase, tra i quali quello, pienamente esigibile e riconducibile al dovere di informazione, di far valere tempestivamente le ragioni di illegittimità o di irregolarità della gara che possono condizionarne lo svolgimento al punto da decretarne la ripetizione integrale»<sup>49</sup>.

## 6. La Plenaria n. 4/2018 conferma l'impostazione tradizionale

Alla luce di dette sollecitazioni, l'Adunanza Plenaria si è pronunciata con sentenza n. 4 del 26 aprile 2018 confermando *in toto* l'orientamento tradizionale, rifiutando la lettura evolutiva prospettata dalla ordinanza di rimessione e così “ridimensionando” il ruolo dell'interesse strumentale nel contenzioso appalti.

In via preliminare, la Plenaria si sofferma su una questione processuale inerente la possibilità per il giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado in carenza di pronuncia del giudice di primo grado su tali profili, concludendo per la soluzione positiva<sup>50</sup>.

Nel merito, dopo aver ribadito la necessaria partecipazione alla gara quale condizione legittimante l'impugnazione della *lex specialis*, i giudici affermano che il rapporto tra

---

<sup>48</sup> Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 168; TAR Toscana, Firenze, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 285.

<sup>49</sup> Cfr. anche TAR Lazio, sez. II ter, 7 agosto 2017 n. 9249.

<sup>50</sup> In riferimento a tale questione, la Plenaria afferma il seguente principio di diritto: «Sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione».

impugnabilità immediata e non immediata impugnabilità del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra *regola/eccezione*.

La *regola* è l'impugnabilità differita. L'*eccezione* riguarda solo i casi in cui le clausole siano idonee a generare una lesione diretta ed immediata della posizione dell'interessato, impedendo *ex ante* la partecipazione dell'operatore economico alla procedura (clausole "escludenti").

La previsione di un onere di immediata impugnazione in siffatte ipotesi trova ragione nella duplice esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e la massima apertura del mercato e una trattazione unitaria e concentrata delle controversie in materia di appalti, posto che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo.

Ad avviso della Plenaria, tali casi eccezionali devono rimanere circoscritti alle sole ipotesi in cui si tratti di prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, mentre non possono estendersi a tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara: in tal caso, non sussiste, infatti, alcuna lesione *concreta ed attuale* suscettibile di tutela prima dell'atto di aggiudicazione, che segna il momento in cui si radica l'interesse all'impugnazione in capo all'operatore economico, qualora risulti non aggiudicatario.

### **6.1 L'assenza di legittimazione dell'impresa non partecipante (o definitivamente esclusa) dalla gara ad impugnare le clausole non escludenti**

La conclusione sopra esposta viene raggiunta dalla Plenaria sulla base di un attento ragionamento, che coinvolge il riformato diritto degli appalti alla luce delle istanze interne e sovranazionali in tema di effettività della tutela e rispetto del principio di concorrenza.

Anzitutto, la Plenaria si occupa della questione inerente la necessaria domanda di partecipazione per l'impugnazione delle clausole non escludenti, pur se non di immediata attualità per la controversia *de quo*, essendo pacifico che nel caso rimesso dalla terza sezione l'impresa che aveva impugnato clausola del bando relativa al criterio di aggiudicazione aveva proposto domanda di partecipazione.

Tale problematica acquista carattere preliminare in quanto è evidente che, qualora si ammettesse come principio generale quello della legittimazione "generalizzata" ad impugnare tutte le clausole del bando, seppure non escludenti (riconoscendola finanche all'operatore economico non partecipante alla procedura di gara), si sancirebbe una tale anticipazione della soglia di tutelabilità dell'interesse che sarebbe assurdo poi affermare che per tali clausole sia necessario però attendere l'esito delle procedura di gara.

In proposito, il Collegio ritiene di confermare l'impostazione tradizionale, che esclude che il soggetto non partecipante sia legittimato ad impugnare le prescrizioni contenute nel bando asseritamente lesive ma non immediatamente escludenti. Mancherebbe, infatti, in tali casi una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela in capo a colui che si è astenuto dal partecipare ad una selezione, la quale viene acquistata in modo certo solo per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. La sua posizione, in sostanza,

non sarebbe dissimile a quella del *quisque de populo*, ancorché vanti un interesse a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita, il quale, in effetti, avrebbe una consistenza meramente affermata ed ipotetica. Anzi «tale preteso interesse avrebbe trovato già smentita nella condotta omissiva tenuta dall'operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l'offerta si è astenuto dal farlo».

Né a diverse conclusioni, ad avviso della Plenaria, può condurre la nozione “evolutiva” di interesse a ricorrere prospettata dall'ordinanza di rimessione, il quale, se pure si volesse individuare nell'interesse dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, non avrebbe comunque i requisiti della certezza e dell'attualità tali da giustificare la legittimazione a prescindere dalla domanda di partecipazione.

Peraltro, si osserva come nemmeno il diritto europeo sembra militare per una siffatta estensione della legittimazione ad impugnare le clausole non escludenti contenuti nei bandi di gara.

Anzi, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la presentazione della domanda di partecipazione costituisce, in linea di principio, una valida condizione che deve essere soddisfatta da chi si vuole opporre all'aggiudicazione di un appalto, salvo che un operatore economico non assuma di essere leso «da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara», nel qual caso «sarebbe eccessivo esigere che ..., prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche»<sup>51</sup>. L'impugnazione immediata del bando di gara è, quindi, ammessa dal diritto europeo solo nelle ipotesi in cui si lamenti una lesione derivante da “clausole discriminatorie” in ragione delle quali le probabilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto “sarebbero nulle”. In tutti gli altri casi, non è ammessa l'impugnazione da parte del non partecipante.

Peraltro, l'impossibilità di ravvisare un qualche interesse meritevole di tutela in capo all'operatore economico non partecipante è confermata dalla recente sentenza del 21 dicembre 2016, *GesmbH*, ove la Corte di Giustizia ha dichiarato il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti di una procedura nei confronti di un soggetto che, *pur avendo presentato domanda di partecipazione alla gara*, era stato poi da essa *definitivamente escluso*. Nello specifico, si è affermato che il diritto di accesso al ricorso sancito dalla c.d. direttiva ricorsi non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto. Ciò anche allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa. Infatti, in tali casi, il ricorrente non può essere considerato leso né rischia di essere leso dalla violazione denunciata, in quanto non è portatore di una situazione giuridica soggettiva che lo differenzia dal *quisque de populo*.

---

<sup>51</sup> CGUE., sez. VI, 12 febbraio 2004, *Grossman*, C-230/02.

Se quindi la legittimazione non viene riconosciuta nemmeno al soggetto partecipante ma definitivamente escluso, non si vede perché essa dovrebbe essere invece riconosciuta al soggetto che si sia volutamente astenuto dal parteciparvi, pur avendone la possibilità (in quanto il bando non recava clausole discriminatorie o escludenti): «va semmai rilevato che la posizione dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura appare ancora meno meritevole di considerazione, sul piano dell'interesse, rispetto a quella dell'impresa che pur abbia manifestato in concreto la volontà di partecipare alla procedura, rimanendo poi esclusa».

Ad avviso dei giudici, non lascia spazio a una diversa soluzione nemmeno la recente rimessione alla Corte di Giustizia da parte del Tar Liguria posto che, con riferimento alle clausole non escludenti, aprirebbe a valutazioni (quelle incentrate sulla “*altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione*”) «incerte e opinabili».

Riguardo a tale primo profilo, la Plenaria conclude dunque confermando il consolidato orientamento, nazionale ed europeo, secondo il quale: «l'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione».

## **6.2 La postergazione della tutela avverso il bando non immediatamente lesivo**

La pronuncia passa poi ad analizzare nel merito le argomentazioni contenute nell'ordinanza di rimessione a sostegno della lettura evolutiva del quadro ordinamentale.

Per prima cosa, il Collegio osserva come l'auspicato *revirement* potrebbe difficilmente avvenire in via ermeneutica, in quanto dovrebbe necessariamente passare prima per il vaglio di legittimità costituzionale. In effetti, l'art. 120, comma 5, del c.p.a., conferendo «rango legislativo» alla Plenaria n.1/2003, prevede l'onere di immediata impugnazione del bando o dell'avviso di gara solo «in quanto autonomamente lesivo»<sup>52</sup>. Pertanto, un eventuale ampliamento dell'onere di immediata impugnabilità richiederebbe una previa verifica da parte della Corte Costituzionale sulla compatibilità di tale inciso rispetto ai precetti di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione.

In ogni caso, i giudici non ritengono vi siano ragioni per discostarsi dall'orientamento tradizionale, sia con riferimento alla previgente legislazione (d.lgs. n. 163/2006) - applicabile alla causa *de quo ratione temporis* -, sia con riferimento al nuovo quadro normativo (d. lgs. n. 50/2016).

Sul punto, il Collegio dedica una attenta disamina all'odierno quadro ordinamentale, passando in rassegna il blocco normativo illustrato dall'ordinanza di rimessione, rigettando però l'indirizzo evolutivo da essa prospettato.

---

<sup>52</sup> Nello specifico, l'art. 120, comma 5, c.p.a., modificato dal Dlgs 50/2016 prevede che: «Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42».

Con riferimento alla “portata” della disposizione di cui all’art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016, la Plenaria osserva come dalla sanzione della nullità discenda che l’azione giudiziaria può essere esercitata *sine die*, ponendosi dunque la norma nella direzione contraria rispetto alla immediata emersione dei vizi del bando prospettata a sostegno dell’indirizzo evolutivo. Non pare, dunque, che da tale disposizione possano trarsi elementi a sostegno del superamento dell’orientamento tradizionale.

Lo stesso vale per il “sistema di gerarchia” tra i criteri di aggiudicazione introdotto dall’art. 95 d.lgs. n. 50/2016, che si limita ad esprimere il *favor* per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, senza che da ciò si possa pervenire a conclusioni più generali circa l’immediata impugnabilità della clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la si ritenga errata.

Particolare attenzione viene dedicata alle norma di cui all’art. 211, comma 2, del nuovo codice, sia nel testo originario interpolato dal d.lgs. n. 56/2017, che in quello vigente come novellato dal d.l. n.50/2017. Sul punto, la pronuncia osserva come la legittimazione processuale straordinaria dell’ANAC sia conferita a presidio dell’«interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo», che è cosa ben distinta dall’interesse «primario ed immediato» del partecipante alla gara di aggiudicarsi la medesima. In sostanza, «l’Autorità agisce nell’interesse della legge; il partecipante alla gara nel proprio esclusivo e soggettivo interesse. Che..., primariamente, è quello di aggiudicarsi la gara, e solo subordinatamente, quello della riedizione della gara che non si sia riuscito ad aggiudicare».

Ad avviso della Plenaria, il potere di agire in giudizio nell’ “interesse della legge” riconosciuto all’ANAC non deve essere letto come espressione di una evoluzione ordinamentale diretta a far emergere un autonomo interesse in capo a qualsiasi operatore economico, di natura *strumentale* e polarizzato sulla procedura di gara in sé considerata, come tale meritevole di immediata e tempestiva protezione dall’ordinamento. Tale disposizione non appare infatti “innovativa” rispetto ad un mutamento in senso oggettivo dell’interesse, tanto dell’impresa non partecipante che dell’offerente, ad impugnare immediatamente le clausole del bando illegittime, seppure non escludenti.

L’Adunanza riconosce, invece, la «rilevante portata innovativa» del nuovo rito superaccelerato di cui ai commi 2-bis e 6-bis dell’art. 120 c.p.a., con il quale il legislatore ha inteso riconoscere autonoma rilevanza all’interesse alla corretta definizione della platea dei concorrenti in gara. Tuttavia, anche tali disposizioni, secondo la Plenaria, non sono espressive di un *principio generale*, in quanto l’anticipata emersione dell’interesse procedimentale alla cristallizzazione della platea dei concorrenti in gara è stata dallo stesso legislatore “perimetrata” attraverso una «puntuale e restrittiva indicazione dell’oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito “superaccelerato”»<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Anzitutto, il nuovo rito è destinato ad operare esclusivamente nei casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato possesso) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti. Di poi, anche la giurisprudenza che si è pronunciata al riguardo ha a più riprese affermato come tali norme siano di *stretta interpretazione*, in quanto derogatorie del principio tradizionale secondo cui è ammessa l’impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi (quale è l’esclusione, ma non l’ammissione delle altre concorrenti). In generale, si è osservato come il nuovo rito sia destinato ad operare

Inoltre i giudici osservano che la logica sottesa alla anticipazione della tutela prevista dall'art. 120, 2-bis, c.p.a. è ontologicamente diversa rispetto a quella che (in tesi) condurrebbe alla immediata impugnabilità dei vizi del bando. Nel primo caso, infatti, i provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti incidono, oggettivamente sulla *chance* di aggiudicazione, mentre l'immediata impugnabilità delle clausole non escludenti del bando persegue, semmai, la diversa ottica della *ripetizione della procedura*.

In definitiva, ad avviso del Collegio, dalla neo-introdotta disciplina non emerge vocazione generale ed autonoma dell'interesse *participationis*. Mancano pertanto elementi testuali o di tipo sistematico in virtù dei quali pervenire al *revirement* auspicato dalla ordinanza di rimessione.

La prospettazione ampliativa viene inoltre rigettata anche alla luce di notevoli "inconvenienti pratici", dubitando che l'esigenza di accelerare la definizione del contenzioso, avvertita dall'ordinanza di rimessione, sarebbe risolutivamente soddisfatta dalla soluzione che si propone. Anzi, l'Adunanza osserva come imporre l'immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando avrebbe proprio l'effetto opposto e cioè di *incremento del contenzioso* e *rallentamento dei processi decisionali*. Le imprese offerenti sarebbero infatti incentivate a proporre immediatamente impugnazione alle clausole del bando (pur non aventi portata immediatamente escludenti), nella certezza di non poterla più proporre successivamente e, nello stesso tempo, avrebbero interesse a dilatare i tempi processuali, in attesa che la stazione appaltante espletasse la gara. Al termine esse potrebbero risultare aggiudicatrici, con conseguente rinuncia al ricorso proposto avverso il bando, ovvero non aggiudicatrici, circostanza che invece gli farebbe coltivare l'interesse *strumentale* alla riedizione della procedura. Nello stesso tempo, le stazioni appaltanti sarebbero spinte a *rallentare* le procedure di gara oggetto di contestazione, in attesa della decisione del ricorso proposto avverso il bando. In quest'ottica, i vantaggi in termini di diminuzione del contenzioso derivanti dall'accogliere la prospettazione fornita dalla terza sezione parrebbero del tutto «ipotetici».

Inoltre, se si ammettesse l'immediata impugnabilità delle clausole del bando secondo la lettura ampliativa della terza sezione, il sistema di tutela giurisdizionale subirebbe infatti una ulteriore "frammentazione". Si creerebbe, in sostanza, un contenzioso a struttura "trifasica", venendosi a ipotizzare almeno tre situazioni in cui il giudice potrebbe pronunciarsi sulla medesima procedura: a) l'impugnazione nel termine perentorio dalla pubblicazione del bando e/o degli avvisi di avvio della procedura secondo il rito 120 c.p.a., ammesso finora per le sole clausole escludenti, ma da estendersi, seguendo l'indirizzo evolutivo, a tutte le clausole del bando ritenute illegittime, anche se non immediatamente escludenti; b) l'impugnazione decorrente dalla pubblicazione del provvedimento di esclusione e da quello di ammissione degli altri concorrenti secondo il rito superaccelerato, applicabile unicamente nei limiti previsti dagli art. 120 commi *2bis* e *6bis*; c) l'impugnazione avverso l'aggiudicazione definitiva, seguendo il rito ordinario ex art. 120 c.p.a.

---

unicamente nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione. E, peraltro, se ne è esclusa del tutto l'applicabilità, qualora non siano state rispettate le regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione.

In tal modo, il processo sarebbe eccessivamente “spezzettato”. Ciò, peraltro, sganciando l'azione dalla sussistenza di un vero e proprio interesse *sostanziale* in capo al ricorrente: l'interesse dell'offerente a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore deve continuare infatti - secondo la Plenaria - a considerarsi «recessivo» rispetto all'interesse di questi ad ottenere l'aggiudicazione, bene della vita cui egli aspira con la partecipazione alla gara.

In conclusione, ad avviso dell'Adunanza, anche con riferimento al vigente quadro legislativo trova persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione n. 1/2003, «non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo».

## **7. Conclusioni: il “ridimensionamento” del ruolo dell'*interesse strumentale* nel (nuovo) contenzioso appalti**

La soluzione offerta dalla Plenaria conferma l'originaria impostazione già affermata nel lontano 2003, senza aprire all'indirizzo evolutivo prospettato dall'ordinanza di rimessione. Tale conclusione, come visto, viene raggiunta attraverso una approfondita analisi del vigente quadro normativo, con attenzione alle istanze sovranazionali.

L'Adunanza rifiuta la configurabilità di un interesse “di nuovo conio” alla competizione secondo i criteri stabiliti a monte dal legislatore, meritevole di immediata protezione e sganciato dall'esito della procedura, ritenendo che, in tutti i casi di clausole non escludenti, come è pacificamente quella relativa ai criteri di aggiudicazione, la lesione attuale e concreta si ravvisa solo nel *diniego di aggiudicazione*. Si nega, dunque, la sussistenza di un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturati in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti.

Tuttavia, le sollecitazioni mosse dalla terza sezione, peraltro seguite anche da diversi giudici di primo grado<sup>54</sup>, appaiono di grande rilevanza. E' innegabile, infatti, la presenza di diversi elementi, di tipo normativo e sistematico, dai quali si può desumere la moderna tendenza ad ampliare la nozione di interesse giuridicamente rilevante, anticipandone la tutela.

Tra tutti, ruolo preminente è svolto dal nuovo rito super-speciale<sup>55</sup>, che ha provocato, di fatto, un sostanziale stravolgimento della nozione “tradizionale” di “*interesse a ricorrere*”, il quale

---

<sup>54</sup> TAR Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 168; TAR Toscana, Firenze, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 285; TAR Lazio, sez. II ter, 7 agosto 2017 n. 9249; TAR Lazio, 30 novembre 2017 n. 11875.

<sup>55</sup> Secondo l'orientamento formatosi in merito alla nuova disciplina, il rito super accelerato è da ritenersi conforme ai principi costituzionali ed europei. I giudici evidenziano come appaia «evidente la ratio acceleratoria delle norme processuali previste dall'art. 120 c.p.a., tra cui quella di cui al comma 2 bis, volta alla sollecita definizione del processo in una materia rilevante come quella degli appalti, in piena conformità con il principio di ragionevolezza dei tempi del processo e, in ultima istanza, del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che trova eco nell'art. 24 e 113 Cost., oltre che nell'art. 1 c.p.a. Non pare quindi si ponga una

assume una accezione più “virtuale”<sup>56</sup>, posto che si prescinde dalla concreta lesione che sarebbe causata da un eventuale provvedimento di aggiudicazione a favore dell’impresa avversaria<sup>57</sup>. Per

---

questione di costituzionalità, né di compatibilità comunitaria, per la disciplina che prevede l’onere di immediata impugnativa, entro trenta giorni, dell’atto di ammissione alla gara in relazione alla piena conoscibilità del provvedimento, stante la comunicazione dell’avvenuta ammissione, riportante gli estremi della stessa» (cfr. TAR Napoli, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, nonché n. 2744/2017. Cfr. anche TAR Palermo, sez. III, 5 maggio 2017, n. 1231 e TAR Bari, 14 aprile 2017, n. 394 del; vedi anche, in precedenza, la sentenza n. 3540 dell’8 marzo 2017). E’ stato affermato che «la circostanza che, nella fase di ammissione, non sia ancora delineabile in capo ad alcuno dei concorrenti l’utilità finale rappresentata dall’aggiudicazione della gara, non è ostativa all’emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall’interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara. Del resto, l’interesse legittimo è una posizione non solo “differenziata” rispetto alla generalità di consociati ma anche “qualificata” proprio dalla rilevanza che l’ordinamento le attribuisce. Sicché la necessità di tutela anticipata di tale interesse, nel caso in esame, dipende dalla stessa configurazione bifasica ideata dal legislatore al fine di evitare regressioni del procedimento, per effetto di iniziative di natura contenziosa relativi ai vizi che – alla stregua dei comuni principi di buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative – i concorrenti potrebbero far rilevare già dalle fasi preliminari della gara»

<sup>56</sup>Per questi motivi, parte della dottrina ritiene che la norma abbia introdotto una giurisdizione di tipo “oggettivo” Cfr. C. LENOCI, *I presupposti applicativi del rito super accelerato*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it). In senso conforme, A. PRESTI, *Rito “super accelerato” o meglio ipercompreso contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara*, [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it), la quale osserva che: «Non v’è dubbio, infatti, che la disposizione in esame - sulla quale aleggiano non pochi dubbi di incostituzionalità - introduca un atteggiarsi dell’interesse a ricorrere per così dire più virtuale, atteso che l’impugnazione dell’altrui ammissione deve inderogabilmente essere proposta, a pena di decadenza, entro i termini temporali prescritti dall’art. 120 comma 2 bis cit.. Il che comporta un diverso atteggiarsi delle condizioni dell’azione posto che la norma di fatto esclude qualsivoglia valutazione sull’effettiva incidenza della stessa ammissione sulla posizione in graduatoria del soggetto ricorrente e/o sull’aggiudicazione finale (c.d. prova di resistenza)».

<sup>57</sup>R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), osserva criticamente che «La previsione in discorso..., sembra più organica ad una visione oggettiva anziché soggettiva della giurisdizione amministrativa e, nell’evitare che i vizi relativi alla fase di ammissione possano essere contestati e fatti valere nel giudizio di impugnazione dell’aggiudicazione, contrasta con la ratio sostanziale della disciplina sulla scelta del contraente». Nello stesso senso, A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giust.amm* n. 3-2017, ritiene che: «tale norma, seppur ridimensiona grandemente la possibilità che l’illegittimità dell’ammissione possa essere fatta valere per mezzo di un ricorso incidentale escludente, finisce per improntare, in ragione del tenore delle sue prescrizioni, il contenzioso in esame ad un modello più spiccatamente oggettivistico». La questione è stata affrontata anche da una serie di pronunce dei giudici amministrativi. Tra le altre, in Tar Campania, Napoli, 20 dicembre 2016, n. 5852 (su cui vedi *amplius* par. 7), si è osservato che: «nonostante alcuni tra i primi interpreti abbiano ricostruito questa presunzione assoluta di lesività dei provvedimenti come una sorta di interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all’art. 129 c.p.a. (nel quale, tuttavia, sono impugnabili i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio), ciò non toglie che un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all’ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell’interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare). Deve tuttavia non trascurarsi il peso che nel processo amministrativo potrebbe assumere l’interesse strumentale, di cui alle citate sentenze Fastweb e Puligienica. Solo la futura evoluzione giurisprudenziale potrà, pertanto, confermare o smentire la scelta del legislatore del 2016». TAR Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577. Anche autorevole dottrina ha escluso la sussistenza di problemi di legittimità

tale motivo, la nuova disciplina processuale descritta dall'art. 120, comma 2-bis e 6-bis c.p.a. è stata valorizzata come spunto per una riflessione sulla (ri)definizione dei concetti di “interesse” e di “bene della vita” nel contenzioso sui contratti pubblici<sup>58</sup>.

In quest'ottica, si è evidenziato che «le medesime (ed anzi più forti e pregnanti) ragioni di stabilità che hanno spinto il Legislatore a derogare alla correlazione tra il principio di immediatezza della lesione e la proponibilità dell'azione, imporrebbero altresì che l'obbligo di impugnazione immediata fosse esteso a tutte le previsioni degli atti di avvio della procedura, a prescindere dal momento della loro attuale lesività, in modo da assicurare l'effetto di stabilità della gara –per fasi– nel suo divenire, con conseguente impossibilità *ex post* di rimontare all'illegittimità di fasi già superate»<sup>59</sup>.

La stessa disciplina euro-unitaria presenta indici in tal senso. Difatti, è utile evidenziare che l'art. 1, comma 3, della direttiva n. 89/665 CEE (c.d. direttiva ricorsi), riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di *interesse*, imponendo agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a «chiunque abbia o abbia avuto *interesse a ottenere l'aggiudicazione* di un determinato appalto e *sia stato o rischi di essere lesa* a causa di una presunta violazione». La legittimazione a ricorrere si presenta dunque in una accezione piuttosto ampia, idonea a comprendere anche colui che “rischi di essere lesa” a causa di una violazione denunciata.

Deve inoltre non trascurarsi il peso che nel processo amministrativo sta assumendo *l'interesse strumentale*, alla luce delle ripetute istanze europee tendenti ad un'estensione della nozione di interesse processualmente rilevante<sup>60</sup>. Quanto detto risulta particolarmente evidente dal principio (di portata “dirompente”<sup>61</sup>) espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza

---

costituzionale ritenendo che la nuova norma abbia introdotto un vero e proprio «interesse legittimo, di nuovo conio, alla giusta formazione della platea dei concorrenti in gara». Così G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale osserva che nuovo art. 120, comma 2-bis, cpa, senza dirlo, agisce sul rapporto tra lesione, interesse a ricorrere e azione in giudizio, mediante una *factio iuris*. «...dal punto di vista dell'aggiudicazione, la finzione giuridica opera – come spesso avviene - mediante una tacita presunzione assoluta: che è di lesività e che serve a dare attualità all'interesse a ricorrere. Si tiene luogo di una lesione effettiva ancora non prodotta del bene ultimo della vita, cioè della pretesa all'aggiudicazione: fattispecie che si avrebbe davvero soltanto o con l'esclusione o con la soccombenza finale nella gara. Insomma, per abilitare all'immediata impugnazione si attribuisce virtualmente concretezza e attualità a ciò che rappresenta una lesione ancora, nelle more del provvedimento conclusivo, solo indiziaria e potenziale, non già concreta ed effettiva».

<sup>58</sup> G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, cit.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, cit. Si veda altresì S. TRANQUILLI, *La contestazione della decisione di ammissione e aggiudicazione nell'evoluzione del contenzioso sui contratti pubblici*, AIPDA - Paper Convegno Annuale AIPDA 2017.

<sup>59</sup> «Questa estensione sarebbe sì concretamente produttiva di effetti di contenimento del contenzioso, nella logica che chi partecipa alla gara deve dolersi subito delle eventuali illegittimità, ma che superata tale fase, e pervenutisi alla fase delle offerte, le regole di gara non possano essere rimesse in discussione» Così L. COCCHI, *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 16 giugno 2016.

<sup>60</sup> Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, in C-100/12, “Fastweb”; Id., Grande Sez., 5 aprile 2016, C-689/13, “Puligenica”, Id., Sez. VIII, 10 maggio 2017, in C-131/16, “Archus”.

<sup>61</sup> Cfr. M. LIPARI, *Il ricorso principale e il ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, Treccani, 2017.

*Puligienica*<sup>62</sup>. La soluzione ampliativa potrebbe, in quest'ottica, essere considerata quale diretto precipitato della significativa rilevanza che l'interesse "strumentale" ha man mano assunto nell'ambito del contenzioso dei contratti pubblici<sup>63</sup>, fino quasi ad essere elevato a surrogato della posizione legittimante<sup>64</sup>.

Nello stesso tempo, è acquisizione consolidata che la presenza di un effettivo, concreto e attuale interesse in capo all'operatore economico rileva quale elemento imprescindibile per procedere all'esame del ricorso, con conseguente inammissibilità dello stesso nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente non ricavi, *con assoluta certezza*, alcuna utilità *concreta e attuale*.

Ciò peraltro è stato di recente ribadito proprio dalla terza sezione, che ha evidenziato i "limiti oggettivi" della sentenza *Puligienica*, modulando quanto da essa stabilito alla luce della nozione di *interesse strumentale* e riconoscendo che, pur dopo l'estensione della nozione di interesse processualmente rilevante fornita dal giudice europeo, non possono ravvisarsi gli estremi di tale condizione dell'azione nei casi in cui dall'accoglimento del ricorso non possa derivare per il ricorrente, *con certezza*, alcun vantaggio, nemmeno in via mediata e strumentale<sup>65</sup>.

Lo stesso è stato affermato anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 245/2016 già citata, la quale ha escluso la sussistenza della legittimazione ad impugnare in capo al soggetto non partecipante alla gara qualora le *chances* di esito positivo della procedura di gara non siano *azzerate*, ma solo *ridotte* e, dunque, la lesione lamentata sia solo *eventuale*, come tale denunciabile unicamente da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Si rimanda alla nota 33.

<sup>63</sup> Così S. TRANQUILLI, *La contestazione della decisione di ammissione e aggiudicazione nell'evoluzione del contenzioso sui contratti pubblici*, cit.

<sup>64</sup> La giurisprudenza amministrativa è, tradizionalmente, contraria alla possibilità di elevare l'interesse strumentale a surrogato della posizione legittimante. Cfr per tutti Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571 ove si afferma che: « Non può quindi ritenersi accettabile l'assunto che l'interesse strumentale, cioè la prospettiva del vantaggio consistente nella semplice possibilità della riedizione della gara, basti a legittimare il candidato ad impugnare gli atti di gara posto che siffatta conclusione, raggiunta tramite il discutibile rovesciamento concettuale che pretende di elevare il cosiddetto interesse strumentale a surrogato della posizione legittimante, è nella sostanza destinata a piegare l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità, che il nostro ordinamento notoriamente non contempla».

<sup>65</sup> Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, così massimata: «L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela *in subiecta materia* una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale)».

<sup>66</sup> Si legge in motivazione: «Che il caso all'esame del giudice a quo non rientri in queste ipotesi eccezionali emerge dalla stessa motivazione dell'ordinanza di rimessione, laddove si afferma che le clausole impugnate inciderebbero sulle chances di aggiudicazione delle ricorrenti che «si ridurrebbero fin quasi ad azzerarsi», mentre, in presenza di una gara dimensionata su base provinciale e suddivisa in lotti, esse «avrebbero moltissime probabilità di aggiudicarsi il servizio, non foss'altro per effetto del vantaggio di essere state le precedenti gestrici dello stesso». Da tale motivazione non si ricava alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettiva di una lesione solo eventuale, denunciabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione» (Corte cost. n. n. 245/2016).

Ed è innegabile che nella fase prodromica della procedura il concorrente che impugni la clausola relativa al criterio di aggiudicazione non può conoscere, *con assoluta certezza*, quale sarà l'esito della procedura di gara, ben potendo alla fine risultare vincitore proprio grazie (o nonostante) il criterio che si intendeva, invece, contestare.

D'altro canto, l'impresa ricorrente avrebbe evidentemente difficoltà a dimostrare in che modo il criterio illegittimo leda il suo interesse a competere secondo qualità. Graverebbe infatti su di essa l'onere di provare che, qualora il bando avesse recato il criterio esatto, la sua offerta sarebbe risultata maggiormente competitiva, aumentando la sua *chance* di aggiudicazione, in un momento, però, in cui non si conosce ancora quali parametri saranno poi adottati dalla commissione giudicatrice per valutare l'offerta migliore<sup>67</sup>.

In sostanza, seguendo l'impostazione della ordinanza di rimessione, l'*interesse strumentale* non emerge più dopo, come modalità di riparazione della lesione al bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione (lesione che, invero, è solo *potenziale*), ma *immediatamente* con la pubblicazione del bando, identificandosi nell'interesse personale del ricorrente a partecipare ad una gara le cui regole siano legittime.

Seppure l'indirizzo evolutivo prospettato dalla terza sezione sia degno di attenzione, in quanto in linea con le istanze di anticipazione della tutela che caratterizzano il momento attuale, la soluzione della Plenaria pare condivisibile, anzitutto, nell'ottica di tutelare al massimo l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo.

Il pericolo avvertito dalla Adunanza è, infatti, probabilmente, quello che la soluzione prospettata dalla ordinanza di rimessione finisca rendere eccessivamente oneroso l'accesso alla giustizia, anticipando obbligatoriamente la tutela ad un momento in cui il concorrente non vanta con certezza un effettivo e concreto interesse all'impugnativa<sup>68</sup>.

L'operatore economico sarebbe infatti obbligato ad impugnare immediatamente la clausola relativa al criterio di aggiudicazione, senza sapere ancora chi sarà l'aggiudicatario. In tal modo, si imporrebbe al concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che

---

<sup>67</sup>Si veda R. CASINI, G. GAGLIARDINI, B. BIANCARDI, *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n.4/2018, spec. 23.

<sup>68</sup>Cfr. TAR Piemonte, sez. I, ord., 17 gennaio 2018, n. 88, il quale ha condiviso le medesime preoccupazioni e dubitato sulla compatibilità euro-unitaria del nuovo rito super-accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., rimettendo alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: «se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti; se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato»

detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, facendo carico anche all'operatore che all'esito dovesse invece rilevarsi vincitore, di assumere gli oneri connessi all'esperimento immediato del giudizio<sup>69</sup>.

Nello stesso tempo, è evidente che prevedere l'immediata impugnabilità di *tutte* le clausole del bando potenzialmente illegittime, accanto ad una deflazione del contenzioso ed una maggiore "stabilità" della procedura di gara, provocherebbe, sotto altro profilo, l'opposto effetto di *profilerazione* del contenzioso, quantomeno con finalità cautelative, in quanto la paura di non poter più sollevare contestazioni nei confronti delle clausole del bando, verosimilmente, condurrebbe gli operatori economici ad impugnare immediatamente tutte le clausole ritenute illegittime<sup>70</sup>, con il conseguente arenarsi o quantomeno rallentarsi delle procedure ad evidenza pubblica.

Al di là dei prospettati inconvenienti pratici, nel merito, la tesi, sottesa alla ordinanza di rimessione, che l'interesse a competere secondo regole legittime sia un interesse azionabile in giudizio (eventualmente anche a prescindere dalla presentazione della domanda) pare una soluzione che non ha esplicita base normativa nel nostro ordinamento.

L'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale nell'ambito del contenzioso degli appalti pubblici ha richiesto, infatti, con riferimento all'impugnazione delle ammissioni ed esclusioni, l'introduzione di una disciplina *ad hoc* (art. 120 comma 2-bis e 6-bis c.p.a.). E peraltro, inizialmente, nello schema originario del codice dei contratti pubblici, sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva un'estensione di tale rito, ma limitata unicamente al provvedimento di nomina della composizione della commissione; ampliamento che è stato poi espunto nel testo definitivo, recependo i suggerimenti dell'organo consultivo<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Tali criticità sono evidenziate con riferimento al rito super speciale da M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 15/2017, spec. 14 ss., la quale osserva che: «l'ammissione degli altri concorrenti ad una gara pubblica non doveva e non dovrebbe essere immediatamente impugnata, perché non si può pretendere - pena un inaccettabile limite all'effettività della tutela - che un soggetto instauri un giudizio, sopportando oltretutto i gravi oneri del contributo unificato e degli onorari di legali super specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni nonostante i molteplici ostacoli sopra richiamati, senza magari neppure ottenere la sospensione del provvedimento in nome delle riferite esigenze imperative di esecuzione del contratto, per una gara che non sa se potrebbe mai vincere e per contestare l'ammissione di un concorrente di cui non conosce la possibile collocazione in graduatoria». Si rimanda altresì a M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, 2017, spec. 314.

<sup>70</sup> Si veda sul medesimo pericolo con riguardo al rito super speciale L. COCCHI, *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 16 giugno 2016.

<sup>71</sup> Il parere 1 aprile 2016, n. 855 reso sulla schema di codice dei contratti pubblici ha evidenziato, anzitutto, un problema di coerenza con la legge delega: «Nel criterio direttivo di cui alla citata disposizione si prevede la immediata impugnazione solo per "i provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione", mentre nello schema delegato si impone di impugnare immediatamente anche il provvedimento di nomina della commissione di gara. Vista la natura eccezionale del rito, derogatorio rispetto ai termini e alle regole generali, si impone un'attuazione non estensiva della delega. Si propone quindi di eliminare il riferimento alla "composizione della commissione" nell'enumerazione delle materie interessate dal processo speciale in esame» Tale espunzione è stata anche ritenuta «coerente con la *ratio* del nuovo rito, volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione».

Del resto, lo stesso art. 120, comma 5, c.p.a., nel prescrivere l'impugnazione immediata dei "bandi autonomamente lesivi", ha in sostanza codificato il principio elaborato dalla giurisprudenza amministrativa a partire dall'Ad. Plen. n. 1/2003<sup>72</sup>, per cui, *de iure condito*, sembra sia da escludere che tale onere possa essere esteso a «tutte le clausole attinenti alle regole "formali" e "sostanziali" della gara» (pur prive di portata escludente).

*De iure condendo*, la soluzione migliore forse sarebbe quella di ammettere che l'operatore economico che intenda "fare chiarezza" sulla legalità della procedura di gara abbia la possibilità di esperire subito una *azione di accertamento* contro la clausola ritenuta illegittima che verifichi l'esistenza (o meno) del vizio, senza tuttavia prevedere uno "sbarramento processuale". In tal modo, si eviterebbe di rendere eccessivamente gravoso l'accesso alla giustizia, consentendo a coloro che ne abbiano l'interesse - nonché la possibilità (economica)<sup>73</sup> - di sincerarsi fin dalla fase prodromica della procedura della sua legittimità, non pretendendo però che ogni soggetto che non instauri subito il giudizio perda la possibilità di far valere tale doglianza in un momento successivo. In sostanza, si rimetterebbe all'operatore economico la possibilità di scegliere se impugnare immediatamente il bando o attendere l'esito (negativo) della procedura.

Tale opzione ermeneutica, tuttavia, viene ritenuta "impraticabile" dall'ordinanza di rimessione, secondo il ragionamento, condiviso dalla stessa Plenaria (nonché dalla giurisprudenza pregressa), per il quale «la parte che si assume lesa deve avere il dovere, e non soltanto la "facoltà" di proporre impugnazione, altrimenti la richiesta concretezza ed attualità dell'interesse scolorano nel concetto di 'precauzione' e 'cautelatività'», facendo presente che la tesi contraria comporterebbe «inammissibili conseguenze sotto il profilo processuale conducendo ad una - facilmente preconizzabile- evenienza che si pone in contrasto con tutta la sistematica del codice improntata ad un evidente *favor* per il *simultaneus processus*»<sup>74</sup>.

Nello stesso tempo, non si può non osservare come l'estendere l'onere di immediata impugnazione *indifferenziatamente* a tutte le clausole che costituiscono la *lex specialis* della procedura di gara aprirebbe ad una nozione di interesse processualmente rilevante difficile da contenere, che potrebbe determinare un ulteriore passo di apertura verso una deriva oggettivistica estranea alla nostra giurisdizione.

In altre parole, una interpretazione siffatta potrebbe preludere alla formazione del diritto vivente nel senso di riconoscere la possibilità di impugnare il bando di gara a qualsiasi soggetto,

---

<sup>72</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 5507/2014; sez. V, n. 5155/2013

<sup>73</sup> Ci si riferisce agli oneri del contributo unificato e dei legali, i quali dovrebbero anche essere alquanto specializzati per riuscire a rappresentare le ragioni dell'operatore economico superando il difficile onere probatorio sopra descritto.

<sup>74</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243. Per «elementari esigenze di certezza», l'Adunanza plenaria ritiene meriti «integrale condivisione» la tesi esposta dall'ordinanza di remissione secondo cui «non è praticabile l'opzione ermeneutica, astrattamente prospettabile, secondo la quale le esigenze di ampliare la tutela giurisdizionale in coerenza del canone di effettività della tutela imposto dal diritto dell'Unione europea, implicherebbero che l'operatore economico potrebbe scegliere se impugnare immediatamente il bando o attendere l'esito della procedura. Al contrario, deve porsi una chiara delimitazione delle ipotesi in cui un atto è lesivo, generando l'onere di tempestiva e autonoma impugnazione» (par. 2.19).

solo in quanto portatore di un mero interesse di fatto alla riedizione della gara, alla stregua di un *quisque de populo*.

Il filtro dell'interesse a ricorrere deve invece continuare avere un ruolo selettivo per non rientrare nella *giurisdizione oggettiva*, che ha ad oggetto la mera legittimità della azione amministrativa, la quale non pare compatibile con l'art. 103 Cost. L'ordinamento, pur a fronte delle ripetute istanze di "giurisdizione oggettiva" che caratterizzano il momento attuale<sup>75</sup>, continua infatti ad accogliere il modello di giurisdizione soggettiva, il quale postula la sussistenza di un interesse *attuale e concreto* in capo al soggetto che lo fa valere<sup>76</sup>.

In definitiva, rimane da chiarire, anche in giurisprudenza, quale sia il criterio per individuare (al di là della indicazione casistica) le clausole che, pur non escludenti in senso stretto, vanno comunque impugnate subito.

Come visto, gli orientamenti successivi alla Plenaria n.1/2003, e lo stesso art. 120, comma 5, c.p.a., non limitano l'onere di tempestiva impugnazione del bando alle *sole* clausole escludenti in senso tecnico (che cioè prevedono requisiti di partecipazione), considerando come aventi portata escludente, in un'ottica ampliativa, anche altre prescrizioni del bando che, indipendentemente dall'esito della procedura, rendano impossibile la partecipazione alla gara o azzertino, *ab origine*, le possibilità di aggiudicazione.

Sembra da escludere che tale criterio possa essere ravvisato nella *mera riduzione delle possibilità di aggiudicazione*, secondo la recente prospettazione del Tar Liguria<sup>77</sup>, trattandosi di un parametro eccessivamente vago e generico, inidoneo a individuare correttamente la platea dei soggetti che, essendo effettivamente titolari di una posizione differenziata, anche a prescindere dalla partecipazione alla gara, possono legittimamente impugnare immediatamente il bando.

---

<sup>75</sup> M. A. SANDULLI nella relazione introduttiva al Convegno su "*Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione: un confronto*", in *Federalismi* n. 3/2017, ricorda tra i più significativi elementi che costituiscono espressione di una possibile giurisdizione di tipo oggettivo: «a) la legittimazione dell'Autorità Antitrust e di alcune amministrazioni centrali (MIUR, MEF) ad agire in giudizio per l'annullamento di atti contra legem assunti da altre amministrazioni (negli ultimi due casi, a prescindere dall'utilità dell'annullamento per l'interesse pubblico particolare affidato alla tutela dell'amministrazione ricorrente); b) il potere dell'Adunanza plenaria del CdS di decidere "nell'interesse della legge" su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia; c) il potere/dovere dei giudici di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto pubblico in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi o di irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive per vizi meno gravi; d) il potere/dovere dei giudici di disapplicare le leggi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e il potere/dovere dei giudici di ultima istanza di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE le questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione». Si veda l'intervento di M. LIPARI, *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva*, al Convegno "*Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*", tenutosi a Siena, Certosa di Pontignano, in data 13-14 maggio 2016, il quale paragona la "corsa" della giustizia amministrativa, caratterizzata da profili oggettivi, a quella di una lepre, che il giudice può afferrare solo se si attrezza di mezzi moderni e adeguati.

<sup>76</sup>Cfr. l'Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all'ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare.

<sup>77</sup> TAR Liguria, sez. II, ord., 29 marzo 2017, n. 263 cit.

Forse, si sarebbe potuta “limitare” di più la questione, chiedendo alla Plenaria un chiarimento sul criterio della *immediata lesività* a prescindere dal carattere escludente o meno delle clausole. In ogni caso, in attesa di una nuova pronuncia che si auspica intervenga presto nuovamente sul tema, sarebbe opportuno che lo stesso ordinamento chiarisse, in modo definitivo, quale sia il criterio per identificare le clausole soggette all’onere di immediata impugnazione, nonché, in termini più generali, l’essenza del sistema di tutela processuale delineato dalla nuovo Codice dei contratti pubblici.

**Adele Berti Suman**

Dottoranda di ricerca in “Realtà e Radici del Diritto Privato Europeo” presso la Sapienza,  
Università di Roma

Publicato il 28 maggio 2018