

## La tutela giurisdizionale dei concorrenti ad un procedimento ad evidenza pubblica: l'interesse all'aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali

Saul Monzani

SOMMARIO: 1. Premessa: l'onere di immediata impugnazione delle previsioni di gara. – 2. La regola relativa alle c.d. clausole “escludenti” ed il primo tentativo di superamento della stessa con riferimento al tratto procedimentale consistente nella presentazione e valutazione dell’offerta. – 3. La perdurante qualificazione dell’aggiudicazione quale unico “bene della vita” conseguibile con la tutela giurisdizionale e la sostanziale conferma dell’orientamento tradizionale. – 4. L’interesse a formulare un’offerta in un quadro di libera, leale ed effettiva concorrenza quale “bene della vita” ritenuto autonomo rispetto all’aggiudicazione. – 5. La conferma della tesi tradizionale anche nel rinnovato quadro ordinamentale dato dal Codice del processo amministrativo e dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

### 1. *Premessa: l'onere di immediata impugnazione delle previsioni di gara*

Di recente, nel panorama della giurisprudenza amministrativa si è affacciata a più riprese una teoria innovativa che ha cercato di introdurre nell’ordinamento un onere esteso e generalizzato di immediata impugnazione, a pena di decadenza, delle clausole dei bandi di gara ritenute illegittime.

In particolare, a fronte di una teoria “tradizionale” che ha sempre propugnato il predetto onere solo con riferimento alle previsioni della *lex specialis* c.d. “escludenti”, ovvero quelle che impediscano la partecipazione alla procedura selettiva, con estensione al limite, come si vedrà, a quelle che ostacolano di fatto, anche se non in assoluto, la partecipazione, è sorta una linea di tendenza secondo cui l’onere in questione dovrebbe in realtà riguardare anche ulteriori clausole.

In particolare, ci si è riferiti, da quest'ultimo punto di vista, alle previsioni di gara che impediscano di formulare un'offerta consapevole, completa e competitiva o, addirittura, a tutte le clausole del bando, ossia ad ogni regola formale e sostanziale che presieda lo svolgimento della competizione nonché a tutti gli atti relativi alla fase precedente l'aggiudicazione.

Sul tema, a testimonianza della vivacità del dibattito formatosi, è intervenuta in più occasioni l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, a fronte di diverse sollecitazioni a rivedere l'impostazione tradizionale, ha finito sempre per confermare quest'ultima, non cedendo a suggestioni estensive formulate a più riprese, e ciò muovendo sostanzialmente dal presupposto per cui l'interesse ad agire del concorrente di una procedura ad evidenza pubblica sorge e diventa effettivo solo a seguito della mancata adozione a suo favore del provvedimento di aggiudicazione. In tal modo, si è giunti, tra le altre cose, a negare un'autonomia rilevanza ad interessi procedurali che sorgano precedentemente a tale momento, così da ribadire la limitazione dell'onere di immediata impugnazione alle sole clausole "escludenti".

Siffatto approdo cui è pervenuto il supremo consesso della magistratura amministrativa, peraltro, è stato di recente vagliato e confermato anche in relazione ai significativi mutamenti del contesto giuridico di riferimento intervenuti dopo la formulazione della teoria tradizionale, tra cui il Codice del processo amministrativo e, soprattutto, il nuovo Codice dei contratti pubblici, oggetto peraltro di un intervento correttivo da ultimo apportato tramite il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 96.

Ebbene, nonostante le citate novelle legislative abbiano "disegnato" uno schema di processo amministrativo che, in tema di contratti pubblici, ha introdotto, secondo la teoria innovativa, elementi in grado di giustificare un ripensamento della concezione tradizionale maturata in tema di impugnazione dei bandi di gara, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto, con la recente pronuncia del 26 aprile 2018, che tali elementi di novità, seppur di non poca rilevanza, non assumano comunque una portata generale tale da legittimare la proposta generalizzazione dell'onere di impugnazione, a pena di decadenza, di qualsiasi regola del bando, e ciò, come si vedrà, non solo per ragioni di natura giuridico-sistemica, ma anche per motivi pratici.

Così inquadrato il tema della presente trattazione, e al fine di illustrare i più recenti arresti giurisprudenziali intervenuti in merito, occorre preliminarmente effettuare una ricostruzione del relativo panorama giurisprudenziale, tra tentativi di innovazione e prese di posizione dell'Adunanza Plenaria che li hanno sostanzialmente neutralizzati, ribadendo l'impostazione tradizionale.

2. *La regola relativa alle c.d. clausole “escludenti” ed il primo tentativo di superamento della stessa con riferimento al tratto procedimentale consistente nella presentazione e valutazione dell’offerta*

Secondo l’impostazione definita in premessa come “tradizionale”, le clausole illegittime della *lex specialis* di gara, in quanto contenute in un atto amministrativo generale, sono impugnabili, non immediatamente con la pubblicazione degli atti di gara, ma solo unitamente ai provvedimenti applicativi che intervengono nel corso o al termine della procedura di selezione, con la sola eccezione delle previsioni che, prescrivendo il possesso di determinati requisiti soggettivi in capo all’aspirante concorrente, precludono fin dall’inizio la sua partecipazione alla gara, così provocando immediatamente una lesione concreta ed attuale della propria posizione di interesse<sup>1</sup>.

Come già accennato, il presupposto fondamentale su cui si basa la prospettiva ora in esame è da individuarsi nel richiamo alle condizioni generali dell’azione giurisdizionale rispetto ad un atto amministrativo di carattere generale, con particolare riferimento all’interesse a ricorrere.

In tale ottica, è principio consolidato quello per cui «nel processo amministrativo l’interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza dei 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’annullamento dell’atto impugnato»<sup>2</sup>. In sostanza, l’esercizio dell’azione giurisdizionale presuppone una lesione della sfera giuridica del ricorrente connotata dai tratti della personalità, attualità e dell’utilità rispetto all’interesse fatto valere e protetto dall’ordinamento<sup>3</sup>.

Sul punto si è ulteriormente statuito, pervenendo alle medesime conclusioni ma con altri termini, che nel giudizio amministrativo «sussiste interesse al ricorso se la posizione azionata dal ricorrente lo colloca in una situazione differente dall’aspirazione alla mera ed astratta legittimità dell’azione amministrativa genericamente riferibile a tutti i consociati, se sussiste una lesione della sua posizione

<sup>1</sup> In tal senso rileva, *in primis*, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 1, in *Foro amm.*, 1998, 327, nonché, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro amm.*, 2001, 2821; Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2001, n. 4529, *ivi*, 2043; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264, *ivi*, 6; Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2001, n. 149, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 766; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 707, in *Foro amm.*, 2000, 512; Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 1999, n. 90, *ivi*, 1999, 97; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 1998, n. 591, *ivi*, 1998, 2350.

<sup>2</sup> Tra le tante, in tal senso, si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2011, n. 4507, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2403. In senso conforme, più recentemente, Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2017, n. 934, *ivi*.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. R. Villata, *Intesse ad agire – Diritto processuale amministrativo (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 1 ss., *ivi* ulteriori riferimenti. In tema si v. anche R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo) – (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 468 ss.

giuridica, se è individuabile un' utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento e se non sussistono elementi tali per affermare che l'azione si traduce in un abuso della tutela giurisdizionale»<sup>4</sup>.

Ancora, si è precisato come non si possa individuare un effettivo interesse ad agire a prescindere da una utilità concreta che deriverebbe alla parte dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione, con la ulteriore conseguenza che non risulta meritevole di tutela un interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica, in assenza di riflessi pratici sulla decisione adottata<sup>5</sup>.

Così, sulla scorta di tali premesse, si è ritenuto costantemente che siano idonee a ledere immediatamente l'interesse protetto solamente le previsioni che precludono la partecipazione alla procedura selettiva da parte dei soggetti privi dei requisiti soggettivi richiesti<sup>6</sup>, e ciò proprio in considerazione del fatto che i requisiti dell'attualità e concretezza della lesione risulterebbero soddisfatti solo nel momento in cui l'effetto pregiudizievole scaturisca direttamente dal provvedimento in virtù di un rapporto di causalità tra atto e lesione dell'interesse, e non dipenda da eventi futuri o incerti.

Le clausole in questione, da tale punto di vista, si riferiscono a situazioni preesistenti al bando e del tutto indipendenti dal successivo svolgimento della procedura, le quali attengono alla sfera giuridica personale dell'aspirante aggiudicatario e ricollegano a tale situazione un effetto giuridico diretto ed immediatamente lesivo consistente, in caso di carenza dei requisiti soggettivi richiesti, nell'impossibilità di partecipazione alla procedura di selezione o nella esclusione dalla stessa.

Un'ulteriore condizione ai fini della sussistenza di un onere di immediata impugnazione è stata individuata nella percepibilità della valenza lesiva della prescrizione, ossia nella possibilità da parte dell'interessato di effettuare una autovalutazione, senza che si rendano necessari giudizi di tipo tecnico o discrezionale da parte della stazione appaltante. In tale ottica, l'onere in parola deve considerarsi differito all'assunzione del provvedimento applicativo nei casi in cui la clausola in questione risulti ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte della stazione appaltante in sede di ammissione dei concorrenti oppure quando

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 389, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sempre nel senso che «Nel processo amministrativo, l'interesse a ricorrere, pur in presenza di atti in ipotesi illegittimi, può dirsi sussistente solo qualora essi siano in grado di arrecare un "vulnus" al ricorrente non essendo, viceversa, consentito ricorrere in giudizio per il mero ripristino della legalità», si v. Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 2017, n. 1192, *ivi*.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2017, n. 70, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>6</sup> Sul punto cfr. G. Mari, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza plenaria e della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. edilizia.*, 2003, 1046 ss.

l'accertamento del possesso del requisito di partecipazione comporti una valutazione caratterizzata da una certa complessità tecnica<sup>7</sup>.

In tale scenario, si è innestato un primo tentativo di superamento ed evoluzione della teoria tradizionale con riferimento ad autonomi interessi che emergerebbero già in concomitanza con la fase di presentazione dell'offerta e della sua conseguente valutazione, quindi prima ed a prescindere dal provvedimento finale consistente nell'aggiudicazione.

Così, un onere di immediata impugnazione è stato affermato, ad esempio, nel caso in cui le prescrizioni di gara rendano effettivamente impossibile, per la formulazione di criteri di aggiudicazione imprevedibili ed arbitrari, il calcolo di convenienza tecnica ed economica che deve essere necessariamente effettuato da qualsiasi soggetto che intenda partecipare ad una gara pubblica<sup>8</sup>.

Proprio partendo da quest'ultimo presupposto, si è anche individuato un onere di immediata impugnazione con riferimento alla clausola del bando di gara che prescriva una modalità di determinazione della soglia di anomalia delle offerte difforme dalla disciplina di legge e ciò in quanto l'inosservanza della disciplina in materia di offerte anomale sarebbe suscettibile di produrre effetti distorsivi della concorrenza, incidendo, così, sulla sfera giuridica dei soggetti economici che partecipano alla gara in un momento precedente a quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa<sup>9</sup>.

Ancora in tema di anomalia dell'offerta, è stata considerata immediatamente lesiva, dunque immediatamente impugnabile a prescindere dall'esito della selezione, la previsione della esclusione automatica delle offerte anomale. Ciò considerato che l'automatismo dell'esclusione sarebbe suscettibile di ledere gli interessi di ciascun concorrente il quale, al momento della presentazione delle offerte, non

---

<sup>7</sup> Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683, in *Foro amm. CdS*, 2002, 698; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2002, n. 1342, *ivi*, 666; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002, n. 904, *ivi*, 411; Cons. St., 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro amm.*, 2001, 2821; Cons. St., 18 dicembre 2000, n. 6770, *ivi*, 2000, 12; Cons. St., sez. VI, 10 agosto 1999, n. 90, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1216. Più di recente si v., in tal senso, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 5 aprile 2012, n. 3166, in *Foro amm-Tar*, 2012, 1219; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 27 febbraio 2009, n. 420, *ivi*, 2009, 579.

<sup>8</sup> Cons. St., sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757, in *Foro amm.*, 1999, 76, secondo cui «È di per sè lesiva e, come tale, è immediatamente impugnabile la clausola di un bando per un concorso di idee relative alla progettazione di un'opera pubblica che attribuisce il maggior punteggio al progetto il cui costo più s'avvicini alla media aritmetica dell'insieme dei costi di tutti i progetti presentati, in quanto siffatto criterio s'appalesa "ex se" manifestamente irrazionale, nella misura in cui, in un concorso di progettazione preliminare di opere, ciascun progetto prefigura un'opera diversa, con caratteristiche sue proprie anche per ciò che attiene al costo di costruzione, che non è mediabile con gli altri progetti, di talché l'aggiudicazione finisce con il dipendere da elementi assolutamente imprevedibili ed arbitrari, la cui applicazione dipende non da scelte interpretative della p.a., bensì direttamente dalla volizione del bando». In senso analogo cfr. anche Cons. St., sez. V, 14 maggio 2001, n. 2645, in *Foro amm.*, 2001, 1198.

<sup>9</sup> Cons. St., sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990, in *Foro amm.*, 2000, 1757. In tema si v. F. Martinelli, M. Santini, *La lesività immediata delle clausole contenute nei bandi di gara: nuove ipotesi al vaglio del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2000, 1225 ss.

è in grado di conoscere la percentuale in cui venga a collocarsi la soglia dell'anomalia, in quanto, evidentemente, non a conoscenza delle offerte degli altri concorrenti, cosicché l'automatismo in parola determinerebbe l'aumento del rischio di inaccettabilità di ciascuna offerta<sup>10</sup>.

Inoltre, si è statuito che è immediatamente lesiva la clausola inerente al difetto di pubblicità della gara, con particolare riferimento alla fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche, posto che la violazione del principio di pubblicità è neutro e non discende o non s'attualizza con l'aggiudicazione, con conseguente onere di immediata impugnazione<sup>11</sup>.

Un ulteriore ambito assunto ad eccezione rispetto al principio generale di non immediata impugnabilità delle previsioni generali di una procedura selettiva è quello relativo alle clausole che impongano determinati oneri formali ai soggetti partecipanti, riguardando, perciò, non requisiti di ammissione, bensì le modalità di presentazione delle offerte. In tale ottica sono state ritenute immediatamente impugnabili le clausole che prescrivano, a pena di esclusione, la presentazione, entro un termine di decadenza, di un certificato o di un attestato acquisibile d'ufficio dalla stazione appaltante<sup>12</sup>, oppure che impongano, sempre a pena di esclusione, particolari adempimenti di carattere formale o procedimentale per la presentazione delle offerte, nel qual caso, parimenti, «l'interesse all'impugnazione si manifesta immediatamente poiché il ricorso mira a denunciare vizi estrinseci del procedimento»<sup>13</sup>.

Sempre nel medesimo ordine di idee, si colloca la statuizione per cui «l'impresa partecipante ad una gara pubblica è tenuta ad impugnare immediatamente, senza attendere l'atto applicativo, le clausole del bando (o della lettera di invito) relative ai criteri per la scelta del contraente ed al *modus procedendi* fissato per il funzionamento della commissione giudicatrice, in tutti i casi in cui ne faccia discendere in via immediata e diretta sia l'illegittimità dell'aggiudicazione ad altra impresa, sia il pregiudizio sofferto»; ciò sul presupposto, secondo tale impostazione, che «l'asserita lesività di tali clausole non si manifesta per la prima volta con l'aggiudicazione», ma nel momento anteriore in cui sono state introdotte regole «con le quali l'amministrazione autolimita la propria libertà di apprezzamento»<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cons. St., sez. IV, 5 luglio 1999, n. 1158, in *Foro amm.*, 1999, 1430.

<sup>11</sup> Cons. St., sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884, in *Foro amm.*, 2000, 1747.

<sup>12</sup> Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998, n. 225, in *Foro amm.*, 1998, 1409.

<sup>13</sup> Cons. St., sez. V, 4 aprile 2002, n. 1857, in *Foro amm. CdS*, 2002, 915.

<sup>14</sup> Cons. St., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3852, in *Foro amm.*, 2001, 1985; Cons. St., sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884, cit.; Cons. St., sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro amm.*, 1999, 703. Diversamente, nel senso che l'impugnazione delle clausole del bando di gara prescrive della possibilità di valutazione congiunta del prezzo e degli elementi tecnici è tempestivamente proposta unitamente a quella dell'aggiudicazione, cfr. Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Foro amm.*, 2001, 1. In tema si v. F. Martinelli, M. Santini, *Il Consiglio di Stato si divide sull'impugnazione dei bandi di gara*, in *Urb. e app.*, 2002, 313 ss.

In altri termini, ad avviso dell'orientamento ora in considerazione, «l'effetto lesivo direttamente emergente dai criteri di valutazione delle offerte come stabiliti nel bando di gara ha caratteri di immediatezza e deve essere fatto valere in termini di decadenza con la impugnativa diretta del bando stesso»<sup>15</sup>.

### 3. *La perdurante qualificazione dell'aggiudicazione quale unico "bene della vita" conseguibile con la tutela giurisdizionale e la sostanziale conferma dell'orientamento tradizionale*

Nello scenario dinamico appena succintamente ricostruito, è intervenuta in una prima occasione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>16</sup>, la quale ha provveduto sostanzialmente a porre al riparo la posizione tradizionale dalle descritte "tentazioni" evolutive, e ciò ribadendo i principi consolidati in tema di interesse a ricorrere i quali, secondo tale autorevole presa di posizione, inducono a ritenere che l'impugnazione degli atti di gara possa e debba avvenire solo unitamente al relativo provvedimento applicativo, con l'eccezione delle clausole riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva che, come tali, siano in grado di estromettere l'interessato dalla stessa<sup>17</sup>.

Aderendo a tale prospettiva, il supremo consesso della magistratura amministrativa ha ritenuto di continuare ad individuare l'aggiudicazione come unico "bene della vita" cui il concorrente di una procedura ad evidenza pubblica può legittimamente aspirare, rifiutando, al contempo, di riconoscere autonoma rilevanza ad interessi diversi, quale quello alla astratta legittimità della procedura di

<sup>15</sup> Cons. St., sez. V, 24 dicembre 2001, 6386, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>16</sup> Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amm. CdS*, 2003, 66, con nota di P. Pizza, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*. In tema cfr. anche D. Vaiano, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 693 ss.; P. Chirulli, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, 547 ss.; R. Montanaro, *Impugnazione immediata dei bandi di gara: spunti dall'Adunanza plenaria*, in *Foro it.*, 2004, 347 ss.; L.R. Perfetti, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.; G. Caruso, *La Plenaria abbandona una tendenza pericolosa che impediva il sindacato sulle altre postille*, in *Guida al dir.*, 2003, 6, 81 ss.

<sup>17</sup> Sul punto cfr. C.E. Gallo, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara: una pronuncia di assestamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 430, il quale rileva che l'onere di immediata impugnazione deve essere riferito alle utilità che il provvedimento può arrecare o al danno che può immediatamente provocare; ciò posto, secondo l'A., nei procedimenti di gara, l'utilità del bando consiste nella partecipazione e l'effetto sfavorevole nell'esclusione. Ne deriva, in tale impostazione, che l'interesse all'impugnazione da parte del ricorrente è certamente condizionato rispetto all'esito della procedura e che, pertanto, la previsione di un onere di immediata impugnazione si giustifica solo quando l'applicazione della clausola di per sé comporti l'esclusione senza nessun'altra valutazione e allorché l'esclusione debba avvenire *in limine*: in tal caso il partecipante che non possieda i requisiti richiesti per l'ammissione non detiene alcun interesse alla gara che vada oltre la contestazione del bando, mentre in tutti gli altri casi l'impugnazione non può che essere posticipata.

gara, cui, viceversa, è stato riconosciuto un rilievo meramente procedimentale e strumentale, non essendo altro che un aspetto ed un riflesso dell'interesse primario all'aggiudicazione. In tale ottica, si è confermato che l'eventuale illegittimità della procedura acquisterebbe significato e rilievo soltanto nel momento in cui comporti il diniego dell'aggiudicazione, venendo così a ledere effettivamente l'interesse protetto di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. In altre parole, l'interesse legittimo tutelabile, secondo la prospettazione ora in esame, coincide solo con l'interesse all'aggiudicazione della gara.

Coerentemente, è stato affermato, sul piano della tecnica della tutela giurisdizionale, che l'onere di immediata impugnazione deve essere collegato ad una previsione che, come quelle in tema di requisiti soggettivi di partecipazione, risulti esattamente e storicamente identificata, preesistente alla gara e non condizionata dal suo svolgimento e, di conseguenza, in grado di provocare una lesione immediata e diretta della sfera giuridica del concorrente o aspirante tale<sup>18</sup>.

Viceversa, le teorie volte ad ampliare l'onere di immediata impugnazione a fattispecie diverse ed ulteriori rispetto alle clausole "escludenti", sono state considerate non coerenti con il principio generale che riconnette siffatto onere alla sussistenza di una lesione non potenziale, ma concreta ed attuale, così da risultare inammissibile «una impropria e non condivisibile frammentazione dell'unico interesse protetto in un fascio diverso di interessi, ai quali si vorrebbe fornire, attraverso l'immediata impugnazione del bando, tutela autonoma ed anticipata» relativamente a fattispecie in cui l'elemento lesivo è solo potenziale.

Per tale via, peraltro, sempre secondo la autorevole posizione in considerazione, si perverrebbe ad attribuire impropriamente alla giurisdizione amministrativa la finalità e i connotati di una giurisdizione di tipo obiettivo incompatibile con l'attuale configurazione del processo amministrativo come processo di parti, espressione di una giurisdizione di tipo subiettivo.

Analogamente, si è ritenuto in dottrina<sup>19</sup> che conferire autonoma dignità e rilievo all'interesse che la procedura di scelta del contraente sia effettuata nel rispetto delle norme che vincolano la pubblica amministrazione significherebbe attribuire la dignità di situazioni giuridiche protette a meri interessi procedimentali, cioè a situazioni non aventi ad oggetto diretto l'ambizione a conseguire determinati "beni della vita", riferendosi, invece, a fatti procedimentali che solo indirettamente o mediamente afferiscono a tale ambizione "sostanziale", così da frammentare l'unitario interesse protetto del partecipante ad una procedura selet-

<sup>18</sup> Nel medesimo senso si v. anche Cons. St., sez. III, 24 maggio 2013, n. 2841, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1205; T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 2 ottobre 2013, n. 467, in *Foro amm.-TAR*, 3119.

<sup>19</sup> S. Baccharini, *Clausole "non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 2002, 400 ss.; R. Villata, "Novità" in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912 ss.



tiva pubblica in un fascio di situazioni a protezione anticipata. In tale prospettiva, la legittimità del comportamento della pubblica amministrazione è visto solo come uno strumento della tutela giurisdizionale offerta e non come il fine verso cui la tutela stessa tende, il quale consiste nel rendere possibile il pieno conseguimento del bene della vita ricercato. Ne deriva, sempre secondo tale opinione critica, che l'interesse sostanziale protetto non dovrebbe considerarsi leso dall'astratto contenuto precettivo del bando, al quale sarebbe normalmente ricollegabile un *vulnus* solo potenziale, bensì dal concreto regolamento di interessi dettato dal provvedimento finale, ossia dall'aggiudicazione<sup>20</sup>.

Così, sulla base delle argomentazioni appena ricostruite, l'Adunanza Plenaria ha proceduto a chiarire la non immediata impugnabilità delle clausole riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara, nonché di quelle che condizionano, anche indirettamente, la predisposizione dell'offerta economica o tecnica, in quanto riguardanti i criteri di aggiudicazione o di formulazione dell'offerta oppure i criteri di valutazione nelle prove concorsuali, ed, infine, delle previsioni di gara riguardanti i criteri di determinazione della soglia di anomalia<sup>21</sup>. Ancora, alla stessa conclusione si è pervenuti con riferimento alle clausole che prevedano l'esclusione automatica dell'offerta anomala ed, infine, relativamente alle previsioni che definiscano particolari oneri formali di partecipazione<sup>22</sup>.

Ad onor del vero, una "concessione" in senso evolutivo, sia pure limitata, è stata effettuata dai magistrati amministrativi in occasione della pronuncia ora in commento, nel momento in cui si è ritenuto di non escludere un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera d'invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano ai fini della partecipazione oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della procedura e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla selezione<sup>23</sup>. Ciò avverrebbe, ad esempio, ove la *lex specialis* di

---

<sup>20</sup> Sul punto P. Pizza, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 743 ss.

<sup>21</sup> In tema, si v. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 4 novembre 2013, n. 9373, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 settembre 2013, n. 1036, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2679, secondo tali sentenze, in particolare, non sono suscettibili di impugnazione immediata le clausole relative 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.

<sup>22</sup> In senso conforme cfr. Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7893, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3565.

<sup>23</sup> Negli stessi termini si v. Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3261, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1604; Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135, *ivi*, 2011, 3439; Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 5434, *ivi*, 2011, 3153. Su quest'ultima pronuncia si v., per un commento, D. Ponte, *Gare: con la lex specialis senza effetti escludenti non scatta l'impugnazione immediata del bando. Consolidato l'orientamento che vieta la commistione fra i titoli di partecipazione e quelli della valutazione*, in *Guida al dir.*, 2011, 43, 96 ss. Sempre nel senso indicato si v. anche T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 1° luglio 2013, n. 6488, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2363; T.A.R. Umbria, sez. I, 1° luglio 2013, n. 350, *ivi*, 2287. In tema si v. anche Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245, in *Giur. Cost.*, 2016, 2187, la quale ha dato conto del fatto che è acquisizione consolidata che i bandi di gara e di concorso e le

gara, discostandosi macroscopicamente dall'obbligo del *clare loqui*, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare e in modo da risultargli direttamente e immediatamente preclusa la partecipazione. In tal senso, tali clausole sono apparse assimilabili, ai fini in esame, a quelle riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, con conseguente sottoposizione alla medesima regola in tema di onere di immediata impugnazione.

Successivamente, sempre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è tornata sull'argomento, anche se considerato dalla diversa prospettiva, su cui ci si soffermerà ancora in seguito, della legittimazione a ricorrere del soggetto non partecipante alla gara, la quale è stata considerata sussistente, oltre che nei casi di impugnazione di una clausola del bando "escludente", anche con riferimento alla posizione di chi intenda contestare, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura o dell'operatore economico "di settore" che censuri un affidamento diretto disposto senza gara<sup>24</sup>.

#### 4. *L'interesse a formulare un'offerta in un quadro di libera, leale ed effettiva concorrenza quale "bene della vita" ritenuto autonomo rispetto all'aggiudicazione*

La descritta presa di posizione dell'Adunanza Plenaria non ha comunque sopito il dibattito in tema, essendo viceversa emersa una concezione per cui il "bene della vita" cui legittimamente può aspirare il concorrente ad una procedura ad evidenza pubblica può essere individuato anche nell'interesse ad essere posto nella condizione di formulare un'offerta consapevole, completa e competitiva.

In tale ottica, si è considerato il caso del concorrente che nel predisporre la propria offerta sia stato influenzato e condizionato dalla formulazione delle regole di gara, in ipotesi illegittime, con particolare riferimento alla individuazione dei criteri di valutazione<sup>25</sup>. In tale fattispecie, si è riconosciuta la possibilità che

---

lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato, con l'eccezione delle 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 impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta.

<sup>24</sup> Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1132. Nel senso che sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando o della lettera di invito laddove si intenda contestare in radice la decisione dell'Amministrazione di avviare la procedura concorsuale, si v. anche, tra le altre, T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 10 aprile 2013, n. 1902, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 1268.

<sup>25</sup> Sul punto cfr. M. Berra, *Impugnazione del bando di gara tra immediata lesività ed acquiescenza*, in *Urb. e app.*, 2004, 381.

il concorrente, o aspirante tale, abbia finito per avanzare una proposta diversa da quella cui sarebbe naturalmente pervenuto, e ciò, ad esempio, per aderire a criteri di valutazione formulati in maniera illegittima nel momento in cui essi non consentano di apprezzare adeguatamente le offerte, e le loro specificità, in relazione alle necessità esposte dalla stazione appaltante.

Da tale angolo visuale, pertanto, si è sostenuto che l'interesse a poter svolgere la propria migliore offerta, e di dispiegare appieno la propria forza competitiva, possa costituire un "bene della vita" autonomo e distinto rispetto all'aggiudicazione, che matura in una fase antecedente a quella finale, così da meritare una tutela giurisdizionale indipendente ed autonoma. In altri termini, secondo l'impostazione in commento il valore tutelato dall'ordinamento potrebbe essere individuato non solo nell'aggiudicazione, ma anche nella possibilità di effettuare un corretto calcolo di convenienza economica in ordine ad una valida formulazione dell'offerta<sup>26</sup>, quale interesse strumentale all'aggiudicazione e tuttavia autonomo e distinto da quest'ultima, così da dover essere fatto valere prima ed indipendentemente dalla medesima<sup>27</sup>.

Nelle fattispecie come quelle fin qui evocate, infatti, verrebbero ad essere violati i «cardini procedurali della concorrenza e della *par condicio* tra tutti i partecipanti alla gara», così da pregiudicare, non solo il soggetto maggiormente efficiente che, in una cornice di regole corrette, sarebbe posto in grado di pervenire all'offerta migliore, ma anche la stazione appaltante che, appunto, potrebbe finire per privarsi delle condizioni più competitive ottenibili per effetto di una libera, leale ed effettiva concorrenza<sup>28</sup>. Sulla scia di tale impostazione,

<sup>26</sup> Sul concetto di "valida" o "corretta" formulazione dell'offerta, cfr. Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1463, in *Foro amm. Cds*, 2011, 911; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 18 gennaio 2012, n. 95, in *Foro amm.-Tar*, 2012, 306; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 14 gennaio 2011, n. 59, *ivi*, 2011, 273; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 24 luglio 2006, n. 6295, *ivi*, 2006, 2511, nonché T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 10 agosto 2009, n. 4572, *ivi*, 2009, 1972, che fa riferimento all'interesse alla formulazione di una offerta «attendibile sotto il profilo tecnico o economico». Da ultimo, nel senso che «sussiste l'onere di immediata impugnazione di clausole della *lex specialis* di gara quando sia evidente che le clausole gravate sono assolutamente irragionevoli, tali da non consentire una valida formulazione dell'offerta da parte dei potenziali partecipanti e da rendere impossibile quel calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare, all'atto di valutare se partecipare o meno a una procedura competitiva», cfr. T.A.R. Molise, sez. I, 16 luglio 2013, n. 490, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2435.

<sup>27</sup> In tema si v., di recente, T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 23 ottobre 2012, n. 1702, in *Foro amm.-Tar*, 2012, 3339, ove una clausola che recava il divieto di presentare offerte in aumento è stata considerata, ancorché non annoverabile fra quelle che impediscono *ex ante* la partecipazione alla gara, come incidente in modo obiettivo e assolutamente prevedibile sulla formulazione dell'offerta, così da determinare *ex se* una lesione attuale ed effettiva dell'interesse alla partecipazione.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671, in *Foro amm. Cds*, 2013, 3533, su cui sia consentito il rimando a S. Monzani, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, *ivi*. In senso analogo si v., tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343, in *Guida al diritto*, 2016, 47, 88, la quale ammette la immediata impugnazione del bando qualora la *lex specialis* di gara non consenta un'adeguata ponderazione dell'offerta; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2016, n. 510, *ivi*, 11, 102; Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2015, n. 3104, in *www.giusti-*

si è propugnato l'onere di immediata impugnazione quando ricorrano: a) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; b) 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; c) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; d) imposizione di obblighi *contra ius* (per esempio, l'imposizione di una cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto); e) 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 assorbito dall'aggiudicatario), ovvero quando siano presenti formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di zero punti); f) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso»<sup>29</sup>.

Alla stessa conclusione si è giunti con riferimento alla decisione di adottare quale criterio di valutazione quello del massimo ribasso, in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel qual caso il concorrente che si ritenga danneggiato dalla scelta di siffatto criterio è stato ritenuto soggetto all'onere di impugnare immediatamente la documentazione di gara nella parte in cui lo prevede, senza attenderne l'esito<sup>30</sup>.

*zia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2009, n. 7441, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2539; Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441, *ivi*, 2007, 922. Per un commento cfr. L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urb. e app.*, 2007, 997 ss.

<sup>29</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671, cit., *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 2, I, 424, secondo cui, in tale fattispecie, sussistono tutte le condizioni per l'impugnazione immediata, ovvero: 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. Nel medesimo senso anche T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 18 dicembre 2017, n. 1449, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ancora più recentemente nel medesimo senso, cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 1 febbraio 2018, n. 264, *ivi*, secondo cui «Circa l'onere di immediata impugnazione del bando di gara, per ciò riguarda il criterio di aggiudicazione (vale a dire la regola fondamentale della gara) ogni contestazione concernente la presunta illegittimità dei criteri fissati... deve costituire oggetto di immediata impugnazione poiché incidente sulle regole della competizione concorrenziale. Tale profilo è, peraltro, strettamente connesso a quello della legittimazione a ricorrere poiché la società ricorrente (che solo all'esito della procedura di gara contesta la presunta erroneità del criterio di aggiudicazione), ha comunque accettato "le regole della competizione", presentando la propria offerta. Una tale condotta assume di conseguenza valore di atto dispositivo dell'interesse a che lo scrutinio dei concorrenti si svolga secondo un differente criterio di selezione, rendendo non meritevole di tutela il soggetto che sia stato danneggiato da una scelta – quella di non contestare le regole ritenute erroneamente poste dalla *lex specialis* – che egli deve necessariamente imputare a sé medesimo».

In definitiva, dalla prospettiva ora assunta, le clausole che impediscano ai concorrenti una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta economica acquisirebbero una valenza lesiva nel momento in cui viene formulata l'offerta, e quindi in una fase che precede ed è autonoma rispetto a quella dell'aggiudicazione, pur essendo, al tempo stesso, strumentale a quest'ultima<sup>31</sup>.

Ne deriva, pertanto, che, così ragionando, la lesione concreta ed attuale dell'interesse all'aggiudicazione si verificherebbe non solo con riferimento alle clausole che impediscano, illegittimamente, la partecipazione alla selezione, ma anche relativamente a quelle previsioni che, altrettanto illegittimamente, alterino il corretto processo di formulazione dell'offerta dato che, pure in quest'ultimo caso, il concorrente si troverebbe impossibilitato a partecipare alla gara o comunque, pur potendo prendervi parte, vedrebbe minata la propria aspirazione a conseguire l'aggiudicazione a seguito della presentazione della migliore proposta possibile.

In definitiva sul punto, le argomentazioni fin qui illustrate hanno spinto un filone della giurisprudenza nazionale a riconoscere l'onere di immediata impugnazione degli atti di gara con riferimento, non solo alle clausole che impediscano l'ammissione in sé alla procedura selettiva, ma anche a quelle ipotesi in cui le previsioni della *lex specialis* incidano direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendo ai partecipanti di formularla correttamente e compiutamente<sup>32</sup>, nel libero dispiegarsi delle loro possibilità concorrenziali<sup>33</sup>.

In tali ipotesi, si è ritenuto che il pregiudizio lamentato attenga alla libertà di autodeterminazione negoziale e che, pertanto, esso si palesi fin dal momento della formulazione dell'offerta economica, mentre la mancata aggiudicazione del contratto, da questo punto di vista, determinerebbe solo l'aggravamento e la definitiva cristallizzazione della suddetta lesione, non comportando un'autonoma insorgenza dell'interesse al gravame<sup>34</sup>.

Lo stesso destino di sottoposizione all'onere di immediata impugnazione, poi, è stato riservato alle clausole impossibili, ossia irrealizzabili, sia per cause naturali che per impedimenti giuridici, le quali sono state assimilate a quelle che

---

<sup>31</sup> Sul punto si v. G. Crepaldi, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2883 ss., la quale rileva come l'onere di immediata impugnazione del bando sia stato riferito anche alle prescrizioni che, producendo effetti distortivi della concorrenza, incidono sulla sfera giuridica del soggetto che partecipa alla gara in un momento precedente a quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa.

<sup>32</sup> Cons. St., sez. V, 26 novembre 2009, n. 7441, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2539, in cui si è affermato che «le clausole del bando che incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, che si assume non si sia potuta fare in modo corretto a motivo dell'omissione dei costi della sicurezza e della duplicazione di alcune voci di costo, si palesano lesive e avrebbero dovuto quindi essere immediatamente contestate senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da queste previsioni è derivato».

<sup>33</sup> In tema cfr. Cons. St., sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441, in *Foro amm. CdS*, 2007, 922. Per un commento cfr. L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urb. e app.*, 2007, 997 ss.

<sup>34</sup> T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 5 luglio 2007, n. 1754, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2622.

impediscono un'utile presentazione dell'offerta<sup>35</sup>. Alla medesima conclusione, poi, si è pervenuti con riferimento alle previsioni che non consentono la formulazione di una proposta ammissibile, ad esempio, perché i prezzi unitari non risultano congrui in quanto non rispecchiano i reali costi di produzione<sup>36</sup> o in conseguenza della fissazione di una base d'asta incongrua e che non permette il rispetto dei canoni della legislazione vigente in tema di tariffe minime inderogabili<sup>37</sup>.

##### 5. *La conferma della tesi tradizionale anche nel rinnovato quadro ordinamentale dato dal Codice del processo amministrativo e dal nuovo Codice dei contratti pubblici*

Nello scenario giurisprudenziale appena descritto, si sono inseriti diversi tentativi di scardinare la posizione "tradizionale" propugnata con la sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza Plenaria, invocandone la rivisitazione da parte del medesimo supremo consesso della magistratura amministrativa nel senso di una estensione dell'onere di immediata impugnazione degli atti di gara.

In particolare, attraverso diverse iniziative di rinvio all'Adunanza Plenaria, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha proposto, dapprima, di fondare l'estensione dell'onere di immediata impugnazione in questione sull'applicazione al procedimento ad evidenza pubblica del principio di buona fede nelle trattative precontrattuali, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. Per tale via, si è proposto di ritenere doveroso da parte del concorrente, o aspirante tale, che conosca una causa di invalidità del contratto di comunicarlo alla stazione appaltante, tramite relativa impugnativa, laddove l'amministrazione non ponga rimedio in via di autotutela<sup>38</sup>.

In una successiva occasione, si è giunti ancora più esplicitamente ad invocare il riconoscimento della regola per cui le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica siano tenute, a pena di decadenza, ad impugnare tempestivamente «qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima», e ciò sul fondamentale presupposto di riconoscere quale interesse giuridicamente qualificato, e perciò autonomamente protetto, quello al corretto svolgimento della procedura,

<sup>35</sup> T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 31 luglio 2006, n. 1895, in *Urb. e app.*, 2007, 375, con commento di A. Cancrini, *Impugnazione diretta delle clausole impossibili*.

<sup>36</sup> T.A.R. Umbria, sez. I, 7 giugno 2008, n. 247, in *Urb. e app.*, 2008, 1176 ss. con commento di D. Gentile, *Impugnazione diretta del bando per incongruità dei prezzi unitari*.

<sup>37</sup> Sul punto, sia pure in tempi non particolarmente recenti, cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 15 aprile 2004, n. 967, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 1201. In tema si v. N. Pecchioli, *Lesione dell'interesse sostanziale alla partecipazione alla gara e impugnazione del bando da parte del non concorrente*, in *Giust. amm.*, 2004, 537 ss.

<sup>38</sup> In tal senso, Cons. St., sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 1921; Cons. St., sez. VI, ord. 8 maggio 2012, n. 2633, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Conforme anche T.A.R. Lazio, sez. II, 5 marzo 2018, n. 2471, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

il quale sorgerebbe già con la pubblicazione del bando<sup>39</sup>. In tale ottica, si è argomentato che la disciplina sul giusto procedimento amministrativo, ispirato a principi di economicità e speditezza, impongono una scrupolosa disamina del bando da parte dei soggetti partecipanti, i quali sono tenuti ad attenersi alle relative prescrizioni, dovendo procedere, di conseguenza, ad immediata contestazione di ogni vizio ivi rilevato, e ciò sul presupposto che «la complessa ed onerosa partecipazione ad una gara, indetta dall'Amministrazione per l'affidamento di lavori, servizi o forniture – benché conclusivamente finalizzata all'aggiudicazione – implichi per le imprese concorrenti anche un immediato interesse al corretto espletamento della procedura, sulla base di regole certe e non ulteriormente contestabili».

A seguito di tali rinvii, tuttavia, l'Adunanza Plenaria non ebbe mai a pronunciarsi, non ritenendo la risoluzione delle predette questioni rilevante ai fini del decidere sui casi concreti sottoposti alla sua attenzione.

Da ultimo è intervenuta un'ulteriore istanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, la quale, reiterando la richiesta di aggiornamento della posizione “tradizionale” espressa sul tema qui in esame, ha fornito un arricchito apparato motivazionale a sostegno della propria tesi<sup>40</sup>.

In sostanza, la Sezione remittente, riprendendo le argomentazioni già illustrate in una pronuncia di poco precedente<sup>41</sup>, ha ribadito la necessità, a proprio avviso, di prestare attenzione all'evoluzione del quadro ordinamentale, così da ritenere che i principi affermati nel 2003 necessitassero di un'interpretazione innovativa, idonea a conservarne la coerenza rispetto alle profonde trasformazioni che hanno investito il diritto degli appalti, mutandone impostazione e prospettive.

Da questo punto di vista, ed in estrema sintesi, le principali novità normative che hanno mutato il contesto di riferimento, sono state individuate, in primo luogo, nella comminatoria di nullità, e non di annullabilità, ora contenuta nell'art. 83, comma 8, del nuovo Codice, delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante. Una siffatta previsione costituirebbe «un indizio della vocazione generale ed autonoma dell'interesse participationis», e ciò in quanto il regime della nullità, a differenza di quello dell'annullabilità, trascende la dimensione meramente individuale sino a giustificare il rilievo d'ufficio da parte del giudice e l'opposizione senza limiti di tempo.

In secondo luogo, sempre secondo l'argomentazione in commento, un ulteriore elemento che milita nel senso indicato, ovvero quello dell'esistenza di un interesse giuridicamente qualificato alla legittimità della gara a prescindere dal momento dell'aggiudicazione, sarebbe desumibile dal disposto di cui all'art. 211

<sup>39</sup> Cons. St., sez. VI, ord. 1° febbraio 2013, n. 634, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> Cons. St., sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, in *Foro amm.*, 2017, 1024.

del Codice dei contratti pubblici vigente, il quale prevede la legittimazione di ANAC ad emettere nei confronti delle stazioni appaltanti un parere motivato che indichi specificamente i vizi di legittimità riscontrati con riferimento a provvedimenti inerenti contratti pubblici, nonché ad impugnare i relativi bandi, altri atti generali o provvedimenti ritenuti illegittimi, in quanto contrastanti con il disposto del Codice stesso. Traendo spunto dalla predetta norma, si è espresso il ragionamento per cui se l'ordinamento introduce nuovi strumenti processuali volti a garantire la corretta competizione ai fini dell'aggiudicazione dei contratti pubblici, diventa ragionevole ritenere che il rispetto delle regole procedurali dirette a fissare il nucleo essenziale della selezione comparativa delle offerte costituisca oggetto di un autonomo interesse meritevole di immediata e tempestiva protezione dall'ordinamento, essendo ormai emancipato dalla condizione di mero interesse di fatto.

Ancora, la previsione dell'onere di impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, del Codice del processo amministrativo, mostrerebbe, secondo l'impostazione in esame, che il legislatore ha inteso dare «sostanza e tutela ad un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione». In sostanza, la considerazione di tale norma indurrebbe a ritenere che il provvedimento, necessariamente esplicito, recante le ammissioni e le esclusioni, corredato dalle pertinenti motivazioni e soggetto a precisi obblighi di pubblicità, rappresenti lo scopo pratico di chiudere, con certezza, un autonomo segmento dell'*iter* procedimentale, semplificando la successiva fase propriamente selettiva, non più soggetta all'alea di contestazioni idonee a vanificare, *ex post*, l'intero svolgimento della complessa sequenza, con evidenti costi per la stazione appaltante e per i concorrenti. Così, l'espressa previsione dell'onere di impugnazione di tale provvedimento rafforzerebbe l'opinione secondo cui possono emergere autonomi interessi sostanziali giuridicamente rilevanti già nella serie procedimentale che precede il provvedimento conclusivo di aggiudicazione<sup>42</sup>.

Infine, nell'ordinanza di rimessione è stato considerato come, sul piano sostanziale, l'art. 95 del vigente Codice dei contratti pubblici abbia proceduto alla creazione di una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazio-

<sup>42</sup> Più in generale, sul tema, si v. M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557, il quale ritiene che nel procedimento amministrativo vengono in rilievo diverse situazioni nelle quali si può correttamente parlare di obblighi procedimentali della pubblica amministrazione e alle quali deve corrispondere il riconoscimento della titolarità, in capo alle parti del procedimento, di diritti soggettivi allo stesso modo definibili "procedimentali", il cui substrato materiale è rappresentato, non solo dal bene della vita che il soggetto privato confida di mantenere od ottenere in seguito alla decisione finale dell'amministrazione, ma prima ancora da un'utilità autonoma che è svincolata dalla c.d. spettanza della pretesa sostanziale avanzata dal privato in ordine del contenuto del provvedimento amministrativo. In tema si v. anche M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996.



ne di un appalto, ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso, ritenendo generalmente preferibile il primo, così da fondare nei concorrenti l'interesse (autonomo) a competere con il criterio di aggiudicazione che il legislatore ha prescelto a miglior garanzia della qualità, oltre che dell'economicità.

In tale contesto, la Sezione ritiene che non sia revocabile in dubbio che l'interesse legittimo continui, anche nella ricostruzione sostanzialistica che ormai lo caratterizza, ad essere portatore di una funzione avente una duplice natura: protezione del bene della vita ed al contempo verifica del corretto inveroimento dell'interesse pubblico.

In sostanza, secondo l'ulteriore tentativo ora in esame di superamento della visione "tradizionale", l'approdo più coerente con l'evoluzione della posizione giuridica di interesse legittimo tracciata, potrebbe essere quello di affermare che tutte le clausole attinenti le regole "formali" e "sostanziali" della gara debbano essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con il provvedimento finale<sup>43</sup>.

Vi è un ulteriore aspetto che merita di essere considerato: si allude al fatto che nell'ordinanza di rimessione in questione, rispetto alla segnalata occasione di poco precedente in cui la medesima Sezione aveva invece ritenuto di decidere in concreto la vertenza portata alla sua attenzione, i giudici amministrativi, pur dichiarandosi convinti che il "blocco normativo" che si è rapidamente passato in rassegna deponga per l'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti diversi dall'aggiudicazione che toccano immediatamente "beni della vita" protetti dall'ordinamento, hanno posto, tuttavia, alcuni dubbi all'Adunanza Plenaria (di qui il vero senso dell'iniziativa di rimessione della questione alla medesima).

Ebbene, tali dubbi espressi dalla Terza Sezione fanno riferimento alla necessaria "differenziazione" dell'interesse, attraverso la partecipazione alla gara, quale requisito indefettibile per il sorgere di un interesse legittimo azionabile in giudizio dal singolo operatore economico. In particolare, si è chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire se l'eccezione al principio di necessaria partecipazione alla procedura, possa ammettersi, oltre che nei casi in cui si impugnano clausole del bando immediatamente escludenti, anche nelle fattispecie in cui la partecipazione, pur possibile, sarebbe inutile o comunque frustrante, ad esempio a causa dell'adozione del criterio del prezzo più basso. Ciò nell'ottica, innovativa, di riconoscere

---

<sup>43</sup> In tema, di recente, si v. T.A.R. Toscana, sez. III, 1° febbraio 2018, n. 177, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale ha evidenziato che «la gara deve svolgersi già al netto di possibili contestazioni che attengono al metodo di aggiudicazione, alla "cornice" organizzativa del procedimento o al possesso di requisiti di qualificazione in capo agli altri concorrenti, così che l'eventuale giudizio instaurato dopo l'aggiudicazione si incentri sull'effettivo concorso competitivo delle offerte».

come giuridicamente rilevante, e quindi tutelabile, non solo l'aspirazione all'aggiudicazione, ma anche quella alla competizione secondo qualità.

Sul tema della (necessaria) partecipazione alla gara quale strumento di differenziazione dell'interesse fatto valere, e dunque quale presupposto indispensabile dell'azione giurisdizionale, la stessa Adunanza Plenaria, oltre che la Corte costituzionale, si sono costantemente espresse, come si è in precedenza accennato, nel senso che la legittimazione al ricorso è correlata ad una situazione differenziata conseguente alla partecipazione alla gara stessa, e che tale regola subisce deroghe solo nei casi in cui si contrasti "in radice" la scelta della stazione appaltante di indire una procedura comparativa oppure nell'ipotesi di un operatore economico che contesti un affidamento diretto oppure ancora ove si impugni una clausola "escludente" del bando, correlata alla illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione<sup>44</sup>.

Nonostante le autorevoli prese di posizione appena succintamente ricordate, il dibattito sul punto ora in considerazione non si è sopito, essendo ancora presenti tentativi di estendere i casi in cui la partecipazione alla gara non costituisce un presupposto necessario ai fini dell'azione giurisdizionale, come dimostrano i dubbi espressi dall'ordinanza di rimessione ora in commento nonché il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tuttora pendente, attraverso il quale si è chiesto di chiarire se il diritto comunitario osti «ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai 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 della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione»<sup>45</sup>.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, proprio a seguito dell'ultimo rinvio della Terza Sezione, i cui contenuti si sono appena illustrati, è finalmente tornata ad esprimersi sull'argomento, giungendo, come già anticipato in premessa, ad una nuova conferma dell'orientamento tradizionale, alla quale è pervenuta replicando ad uno ad uno agli argomenti evolutivi proposti<sup>46</sup>.

Preliminarmente, nella cruciale decisione che ci si appresta a commentare, si è rilevato come, a proposito del quadro ordinamentale rinnovato, non debba trascurarsi quanto disposto dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo, il quale è stato considerato attribuire un rango legislativo all'imposta-

<sup>44</sup> Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, cit.; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro amm.*, 2014, 387; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245, in *Giur. Cost.*, 2016, n. 2187.

<sup>45</sup> T.A.R. Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263, in *Foro amm.*, 2017, 714.

<sup>46</sup> Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro amm.*, 2018, 586. Nello stesso senso "tradizionale" si era espresso, poco prima, anche Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2018, n. 1469, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zione della sentenza n. 1 del 2003, e ciò nel momento in cui si specifica che l'onere di impugnazione immediata dei bandi ed avvisi di gara sussiste solo se essi risultino «autonomamente lesivi», il che avverrebbe, sempre secondo la pronuncia in esame, soltanto nell'ipotesi in cui essi presentino clausole “escludenti”, nei termini espressi dalla precedente decisione dell'Adunanza Plenaria (ovvero nel senso di ricomprendere nell'onere in parola anche previsioni che impongano ai fini della partecipazione oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della procedura e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla selezione).

Invero, secondo la pronuncia ora in commento, tale argomento di base non appare particolarmente convincente in quanto non confuta nel merito la teoria dell'interesse “procedimentale” alla correttezza della procedura, quale “bene della vita” autonomamente meritevole di tutela, ma si limita ad una affermazione in un certo senso tautologica, tale per cui l'onere di immediata impugnazione sussiste solo in riferimento a provvedimenti autonomamente lesivi, e tali sarebbero solo quelli che recano clausole “escludenti”. A tal proposito, bisogna, in realtà, ammettere che qualora si riconoscesse, come avvenuto nella giurisprudenza illustrata, dignità giuridica indipendente ad interessi diversi, quale appunto quello alla correttezza della procedura, anche in tal caso il bando che rechi clausole lesive di tali interessi sarebbe comunque «autonomamente lesivo», e ciò non solo nelle ipotesi di effetto “escludente” in assoluto. Dunque, in tale prospettiva, è parso che il disposto di cui all'art. 120, comma 5, Codice del processo amministrativo non apporti, in realtà, un argomento così decisivo a favore della teoria tradizionale.

Ciò posto, occorre rilevare che l'Adunanza Plenaria, nel confutare la tesi evolutiva, è giunta, in primo luogo, ad eccepire che il principio di tassatività della cause di esclusione, ora contenuto nell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, è mirato ad evitare esclusioni dalla procedura ad evidenza pubblica per violazioni puramente formali e che il regime di nullità introdotto consente semmai che l'iniziativa giurisdizionale avverso clausole di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge possa avvenire in qualsiasi tempo, e non entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione degli atti di gara, come vorrebbero le teorie innovative.

Secondariamente, il *favor* mostrato dal legislatore per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non implicherebbe, secondo la decisione ora in considerazione, il dovere dell'offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che individua il criterio di aggiudicazione, e ciò in quanto, in tal caso, si imporrebbe allo stesso di prefigurarsi una futura ed ipotetica lesione al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della procedura) certa-

mente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a divenire aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità.

Per quanto riguarda, poi, la legittimazione di ANAC alla impugnazione di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, essa è stata giudicata nell'ultima pronuncia dell'Adunanza Plenaria, come "straordinaria", essendo attribuita dalla legge a presidio dell'interesse pubblico, complessivamente considerato, alla concorrenza, in vista dell'eliminazione del provvedimento illegittimo, e per questo anticoncorrenziale, e della conseguente riedizione della procedura. Si tratterebbe, pertanto, di un valore del tutto diverso da quello cui tipicamente mira il partecipante alla gara, il quale è orientato prioritariamente all'aggiudicazione nei propri confronti e solo subordinatamente alla riedizione della gara.

Interessante, poi, appare la presa di posizione del supremo consesso della magistratura amministrativa in merito al rito c.d. super-accelerato previsto dai commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo, il quale, secondo le teorie innovative illustrate, deporrebbe nel senso dell'emersione di un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria, a tal proposito, ha premesso che la disposizione in questione è volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Ciò al fine di evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara.

Ciò posto, nella pronuncia in commento si è evidenziato come detto rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni costituisca eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta derogatorio rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato *ex art.* 119 Codice del processo amministrativo) e, perciò, debba essere oggetto di stretta interpretazione<sup>47</sup>, ovvero debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di

<sup>47</sup> Nello stesso senso, ovvero sulla specialità del rito in questione si v., di recente, Cons. St., sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 27 febbraio 2018, n. 551, *ivi*; T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, *ivi*.

affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione presentata dai concorrenti.

Invero, nel prendere posizione su tale tema, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto come con la citata prescrizione normativa «il legislatore abbia inteso riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale», e ciò è avvenuto, sempre secondo la posizione in questione, «attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale».

Parrebbe aprirsi, così, uno spiraglio a favore della teoria degli interessi procedimentali autonomamente rilevanti, e quindi tutelabili, indipendentemente dalla aggiudicazione. Sennonché, nella sentenza in commento, il riconoscimento appena segnalato è stato effettuato in ragione dell'esistenza di una precisa disposizione di legge, la quale, data la sua natura eccezionale e di stretta interpretazione, non sarebbe in grado di fondare, secondo l'impostazione in parola, un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati.

Infine, i giudici amministrativi riuniti nel supremo consesso hanno opposto all'accettazione delle teorie innovative un argomento pratico legato ad un possibile aumento, invece che diminuzione, del contenzioso: in tale ottica, si è ritenuto che prevedere un onere di immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima, significherebbe consentire una situazione in cui tutti i concorrenti sarebbero incentivati a proporre ricorso avverso gli atti di gara per qualsiasi motivo. In tal modo si verrebbe a radicare un giudizio rispetto al quale, però, essi, mirando in primo luogo all'aggiudicazione, nutrirebbero un interesse alla dilatazione dei tempi, *in primis* omettendo di formulare un'istanza cautelare, e ciò in attesa di conoscere l'esito della procedura, così da poter rinunciare all'iniziativa giurisdizionale in caso di aggiudicazione, ovvero in caso di conseguimento del bene della vita cui aspirano, e mirando, in caso contrario, alla riedizione della gara, facendo valere le domande formulate nel ricorso originario.

Pertanto, sulla base della complessa ricostruzione del quadro delineato nell'ordinanza di remissione, nonché in quelle precedenti, l'Adunanza Plenaria, a confutazione delle istanze ivi rappresentate, ha concluso nel senso che, pure con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugunate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (ovvero l'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 del 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.

A tal proposito, si era già rilevato, in dottrina, che a ben vedere nemmeno di postergazione (o anticipazione) della tutela sarebbe corretto parlare, quanto piuttosto della tendenziale non impugnabilità della *lex specialis*, in considerazione della sua natura non provvedimentale e inidonea, come tale, ad arrecare lesioni concrete ed attuali all'unico interesse sostanziale protetto di cui sono titolari i concorrenti, ovvero quello all'aggiudicazione, a parte i casi in cui si contesti in radice la scelta di indire una gara ovvero quando si lamenti che essa non vi sia stata<sup>48</sup>.

Per quanto riguarda, poi, il tema, evocato dalla Sezione remittente in termini dubitativi, circa la necessaria differenziazione dell'interesse attraverso la partecipazione alla gara ai fini della tutela giurisdizionale, l'Adunanza Plenaria, pur dando conto del pendente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ha ritenuto di ribadire il consolidato orientamento secondo il quale l'operatore del settore che non abbia 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: e ciò, sia con riferimento alla previgente legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell'attuale quadro normativo. Così, si è giunti a confermare che la situazione differenziata, e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; viceversa, la procedura cui non si sia partecipato è da considerarsi *res inter alios acta e*, come tale, non legittima l'operatore economico ad insorgere avverso la medesima.

In conclusione, si può osservare che il mancato riconoscimento del richiesto *revirement* sul tema in esame poggia fondamentalmente sulla configurazione del processo amministrativo come processo di parti, espressione di una giurisdizione di tipo subiettivo, entro la quale appare chiaro come l'interesse del concorrente sia rivolto verso l'aggiudicazione della gara.

In tale scenario, l'interesse alla "correttezza" della procedura, da intendersi quale legittimità degli atti gara dallo specifico punto di vista di consentire il libero e pieno dispiegarsi del confronto concorrenziale e dei principi di imparzialità e non discriminazione, ovvero l'interesse alla formulazione della migliore offerta possibile, si collocano, pur sempre, per il concorrente, in una posizione strumentale rispetto all'aspirazione all'aggiudicazione. In altri termini, quest'ultimo potrebbe sì nutrire un interesse a che la propria offerta sia valutata in tutta la sua competitività, e non sia viceversa "appiattita" sulle altre, ma sempre al fine di assicurarsi maggiori probabilità di aggiudicazione.

---

<sup>48</sup> Sul punto L. Bertozzi, *Note sull'impugnabilità dei bandi, aspettando l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2018.

Muovendo da tale presupposto, non si può non riconoscere, poi, come la mancata partecipazione alla gara elimini in radice il predetto interesse che muove naturalmente un operatore economico, così da trasformare un'eventuale iniziativa giurisdizionale in un mero controllo di legalità o legittimità destinato a sfociare nell'inammissibilità della stessa.

Del resto, è vero, da un lato, che, allargando lo sguardo al quadro ordinamentale generale, si scorge una tendenza evolutiva, sviluppatasi nel campo della trasparenza amministrativa (in particolare nel disposto di cui al d.lgs. n. 33/2013 s.m.i. introdotto sulla scia del c.d. *Freedom of information Act* di origine anglosassone), che è giunta a riconoscere, in modo per certi versi "rivoluzionario", diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento a forme diffuse (dunque attivabili da chiunque) di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché ha introdotto il "diritto ad una buona amministrazione". Dall'altro lato, però, occorre anche riconoscere che tali posizioni giuridiche "diffuse" sono tutelate attraverso istituti e tecniche diverse dall'azione giurisdizionale di annullamento, la quale rimane inevitabilmente ancorata allo specifico interesse del ricorrente in quanto direttamente e concretamente incidente sulla sua sfera giuridica.

In effetti, il conseguimento della migliore offerta possibile rientra più nell'interesse della stazione appaltante che in quello dei concorrenti, così che un'eventuale lesione dei principi di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa, denunciabile da chiunque, potrà, di per sé, rilevare in altre sedi, ad esempio sotto il profilo della responsabilità contabile o di quella disciplinare in funzione dell'inosservanza delle prescrizioni dettate in tema di prevenzione della corruzione, o, ancora, relativamente all'attivazione dei poteri riconosciuti ad ANAC, ma non ai fini di un ricorso giurisdizionale.

Anche da un punto di vista più squisitamente pratico l'ultima presa di posizione dell'Adunanza plenaria sembra condivisibile.

Infatti, pare che onerare fin da subito i concorrenti della proposizione di un ricorso giurisdizionale amministrativo indipendentemente dalla mancata aggiudicazione, come avverrebbe dando credito alle teorie innovative, significherebbe imporre loro un adempimento di non poco conto, foriero anche di costi non trascurabili, legati non solo all'introduzione e svolgimento dell'iniziativa giurisdizionale, ma anche alla necessità di attuare fin da subito un'analisi "tecnica" ed approfondita degli atti di gara, alla ricerca di possibili vizi, non sempre così evidenti, suscettibili di trasformarsi in una mancata aggiudicazione o comunque in una penalizzazione della propria offerta. In tale ordine di idee, il fatto di precludere possibili impugnative nei confronti di elementi che possono anche non essere di immediata percepibilità fin da subito non sembra funzionale a garantire l'ef-

fettività della tutela giurisdizionale nonché il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche. Inoltre, la consapevolezza di non poter più far valere i vizi degli atti di gara unitamente alla impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, potrebbe, come sottolineato dall'Adunanza Plenaria, indurre i concorrenti ad un atteggiamento per cui, nel dubbio, occorra presentare un ricorso deducendo tali vizi, senza magari coltivarlo con tempestività in attesa dell'esito della gara e della eventuale aggiudicazione, la quale, ancora una volta, rappresenta indubbiamente il "bene della vita" cui in definitiva si aspira.



*La tutela giurisdizionale dei concorrenti ad un procedimento ad evidenza pubblica: l'interesse all'aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali*

L'approfondimento che si è svolto riguarda un tema molto dibattuto in giurisprudenza come quello relativo all'onere di immediata impugnazione degli atti di gara.

A tal proposito, si è dato conto della impostazione "tradizionale" per cui la regola in questione debba valere solo per le clausole c.d. "escludenti", ovvero quelle che precludano in assoluto la partecipazione alla selezione o, al massimo, che prevedano, a tale fine, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati.

A fronte di tale teoria, si sono affacciate con insistenza altre visioni sul tema, le quali hanno proposto una estensione dell'onere di immediata impugnazione alle previsioni degli atti di gara che pregiudichino, in vario modo, la possibilità di presentare la propria offerta in un quadro di libera, leale ed effettiva concorrenza, indipendentemente dall'aggiudicazione.

Di recente è intervenuta nuovamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha sostanzialmente confermato l'orientamento "tradizionale".

In tale scenario, si deve continuare a ritenere che l'unico interesse del concorrente tutelabile dal punto di vista giurisdizionale sia quello all'aggiudicazione, essendo l'interesse al corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali puramente strumentale al primo, almeno dal punto di vista del concorrente stesso.

*The jurisdictional protection of competitors in a public procedure: the interest in awarding and that in the correct management of the procedure according to entirely competitive rules*

The in-depth analysis made concerns a subject much debated in jurisprudence: that relating to the burden of immediate appeal of tender documents.

In this regard, we take into account the 'traditional' approach according to which the rule in question should apply only in so-called 'excluding' terms, i.e. those that absolutely preclude participation in the selection process, or that foresee absolutely incomprehensible or manifestly disproportionate charges.

Faced with this theory, other views on the subject insistently propose an extension of the burden of immediate appeal to the provisions of the tender documents which, in various ways, could jeopardise the possibility of presenting one's own offer in a framework of free, fair and effective competition, regardless of who is awarded the tender. Recently, the Plenary Assembly of the Council of State intervened again and substantially confirmed the 'traditional' orientation.

In this scenario, we must continue to believe that the sole interest of the competitor that can be protected from a jurisdictional point of view is that of the awarding process, since the interest in the correct performance of the procedure according to entirely competitive rules is purely functional to the first, at least from the point of view of the competitor himself.

