

7 FEBBRAIO 2018

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

di Roberto Casini, Gabriele Gagliardini e Benedetta 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 \*

**di Roberto Casini, Gabriele Gagliardini e Benedetta Biancardi**

**Sommario:** A. Sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara. **1.** L'ordinanza n. 2406 del 6 maggio 2002 – **2.** La sentenza n. 1 del 29 gennaio 2003 dell'Adunanza plenaria – 2.1. Il principio di attualità e concretezza della lesione – 2.2. Le clausole soggettivamente escludenti – 2.3. Quale interesse leso? – 2.4. Ulteriore ipotesi limite in caso di “oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati” – **3.** L'evoluzione giurisprudenziale dopo la sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria – 3.1. L'ampliamento delle ipotesi limite “escludenti” – 3.2. Gli ulteriori interventi dell'Adunanza plenaria – **4.** Il recente revirement del Consiglio di Stato: la sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017 ed il riemergere della prospettiva concorrenziale – **5.** Contrasti successivi e nuova rimessione all'Adunanza plenaria: l'ordinanza n. 5138 del 7 novembre 2017 – **6.** Considerazioni conclusive \*\*\* B. Sulla necessità o meno di partecipare alla gara. **1.** La legittimazione al ricorso avverso il bando di gara – **2.** L'onere di partecipazione alla gara sussiste per l'impugnazione della clausola del bando sul criterio di aggiudicazione? – **3.** Considerazioni conclusive

Il presente contributo è volto a chiarire, attraverso la ricostruzione giurisprudenziale e dottrina, l'odierna portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole di bandi di gara e la connessa problematica della necessità, in tale ipotesi, di partecipare alla gara per avere legittimazione al ricorso.

La tematica coinvolge dalle fondamenta i caratteri del sistema di giustizia amministrativa poiché attiene alle condizioni cui è subordinata la proposizione del ricorso giurisdizionale, ovverossia l'interesse ad agire e la legittimazione al ricorso.

L'analisi darà prima conto dell'evoluzione interpretativa sul tema dell'onere di immediata impugnazione e, più in generale, dell'interesse a ricorrere; successivamente, si concentrerà sul problema, solo apparentemente subordinato, della necessità di prendere parte alla gara e, più in generale, sulla condizione di legittimazione al ricorso.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. A fronte di impostazioni e conclusioni comuni, i paragrafi 1, 3 e 5 della parte A sono ascrivibili al dott. R. Casini; i paragrafi 2 e 4 della parte A sono ascrivibili alla dott.ssa B. Biancardi; la parte B è ascrivibile al dott. G. Gagliardini.

## A. Sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara

L'immediata impugnabilità del bando di gara ha costituito oggetto di una lunga *querelle* interpretativa nella giurisprudenza amministrativa, che ha trovato un primo momento di sintesi e di messa a punto con la rimessione della relativa questione da parte della V sezione del Consiglio di Stato nel 2002 all'Adunanza plenaria<sup>1</sup>.

Al fine di inquadrare la problematica, sembra opportuno iniziare proprio con l'analisi dell'ordinanza n. 2406 del 2002 di rimessione all'Adunanza plenaria<sup>2</sup> e della conseguente decisione n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria<sup>3</sup>, che costituisce tuttora il punto di riferimento fondamentale della materia in esame.

### 1. L'ordinanza n. 2406 del 6 maggio 2002

La V sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sull'appello promosso nei confronti della sentenza n. 340 del 1999 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, ha deciso di sottoporre all'Adunanza plenaria tre questioni di particolare importanza<sup>4</sup>.

Ai fini della presente trattazione, sembra opportuno considerare la seconda delle suddette questioni, concernente «l'esatta individuazione dei casi in cui è necessaria, a pena di decadenza, l'immediata impugnazione del bando di gara o di concorso (o della lettera di invito ad una procedura selettiva), senza attendere l'adozione di ulteriori atti

---

<sup>1</sup> A questo proposito, è opportuno ricordare come l'intervento della plenaria fosse da tempo auspicato, al fine di ricomporre i contrasti che erano sorti in giurisprudenza. Ci si riferisce, in particolare, a due sentenze della V sezione del Consiglio di Stato che si erano allontanate dall'interpretazione sino a quel momento accolta dalla giurisprudenza, ampliando significativamente la portata dell'onere di immediata impugnazione (v. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757, in *Foro amm.*, 1999, 1, 76 e Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro amm.*, 1999, 3-4, 703).

La prima aveva esteso il suddetto onere alle clausole relative ai criteri di valutazione delle offerte che fossero palesemente irragionevoli ed illogiche. La seconda, in maniera ancor più radicale, aveva individuato l'onere di impugnazione con riferimento alle prescrizioni del bando che, illegittimamente, fissassero i criteri di selezione del contraente ovvero le modalità di funzionamento della commissione giudicatrice.

<sup>2</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2002, 5, 1226-1227, nonché in *Giust. civ.*, 2002, I, 1687 nonché, per esteso, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 6, 1385 e ss.

<sup>3</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro it.*, 2004, III, 344 e ss., con nota di R. MONTANARO, *Impugnazione immediata dei bandi di gara: spunti dall'adunanza plenaria*; in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2003, 1, 66 e ss., con nota di P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*; in *Urb. e app.*, 2003, 547, con nota di F. MARTINELLI, *L'adunanza plenaria interviene in materia di impugnazione immediata dei bandi di gara: nuove ipotesi al vaglio del giudice amministrativo*.

<sup>4</sup> Oltre alla questione che sarà di seguito esaminata, l'ordinanza rimetteva alla plenaria due ulteriori questioni. La prima riguardava la eventuale inammissibilità o improcedibilità del ricorso per annullamento dell'aggiudicazione in caso di intervenuta esecuzione integrale dell'appalto. La seconda concerneva la possibilità di disapplicare le clausole del bando di gara o di concorso o della lettera di invito in caso di contrasto con il diritto comunitario.

*applicativi (provvedimenti di esclusione, di aggiudicazione, ecc.), che segnano la conclusione dell'iter o determinano, per la parte interessata, il definitivo arresto procedimentale*<sup>5</sup>.

Prima di esporre le sue conclusioni, l'ordinanza ha ricostruito dettagliatamente i diversi orientamenti giurisprudenziali formati in materia di onere di immediata impugnazione delle clausole del bando.

In primo luogo, è stata richiamata la cosiddetta tesi tradizionale, in virtù della quale il bando di gara sarebbe stato immediatamente impugnabile solo con riferimento alle clausole impeditive dell'ammissione e non anche a quelle relative ai criteri di aggiudicazione<sup>6</sup>.

L'interesse ad impugnare gli atti relativi alla scelta dell'aggiudicazione sarebbe sorto, pertanto, solo al termine della procedura di selezione<sup>7</sup>.

In secondo luogo, si è fatto riferimento ad un orientamento minoritario volto ad escludere la configurabilità stessa dell'onere di immediata impugnazione. In base a questa ricostruzione restrittiva, l'impugnazione di tutte le clausole del bando e, perciò, anche quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, avrebbe dovuto essere spostata in avanti<sup>8</sup>.

L'ordinanza ha infine menzionato una terza tesi interpretativa, affermata da alcuni giudici di primo grado, la quale si incentrava sulla valorizzazione del potere di disapplicazione del giudice. Secondo i sostenitori di questa ricostruzione, l'onere di impugnazione delle clausole del bando sarebbe stato escluso sia con riferimento alla fase precedente l'adozione dei provvedimenti di aggiudicazione e di esclusione sia con riferimento a quella successiva<sup>9</sup>.

La conseguenza della disapplicazione, inoltre, veniva sostenuta da alcuni giudici in caso di contrasto tra le previsioni del bando e la normativa comunitaria<sup>10</sup>.

Infine, l'ordinanza ha analizzato le tesi ampliative dell'onere di immediata impugnazione.

In termini generali, i sostenitori di tali tesi sottolineavano come tramite il bando l'amministrazione avrebbe esaurito il suo potere discrezionale e, pertanto, la successiva attività sarebbe consistita in una mera attuazione di quanto sancito nella *lex specialis*. Di conseguenza, la lesione determinata dalle clausole del bando sarebbe stata immediata, riferendosi direttamente alla condizione di concorrenti alla selezione

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, cit., 1389.

<sup>6</sup> V., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 1326, in *Foro amm.*, 1999, 10, 2102 e ss.

<sup>7</sup> A questo proposito, si sottolinea che «l'onere di immediata impugnazione degli atti relativi alla fissazione della *lex specialis* di gara è ipotizzabile solo quando il bando o la lettera di invito contengono prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato al procedimento concorsuale». Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, cit., 1391. V. anche Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 1999, n. 90, in *Foro amm.*, 1999, 1, 97 e ss.

<sup>8</sup> V. Cons. Stato, sez. IV, 10 aprile 1998, n. 582 (ord.), in *Foro amm.*, 1998, 4, 1021 e ss. e in *Foro it.*, 1998, III, 500.

<sup>9</sup> V. Tribunale Amministrativo per la Lombardia, sede di Milano, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, in *Urb. e app.*, 1997, 10, 1138-1139 e Tribunale Amministrativo per la Lombardia, sede di Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, in *Foro amm.*, 1998, 9, 2452 e ss.

<sup>10</sup> Tribunale Amministrativo per la Lombardia, sede di Milano, sez. III, 8 agosto 2000, n. 234, in *Urb. e app.*, 2000, 11, 1243 e ss.

propria dei partecipanti. Secondo questa ricostruzione, la posizione differenziata dei partecipanti, vale a dire il loro interesse, avrebbe coinciso con la «*pretesa autonoma alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, ritenuta distinta dall'aspettativa di aggiudicazione del contratto*»<sup>11</sup>.

È opportuno precisare che tale orientamento non sostiene, se non nelle sue declinazioni più estreme, la necessità di impugnare immediatamente tutte le clausole contenute nel bando. Resta ferma, infatti, la regola generale dell'impugnabilità del bando unitamente ai provvedimenti che lo applicano, individuando, però, diverse eccezioni.

È stata affermata, ad esempio, la necessità di impugnare le clausole contenenti i criteri di selezione dei concorrenti, dal momento che esse, vincolando le successive valutazioni dell'amministrazione, sarebbero immediatamente lesive<sup>12</sup>.

In base a tale orientamento, inoltre, una parte della giurisprudenza ha sostenuto l'immediata impugnabilità delle clausole irragionevoli, «*tali da non consentire la formulazione dell'offerta, dal momento che le prescrizioni ivi previste rendono effettivamente impossibile quel calcolo di convenienza tecnica ed economica che ogni impresa deve essere in condizioni di poter effettuare all'atto in cui valuta se partecipare o no ad una gara pubblica*»<sup>13</sup>.

La *ratio* di questa ricostruzione sembra risiedere nella necessità di considerare immediatamente lesive le clausole produttive di effetti distorsivi della concorrenza<sup>14</sup>.

Un'ulteriore ipotesi di impugnazione immediata della *lex specialis* è stata individuata con riferimento a prescrizioni del bando concernenti le modalità di presentazione dell'offerta<sup>15</sup>.

L'onere di impugnazione, infine, è stato affermato riguardo alle clausole concernenti il funzionamento della commissione giudicatrice<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, cit., 1393.

<sup>12</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 261, in *Foro amm.*, 1998, 2, 343; Cons. Stato, sez. V, 24 dicembre 2001, n. 6386, in *Arch. giur. op. pubb.*, 2001, 1436.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757, cit., 76. Per una critica v. R. VILLATA, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912.

<sup>14</sup> Si è affermato, in proposito, che sussisterebbe un «*interesse attuale a ricorrere, identificabile nell'interesse personale del ricorrente a partecipare ad una gara le cui regole siano legittime [...] che si collega alle scelte dell'impresa, garantita dall'art. 41 Cost., e che si sostanzia nell'utilità che discende dalla salvaguardia della libertà negoziale*» (Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884, in *Foro amm.*, 2000, 5, 1750). In maniera analoga, sono state riconosciute come immediatamente lesive le clausole di esclusione automatica (Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 1999, n. 1158, in *Foro amm.*, 1999, 7-8, 1430), di determinazione della soglia di anomalia (Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990, in *Foro amm.*, 2000, 5, 1757) e di fissazione delle modalità di svolgimento della gara (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro amm.*, 1999, 3-4, 703).

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. V, 04 aprile 2002, n. 1857, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2002, 4, 915.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro amm.*, 1999, 3-4, 703.

In sintesi, le tesi espansive sembrano individuare un autonomo interesse meritevole di tutela «*tutte le volte in cui le prescrizioni del bando fissano regole che segnano un'incidenza, diretta o indiretta (ma sempre determinante) sulle condotte delle imprese concorrenti, già rilevanti all'interno dello svolgimento della gara*»<sup>17</sup>.

La rilevanza diretta si manifesta con riferimento a clausole che impongono, a pena di esclusione, oneri formali contestuali all'offerta.

La rilevanza indiretta riguarderebbe, al contrario, le prescrizioni della *lex specialis* che prevedono criteri di valutazione dell'offerta specifici e vincolanti, condizionando la composizione interna dell'offerta.

L'orientamento ampliativo, come già anticipato, non afferma la necessità di impugnare qualsivoglia clausola del bando. Pertanto, al fine di delimitare la portata di tale onere, la citata giurisprudenza ha individuato, analizzando le singole fattispecie, alcuni presupposti concreti della immediata impugnabilità. Tra questi è possibile ricordare il contenuto della clausola del bando, l'idoneità delle regole di gara ad influenzare il comportamento dei concorrenti e della stazione appaltante, l'incidenza della clausola sullo svolgimento della gara e sui suoi esiti.

Sulla base delle precedenti ricostruzioni, l'ordinanza espone le sue conclusioni.

Dopo aver ribadito che la tesi tradizionale costituisce la regola generale, la V Sezione ritiene che «*gli stessi principi generali possano imporre un parziale ampliamento delle ipotesi di impugnazione immediata, con particolare (ed esclusivo) riguardo alle clausole relative alle modalità oggettive di partecipazione alla gara*», sicché «*anche in tal caso, le clausole in questione hanno attitudine a determinare l'immediato arresto procedimentale, nei confronti dei soggetti che non rispettano le prescrizioni riguardanti le modalità di presentazione delle offerte, oppure gli oneri strettamente formali e procedurali, connessi alla domanda di partecipazione alla procedura selettiva*» e «*nelle altre ipotesi, invece, sembra che debba affermarsi la regola dell'impugnazione congiunta all'atto applicativo*»<sup>18</sup>.

## **2. La sentenza n. 1 del 29 gennaio 2003 dell'Adunanza plenaria**

L'Adunanza plenaria<sup>19</sup> ha preso posizione in maniera chiara e decisa rispetto a tutti i diversi orientamenti giurisprudenziali sopra illustrati, individuando sia il tipo di interesse legittimo sotteso, la cui lesione giustifica l'impugnazione immediata, sia i caratteri che tale lesione deve presentare perché possa essere direttamente ed immediatamente fatta valere in giudizio.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. V, 06 maggio 2002, n. 2406, cit., 1398.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406, cit., 1403.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 344 e ss.

## 2.1. Il principio di attualità e concretezza della lesione

La questione sottoposta all'Adunanza plenaria era volta, essenzialmente, all'individuazione del tipo di clausole che devono, a pena di decadenza, essere impugnate immediatamente e, cioè, entro il termine decorrente dalla conoscenza legale del bando, senza attendere gli atti applicativi, in particolare il provvedimento di aggiudicazione.

Il quesito investe la più generale problematica di determinazione del momento di tempestiva impugnazione degli atti amministrativi generali, quali sono i bandi di gara, e delle relative clausole in essi contenute. I bandi di gara, infatti, non hanno di norma una portata immediatamente lesiva in quanto sono rivolti ad una generalità non determinata di soggetti, non ancora destinatari di provvedimenti specifici nei loro confronti. Conseguentemente, solo i successivi atti applicativi da un lato individuano compiutamente i soggetti lesi e, dall'altro, producono la lesione nei loro confronti.

Sotto questo profilo, ribadendo il principio generale in tema di interesse all'azione *ex art. 100 c.p.c.*, l'Adunanza ha chiarito la necessità che la lesione dell'interesse sia dotata dei caratteri di immediatezza, concretezza e attualità<sup>20</sup>.

Applicando questo canone alla materia degli appalti pubblici, l'Adunanza ha confermato l'impostazione tradizionale secondo la quale i bandi di gara e le lettere di invito vadano normalmente impugnati insieme agli atti applicativi, poiché sono solo questi ultimi ad indentificare 'personalmente' i soggetti lesi e, quindi, a determinare concretamente la lesione nei loro confronti. Infatti, *«l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva»*<sup>21</sup>.

## 2.2. Le clausole soggettivamente escludenti

L'Adunanza plenaria ha altresì confermato l'impostazione tradizionale secondo cui i bandi di gara debbano essere immediatamente impugnati laddove contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione<sup>22</sup>. E questo in quanto tali clausole sono idonee a produrre immediatamente

<sup>20</sup> In particolare, bisogna che «sia l'interesse sostanziale (a tutela del quale si agisce) che l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte ad interessi meramente potenziali». Così Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353.

<sup>21</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353.

<sup>22</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 1, in *Foro it.*, 1999, III, 267 e ss.

e concretamente effetti lesivi e, quindi, a far sorgere l'interesse a ricorrere, condizione indispensabile ai fini dell'ammissibilità della domanda giudiziale<sup>23</sup>.

Secondo l'Adunanza, tali clausole sono caratterizzate dal fatto di prendere in considerazione situazioni e qualità soggettive dei partecipanti che sono anteriori ed autonome rispetto alla successiva procedura di gara<sup>24</sup>. Pertanto, l'effetto lesivo non si determina durante lo svolgimento della procedura o con l'aggiudicazione, ma discende direttamente dal bando, poiché esso prende in considerazione una circostanza soggettiva preesistente e già definita<sup>25</sup>.

Ne consegue che *«l'eventuale atto dell'Amministrazione procedente, volto ad escludere l'interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale avrà, pertanto, valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodottasi nei confronti di chi, avendo comunque chiesto di partecipare alla procedura, attraverso la presentazione della domanda, appare già identificato come destinatario direttamente inciso dal bando di gara o di concorso»*<sup>26</sup>.

Questa impostazione determina due importanti conseguenze sul piano processuale.

Da un lato, se il concorrente impugna l'atto di esclusione e la presupposta clausola del bando quando è ormai trascorso il termine decadenziale di impugnazione della clausola (e, cioè, i trenta giorni dalla pubblicazione del bando), il ricorso è irricevibile, in quanto tardivo<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Sul punto è stato infatti chiarito che *«le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti 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»*. Così Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n.1, cit., 354. V. anche Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1747, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002, 662 e ss; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264 in *Riv. pers. ent. loc.*, 2001, 895 e ss.

<sup>24</sup> In particolare, l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 1 del 2003, cit., 354, ha chiarito che *«esse riguardano direttamente ed immediatamente i soggetti stessi (e non le loro offerte ed ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara), e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi»*.

<sup>25</sup> Per un'analisi vedi C. E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento*, nota a Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Urb. e app.*, 2003, 428 e ss.; S. BACCARINI, *Clausole non escludenti dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in [www.giust.it](http://www.giust.it); G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 10, 2833 e ss; S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 360 e ss.

<sup>26</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 355.

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2010, n.1423 in *Foro amm., C.d.S.*, 2010, 3, 608 e ss. Peraltro, il Consiglio di Stato ha ammesso la rimessione in termini per errore scusabile (cfr. attuale formulazione dell'articolo 37 c.p.a.), laddove l'errore sia il frutto di una oggettiva difficoltà di interpretazione di una norma o per la particolare complessità della fattispecie concreta o per contrasti giurisprudenziali esistenti ovvero ancora per il comportamento non lineare dell'Amministrazione, idoneo a ingenerare convincimenti non esatti o comunque un errore non imputabile al ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2011, n. 2892 in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, 5, 1537 e ss). Sul punto si segnala anche l'importante sentenza del 27 febbraio 2003 della Corte di Giustizia Europea (causa *Santex* C-327/00, in *Foro it.*, 2003, IV, 474), in cui la Corte ha riconosciuto la possibilità che l'autorità giudiziaria ammetta l'impugnazione di clausole escludenti contrarie al diritto comunitario anche una volta trascorso il termine (soltanto) qualora sia stata l'autorità aggiudicatrice con il proprio comportamento a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di impugnativa entro i termini previsti.

Dall'altro lato, se il concorrente impugna il solo atto successivo di esclusione dalla procedura, il ricorso è inammissibile, in quanto manca l'interesse ad ottenere l'annullamento di un provvedimento applicativo che verrebbe poi riadottato con identico contenuto, in costanza della presupposta e non contestata clausola del bando<sup>28</sup>.

### 2.3. Quale interesse leso?

Nell'affermare che l'elemento discriminante è costituito dalla portata immediatamente lesiva della clausola, l'Adunanza ha altresì preso una netta posizione relativamente al tipo di interesse legittimo protetto che fa sorgere il diritto (e l'onere) di immediata impugnazione delle clausole lesive.

La plenaria ha chiarito che è necessario operare una distinzione tra le clausole illegittime e le clausole direttamente lesive e che solo queste ultime fanno sorgere l'interesse immediato ed attuale all'impugnazione<sup>29</sup>.

Sul punto, l'Adunanza ha affermato che *«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»*<sup>30</sup>.

Con questa affermazione, la plenaria ha disatteso quegli orientamenti giurisprudenziali, menzionati nell'ordinanza di rinvio, che postulavano l'esistenza di un autonomo interesse delle imprese a *«partecipare ad una gara le cui regole siano legittime»*. E questo in quanto il riconoscimento di un'autonoma ed anticipata tutela ad interessi (meramente) procedimentali, collegati al corretto svolgimento della procedura di selezione, si risolverebbe *«in una impropria frammentazione e polverizzazione, in una serie di interessi diversi, dell'unico interesse sostanziale protetto»*<sup>31</sup>.

In questo modo, l'Adunanza ha voluto definitivamente affermare che l'unico bene della vita – e, quindi, l'unico interesse sostanziale la cui lesione fa sorgere l'interesse all'azione – è l'aggiudicazione della gara. Gli eventuali interessi procedimentali, tra cui anche quello alla legittimità della procedura selettiva, non

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 456, in *Foro amm.*, C.d.S., 2011, 1, 249.

<sup>29</sup> L'Adunanza plenaria ha affermato che *«a fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare»*. Così Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 357.

<sup>31</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 356.

costituiscono autonomi interessi ma rappresentano solo un ‘riflesso strumentale’ dell’interesse legittimo all’aggiudicazione<sup>32</sup>.

Secondo questa impostazione, non sono direttamente impugnabili tutte le clausole del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell’offerta economica, in particolare le clausole riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell’anomalia dal momento che, in questi casi, la lesione si concretizza soltanto con l’esito negativo della gara. In particolare, con riferimento alle clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, la plenaria ha ribadito che, «anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell’impresa relativa alla predisposizione della proposta economica e tecnica»<sup>33</sup>, essi possono essere impugnati solo unitamente agli atti applicativi<sup>34</sup>.

#### **2.4. Ulteriore ipotesi limite in caso di “oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati”**

L’Adunanza plenaria ha, infine, ritenuto opportuno precisare che «non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all’interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale»<sup>35</sup>.

La *ratio* di questa sorta di ‘clausola di chiusura’ è da rinvenirsi nella considerazione che l’imposizione da parte della *lex specialis* di oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati produce,

---

<sup>32</sup> Sul punto, l’Adunanza plenaria ha chiarito che tali orientamenti che ampliano la tutela autonoma ad interessi strumentali non possono essere condivisi in quanto operano una «confusione tra l’oggetto dell’interesse ed il tipo di protezione ad esso accordato», in quanto «l’oggetto dell’interesse protetto riguarda, infatti, l’aggiudicazione, mentre tale interesse è protetto dall’ordinamento - come esattamente si osserva nell’ordinanza di rimessione - nei limiti della legittimità del procedimento di gara» (Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 357). In termini simili, è stato rilevato come «l’oggetto dell’interesse protetto risiede nell’aggiudicazione del contratto: gli interessi procedurali rilevano soltanto se la loro lesione è il veicolo della compromissione, concreta ed attuale, dell’oggetto dell’interesse protetto, la cui tutela è assicurata dall’ordinamento, una volta sopravvenuto il diniego d’aggiudicazione, nei limiti della legittimità del provvedimento di gara» (L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 686).

<sup>33</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 357.

<sup>34</sup> Analogamente, l’Adunanza plenaria ha ritenuto non direttamente impugnabili anche le clausole relative alla composizione ed al funzionamento della commissione aggiudicatrice, agli oneri formali di formulazione della domanda di partecipazione e/o dell’offerta ed ai criteri per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte e per la susseguente verifica dell’anomalia.

<sup>35</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 353. A titolo esemplificativo, la sentenza fa riferimento all’ipotesi in cui il bando, «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» (Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 358).

in concreto, un effetto analogo a quello delle clausole escludenti e, cioè, in altri termini «*comport[a] sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale*»<sup>36</sup>.

Peraltro, la sentenza ha chiarito che l'esistenza in concreto di tali clausole deve essere sottoposta ad un accertamento di fatto rimesso interamente all'apprezzamento del giudice della controversia.

### **3. L'evoluzione giurisprudenziale dopo la sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria**

I principi stabiliti dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 1 del 2003 sono stati recepiti dalla giurisprudenza successiva, che, tuttavia, non si è limitata a consolidarne l'insegnamento ma ne ha progressivamente ampliato la portata ed i confini.

Si registrano, in particolare, due linee evolutive: da un lato quella che ha via via ampliato il catalogo delle ipotesi di clausole *de facto* escludenti, ulteriori rispetto a quelle relative ai requisiti soggettivi di partecipazione, dall'altro quella che ha tentato, a fronte anche di un'evoluzione del contesto normativo di riferimento, di rimettere in discussione la natura ed i confini dell'interesse legittimo tutelabile con lo strumento dell'immediata impugnazione.

#### **3.1. L'ampliamento delle ipotesi limite "escludenti"**

L'elaborazione giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 1 del 2003 ha comportato un ampliamento della nozione di clausole immediatamente escludenti.

Queste ultime, in sostanza, non sono soltanto quelle attinenti ai requisiti soggettivi, dal momento che l'effetto immediatamente impeditivo della partecipazione può verificarsi anche con riferimento a profili oggettivi della formulazione dell'offerta, considerata sia sul piano tecnico sia sul piano economico<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., 358. Nondimeno, è stato osservato come queste due ipotesi ulteriori, relative agli oneri incomprensibili o sproporzionati, creino problemi interpretativi e potenzialmente si discostino dalla *ratio* generale espressa dalla plenaria. A tal proposito si è osservato, con riferimento alla prima ipotesi, che «*non si vede perché un bando particolarmente mal redatto debba imporre oneri di impugnativa più stringenti, e dunque conseguire più facilmente la salvezza dalle impugnative, per decorso del termine decadenziale, rispetto ad un bando più correttamente e logicamente redatto*» e che «*in secondo luogo, l'illegittimità del bando in questo caso non appare idonea a danneggiare specificamente alcuni concorrenti a differenza di altri*». Con riferimento, poi, agli oneri sproporzionati, l'Autore rileva quanto segue: «*Il riferimento che la decisione dell'adunanza plenaria opera alla circostanza che, perché sussista l'onere di immediata impugnazione, occorre che queste clausole comportino una sostanziale impossibilità per il ricorrente di partecipare, pare ricondurre questa ipotesi a quella generale relativa alle clausole impeditive della partecipazione. In questa lettura, per così dire, restrittiva ma aderente al testo della decisione, questa ipotesi rappresenterebbe nient'altro che una specificazione dell'unico caso di obbligo di impugnazione anticipata del bando*». (R. MONTANARO, *Impugnazione immediata dei bandi di gara: spunti dall'adunanza plenaria*, cit., 350).

<sup>37</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491, ined.; Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180, in *Foro amm.*, 2016, 10, 2338-2339; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809, ined.

Anche alla luce di tale orientamento ampliativo, il quale sembra essersi ormai consolidato, la giurisprudenza ha in più occasioni cercato di raccogliere le principali ipotesi di clausole immediatamente escludenti. Oltre a quelle tradizionali già richiamate<sup>38</sup>, si posso ricordare:

- 1) 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<sup>39</sup>;
- 2) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente<sup>40</sup>;
- 3) l'imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto)<sup>41</sup>;
- 4) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come quelli relativi al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario<sup>42</sup>) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);
- 5) gli atti di gara privi della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"<sup>43</sup>.

Quanto detto sembra confermare la premessa del presente paragrafo. Pur considerando l'ampliamento della nozione di clausola immediatamente escludente, infatti, è riscontrabile una sostanziale continuità tra l'orientamento espresso nella sentenza n. 1 del 2003 e quanto affermato dalla giurisprudenza successiva.

---

<sup>38</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle clausole che impongono «oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale», già espressamente prese in considerazione nella sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria, sopra ricordata.

<sup>39</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980, in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, 2, 609-610; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 4414, in *Foro amm., C.d.S.*, 2005, 7-8, 2271; Cons. Stato, sez. V., 03 giugno 2010, n. 3489, in *Foro amm., C.d.S.*, 2010, 6, 1269.

<sup>40</sup> Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135, in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, 10, 3439-3440; C.G.A., 20 dicembre 2016, n. 474, ined.

<sup>41</sup> Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222, in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, 1155-1156.

<sup>42</sup> Tribunale Amministrativo per la Lombardia, sede di Milano, sez. IV, 19 giugno 2017, n. 1362, ined. In questo caso, è stato affermato l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* nella parte in cui impediva di conoscere con certezza la durata del contratto da affidare al termine della procedura di gara. Le previsioni del bando, infatti, avendo reso particolarmente difficile la formulazione di un'offerta, sono state considerate immediatamente lesive.

<sup>43</sup> Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441, in *Foro amm., C.d.S.*, 2009, 11, 2539 e ss.; Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421, in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, 10, 3100; Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 2012, n. 5761, in *Foro amm., C.d.S.*, 2012, 11, 2847.

### 3.2. Gli ulteriori interventi dell'Adunanza plenaria

Il paragrafo precedente ha messo in evidenza come l'insegnamento dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 sia stato fatto proprio, con le dovute precisazioni, dalla giurisprudenza successiva.

A questo proposito, sembra opportuno dare atto delle tre ordinanze con cui la VI Sezione del Consiglio di Stato ha richiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria, al fine di superare l'orientamento sancito dalla più volte citata sentenza n. 1 del 2003.

Si tratta, infatti, dei primi tentativi di rimettere apertamente in discussione l'indirizzo interpretativo tradizionale.

In primo luogo va ricordata l'ordinanza n. 351 del 2011, la quale ha sottoposto a serrata critica i principi sanciti dall'Adunanza plenaria nel 2003, muovendo a quest'ultima due ordini di censure<sup>44</sup>:

1) la finalità deflattiva sottesa alla sentenza n. 1 del 2003 si sarebbe dimostrata *«nei fatti del tutto fallace, a fronte di incontestabili costi aggiuntivi per la p.a. costretta a impegnativi e lunghi rinnovi procedurali»*<sup>45</sup>.

2) facendo riferimento ai principi del processo amministrativo, si afferma che *«se le clausole, escludenti o meno che siano, sono ritenute illegittime, non vi è giustificazione per superare i limiti temporali dell'azione di impugnazione, attesa comunque la loro lesività»*<sup>46</sup>.

Al fine di giustificare quest'ultima affermazione, l'ordinanza ricorre al principio di buona fede oggettiva, contenuto negli articoli 1337 e 1338 c.c.

In particolare si fa leva sulla seconda delle due disposizioni, la quale sancisce la responsabilità della *«parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte»*<sup>47</sup>.

Tramite quest'ultimo riferimento, in sostanza, si vuole valorizzare il principio di buona fede inteso come dovere di non frustrare l'altrui affidamento.

Nell'ordinanza, infatti, si sostiene che *«quell'affidamento, così spesso invocato a danno della p.a., debba valere anche a favore di quest'ultima, nel momento in cui un soggetto chiede e sia ammesso a partecipare ad un procedimento sulla cui onerosità e complessità non è necessario ricordare»*<sup>48</sup>.

Al fine di rispettare il dovere generale di buona fede, pertanto, sarebbe necessario affermare l'esistenza di un generalizzato onere di immediata impugnazione delle clausole del bando, superando, in questo modo, i principi sanciti nella sentenza n. 1 del 2003.

---

<sup>44</sup> Per una critica alle argomentazioni dell'ordinanza n. 351 del 2011 si veda L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici*, cit., 687- 688.

<sup>45</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 6, 1928.

<sup>46</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., 1928.

<sup>47</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., 1928.

<sup>48</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., 1928.

Tale questione, tuttavia, non ha ricevuto risposta da parte della Adunanza plenaria che, mediante la sentenza n. 4 del 2011<sup>49</sup>, ha affermato la sua irrilevanza rispetto alla controversia esaminata.

Un secondo tentativo di superamento della sentenza n. 1 del 2003 è stato effettuato, sempre dalla VI Sezione, mediante l'ordinanza di rimessione n. 2633 del 2012<sup>50</sup>. Tale ordinanza si rifà espressamente alla n. 351 del 2011 e, pertanto, ripropone la questione negli stessi termini.

Anche in questa occasione l'Adunanza plenaria non si è pronunciata sulla questione, ritenendola non rilevante ai fini della decisione della *res controversa*<sup>51</sup>.

Infine, è possibile ricordare un terzo tentativo della VI sezione di indurre la plenaria a rimeditare le conclusioni formulate nella sentenza n. 1 del 2003.

Ci si riferisce all'ordinanza di rimessione n. 634 del 2013<sup>52</sup>, la quale, pur aderendo all'orientamento espresso nelle ordinanze n. 351 del 2011 e n. 2633 del 2012, sembra adottare una posizione più netta e ricorrere a delle argomentazioni parzialmente innovative.

Il collegio, infatti, ritiene 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»*<sup>53</sup>.

Al fine di giustificare questa radicale posizione, si afferma che *«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'emanaazione del bando»* e che *«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»*<sup>54</sup>.

Di conseguenza, prosegue l'ordinanza, sarebbe preferibile affermare un onere di immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, *«essendo pacifico 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»*<sup>55</sup>.

In questo modo, conclude l'ordinanza, le esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa sarebbero meglio tutelate, eliminando i margini di incertezza connessi ad eventuali impugnative proposte al termine della procedura concorsuale e volte a censurare prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

---

<sup>49</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 07 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, 6, 1132 e ss.

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. VI, 08 maggio 2012, n. 2633, in *Giurisprud. amm.*, 2012, I, 919.

<sup>51</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31, in *Foro amm., C.d.S.*, 2012, 7-8, 1816 e ss.

<sup>52</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

<sup>53</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

<sup>54</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

<sup>55</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634, ined.

Anche in questa occasione l'Adunanza plenaria non ha approfondito la questione<sup>56</sup>.

Infatti, avendo ritenuto legittima la clausola controversa, la quale concerneva l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta non pubblica, il Collegio ha deciso che non fosse necessario pronunciarsi su tale complessa tematica.

#### **4. Il recente *revirement* del Consiglio di Stato: la sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017 ed il riemergere della prospettiva concorrenziale**

La recente pronuncia del Consiglio di Stato del 2 maggio 2017<sup>57</sup> sembra aver messo nuovamente in dubbio i limiti dell'onere di immediata impugnazione, con specifico riferimento alle clausole relative ai criteri di aggiudicazione, evidenziando la necessità di adeguare la teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua tutela al mutato contesto normativo<sup>58</sup>.

Preliminarmente, è opportuno dare atto in questa sede di un filone, prevalentemente dottrinale, sviluppatosi già all'indomani della pronuncia n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria, volto a riconoscere un interesse a ricorrere (immediato ed autonomo) in caso di lesione del principio di concorrenzialità della gara<sup>59</sup>.

Secondo questa prospettiva, l'impresa partecipante all'appalto si pone l'obiettivo primario – nel senso di preordinato – di formulare un'offerta vincente; tale obiettivo sarebbe da un lato strettamente collegato

<sup>56</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8, in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 4, 895 e ss.

<sup>57</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, la cui massima è pubblicata in *Foro amm.*, 2017, 5, 1024. Il testo integrale della sentenza risulta inedito e si può reperire su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>58</sup> Si può rinvenire un'anticipazione di questa impostazione nella sentenza n. 12439 del 13 dicembre 2016 del Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma. In questa pronuncia si afferma l'onere di immediata impugnazione del bando che, illegittimamente, adotti il criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si sostiene, al riguardo, che il criterio del minor prezzo, impedendo apprezzamenti di tipo qualitativo, «influirebbe sulla formazione dell'offerta, incidendo irrimediabilmente sulle determinazioni dell'impresa, per un verso costretta a strutturare la propria offerta non in rapporto alla qualità del servizio e, per altro verso, impossibilitata, in ipotesi di aggiudicazione (non avendone interesse), a rimuovere la situazione (antigiuridica) che l'ha portata a dover praticare un prezzo enormemente più basso rispetto alla qualità del servizio che intende rendere» (Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12439, in *Nuovo not. giur.*, 2017, I, 253). Tale ricostruzione viene giustificata, sul piano giuridico, facendo leva sulle modifiche normative introdotte dal d. lgs. n. 50 del 2016. In particolare, la sentenza individua un indice della immediata sindacabilità della scelta del criterio di aggiudicazione nello specifico obbligo motivazionale previsto dall'art. 95, comma 5, del suddetto decreto.

<sup>59</sup> Si vedano in particolare i contributi di S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza* (nota a Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2012, n. 5671), in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 12, 3533 e ss; M. BERRA, *Impugnazione del bando di gara tra immediata lesività ed acquiescenza*, in *Urb e app.*, 2004, 4, 381; G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 2883. A livello giurisprudenziale, si segnala che il Consiglio ha riconosciuto «la necessità di procedere all'impugnativa immediata degli atti di indizione della gara quando le clausole impediscano - indistintamente a tutti i concorrenti - una corretta, e consapevole, elaborazione della propria proposta economica. In tali casi si pregiudica il corretto esercizio della gara, in violazione dei cardini procedurali della concorrenza e della par condicio tra tutti i partecipanti alla gara» (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2012, n. 5671, in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 12, 3533).

all'interesse all'aggiudicazione, ed in questo senso strumentale; dall'altro, espressione del generale ed autonomo principio di concorrenza, riconosciuto sia a livello nazionale che europeo.

Tale interesse è evidentemente condizionato dalle clausole del bando che impongono determinati criteri di valutazione o specifiche tecniche. Ne consegue che eventuali prescrizioni illegittime costringono l'impresa a formulare un'offerta economica di contenuto diverso rispetto a quello che avrebbe scelto se non fosse stata 'alterata' dalle regole illegittime<sup>60</sup>.

In quest'ottica – ed è questo l'aspetto che qui rileva – le clausole che alterano illegittimamente la formulazione dell'offerta esauriscono il loro effetto lesivo al momento di presentazione dell'offerta e non già a quello di eventuale aggiudicazione della gara<sup>61</sup>.

La recente sentenza del Consiglio di Stato appare consapevole di tale orientamento. In particolare, la ricostruzione evolutiva del nuovo contesto normativo svolta nella sentenza, specialmente con riferimento ai criteri di aggiudicazione delle offerte, parrebbe dare nuova forza ad una simile prospettiva concorrenziale.

Il caso sottoposto all'attenzione del Consiglio aveva per oggetto la contestazione di una procedura aperta che prevedeva il criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso" per l'assegnazione di un servizio di somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario. La stazione appaltante aveva giustificato la scelta di tale criterio sulla base delle "caratteristiche standardizzate del servizio", condizione che, ai sensi della nuova normativa, ammetterebbe la facoltà per la stazione appaltante di ricorrere al criterio del minor costo<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> A questo proposito, è stato rilevato che tali previsioni illegittime violerebbero «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 e leale concorrenza» (così S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando*, cit., 3545).

<sup>61</sup> È stato acutamente osservato che «tali regole, ledendo direttamente la concorrenzialità dell'impresa – che si esprime attraverso l'offerta – diventano rilevanti nel momento in cui l'impresa formula l'offerta, e, quindi, in una fase che precede ed è indipendente da quella dell'aggiudicazione» (M. BERRA, *Impugnazione del bando di gara*, cit., 381). È importante sottolineare che tale orientamento non invoca l'applicazione di un principio di giurisdizione di legittimità obiettiva, volto alla tutela del corretto svolgimento in sé della gara, ma anzi si concentra sulla prospettiva soggettiva dell'impresa a formulare un'offerta vincente rispetto ai concorrenti. Al riguardo si veda M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 2017, III.

<sup>62</sup> L'art. 95, comma 4, lettera b, del d. lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che «può essere utilizzato il criterio del minor prezzo [...] per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato»; al riguardo le Linee Guida dell'ANAC hanno chiarito che «per servizi e forniture "con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali» (delibera ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016, *Linee Guida n. 2, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"*).

Tale clausola era stata immediatamente impugnata da una delle imprese concorrenti in quanto direttamente ed immediatamente lesiva del «*diritto degli operatori economici a formulare l'offerta secondo un criterio legittimo in relazione all'oggetto della gara*»<sup>63</sup>.

Nel caso specifico, i ricorrenti sostenevano che fosse invece obbligatoria l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché l'articolo 95 al comma 3, lettera a, del nuovo codice dei contratti pubblici stabilisce che i contratti aventi ad oggetto servizi “ad alta intensità di manodopera” – quale quello oggetto di gara – debbano essere assegnati esclusivamente secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>64</sup>.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Salerno<sup>65</sup>, facendo piena e ‘tradizionale’ applicazione dei principi espressi nella sentenza n. 1 del 2003, ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse a ricorrere, dal momento che la scelta del criterio di prezzo incide sulle *chances* del concorrente e non già sulla sua possibilità in assoluto di presentare un'offerta. Pertanto, la clausola doveva essere impugnata solo unitamente all'eventuale provvedimento di aggiudicazione.

Di diverso avviso è apparso, invece, il giudice d'appello.

Il Consiglio di Stato ha infatti operato una valutazione più complessiva e sistematica della nuova normativa appalti<sup>66</sup>.

In particolare, da un lato ha messo in risalto le caratteristiche del nuovo procedimento ‘anticipato’ di impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni degli altri concorrenti *ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, chiarendo che la finalità acceleratoria sottesa a questa nuova procedura ben può essere estesa ad altre ipotesi di illegittimità del bando di gara<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

<sup>64</sup> Art. 95, comma 3, lettera a, del d. lgs. n. 50 del 2016. Le Linee Guide ANAC hanno ribadito che per servizi ad alta intensità di manodopera si intende quelli «*nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*» (delibera ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016, *Linee Guida n. 2, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”*); per un'analisi recente si veda E. SOPRANO, *Le novità in materia di fasi delle procedure di affidamento e criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 92 e ss.

<sup>65</sup> Tribunale Amministrativo per la Campania, sez. staccata di Salerno, sez. I, 27 febbraio 2017, n. 332.

<sup>66</sup> In particolare, il Consiglio ha preso in esame quattro nuove previsioni normative: (1) l'articolo 83, comma 8, del nuovo codice dei contratti pubblici, che prevede la nullità di ipotesi ‘escludenti’ ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice e dalla legge; (2) l'articolo 211, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici, riguardante le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC, norma peraltro successivamente abrogata dal correttivo d. lgs n. 56 del 2017 in vigore dal 20 maggio 2017; (3) il nuovo articolo 120, comma 2-bis, c.p.a. sul procedimento superaccelerato delle ammissioni o esclusioni di gara; (4) l'articolo 95 del nuovo codice dei contratti pubblici sui criteri di aggiudicazione.

<sup>67</sup> Tale giudizio anticipato è stato infatti qualificato come «*autonomo, preventivo, ma anche decadenziale e preclusivo, per un verso perché separato e anticipato rispetto al diverso e successivo giudizio avente ad oggetto il provvedimento finale di aggiudicazione, per l'altro perché finalizzato all'immediata costituzione di certezze giuridiche sul perimetro dei partecipanti alla gara, non più contestabile successivamente*» da A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali (Art. 204)* in M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI (a cura di),

Dall'altro, il Consiglio ha ritenuto che il nuovo codice dei contratti pubblici, in applicazione delle Direttive europee e, in particolare, della Direttiva 2014/24/UE<sup>68</sup>, sancisce «una vera e propria gerarchia tra i due modelli di aggiudicazione»<sup>69</sup>, imponendo l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio principale ed il maggior ribasso come criterio residuale, utilizzabile solo in casi tassativamente determinati dal legislatore<sup>70</sup> e a fronte di specifica motivazione della stazione appaltante.

A fronte di questa ricostruzione, il Consiglio ha profilato una nozione più ampia di “bene della vita” meritevole di protezione che, sebbene non coincida l'interesse alla mera legittimità del procedimento di gara ed in generale dell'azione amministrativa, deve tuttavia comprendere «il “diritto” dell'operatore economico

---

*I Nuovi Appalti Pubblici*, Milano, 2017, 736; si veda in merito anche G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in C. CONTESSA E D. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni*, Roma, 2016, 111.

<sup>68</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE, OJ L 94, 28.3.2014, 65–242.

<sup>69</sup> Tuttavia è bene sottolineare che tale ricostruzione non è unanimemente condivisa; alcuna dottrina ha sottolineato come la nuova formulazione dell'art. 95 d. lgs. n. 50 del 2016 abbia sì riconosciuto una chiara preferenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, intesa come miglior rapporto qualità/prezzo, ma senza far venire completamente meno il margine di discrezionalità della stazione appaltante. In particolare, si è ritenuto che «la stazione appaltante ha la discrezionalità di determinare il criterio di aggiudicazione che porterà concretamente a scegliere l'offerta migliore, con l'obbligo di non scivolare nell'irragionevolezza o nell'arbitrio» (L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. e app.*, 2017, 1, 32). In questo senso, non si potrebbe parlare di un obbligo generalizzato di adozione del criterio dell'OEPV per la stazione appaltante, né, quindi, di una vera gerarchia tra i criteri, se non nelle ipotesi stabilite dall'art. 95, comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 (sul punto si veda tuttavia la nota seguente). In termini simili, e cioè del permanere di un margine di discrezionalità, si è espressa anche G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urb. e app.*, 2017, 4, 452. A sostegno di tale impostazione dottrinale, può essere osservato come l'obbligo di motivazione, necessario nel caso dell'adozione del criterio del minor prezzo, se da un lato testimonia la preferenza per il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, dall'altro, confermi la possibilità per la stazione appaltante, nelle ipotesi previste dal comma 4, di scegliere discrezionalmente il criterio che ritiene più adatto, purché ne dia adeguata motivazione.

<sup>70</sup> Anche su questo punto, tuttavia, sussistono incertezze interpretative circa l'esatta determinazione dei rapporti tra i due criteri di aggiudicazione. In particolare, è stato evidenziato il dubbio se «fermo il rapporto regola-eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4, il comma 3 abbia introdotto una previsione ulteriormente derogatoria (e dunque autonoma, nel senso che per i casi ivi indicati non sarebbe mai possibile utilizzare il criterio del minor prezzo [...]), o se, al contrario, esso costituisca una mera specificazione del co. 2 (in punto di metodiche di aggiudicazione), risultando di conseguenza derogabile nelle ipotesi del co. 4» (Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, sez. III-ter, 13 dicembre 2016, n. 12439). Il Tribunale Amministrativo per il Lazio in tale sentenza ha risolto la questione affermando che «l'unica interpretazione ammissibile, perché costituzionalmente orientata (tale cioè da evitare pur ipotizzabili profili di eccesso di delega), delle previsioni in esame appare essere quella che assegna portata autonoma, e natura inderogabile, al comma 3». In termini analoghi, si veda anche Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323, ined. Tuttavia, non sono mancate pronunce in senso contrario, a favore cioè della tesi della complementarità e derogabilità del comma 3. Si veda, ad esempio, la sentenza del Tribunale Amministrativo per l'Abruzzo, sede dell'Aquila, 13 gennaio 2017, n. 30, ined., in cui è stato affermato che, laddove l'appalto presenti «entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell'ambito di applicazione del terzo comma [dell'art. 95], tanto nell'ambito di applicazione del quarto comma, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso»; in termini identici Tribunale Amministrativo per la Calabria, sede di Reggio Calabria, sez. I, 25 febbraio 2017, n. 166, in *Foro amm.*, 2017, 2, 412. Per un'analisi della problematica si vedano i contributi di G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione*, cit., 452 e di S. VIANELLO *La natura convenientemente derogatoria del quarto comma dell'art. 95 del d. lgs. n. 50/2016*, in *Contr. St. ed Enti pub.*, 2017, 2, 71-80.

*a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello "sconto"»<sup>71</sup>.*

Più esplicitamente, ha riconosciuto l'esistenza – e quindi la necessità di tutela – di *«un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione»*.

Alla luce di questo ragionamento, infatti, il Consiglio ha ritenuto immediatamente impugnabile la clausola relativa al criterio di aggiudicazione, dal momento che *«l'illegittimità del bando, sub specie del criterio di aggiudicazione, è un prius logico giuridico rispetto alle ammissioni, condizionandole e rendendole illegittime in via derivata»*<sup>72</sup>.

Più in generale, il Consiglio ha sottolineato come il rimandare la contestazione sul criterio di valutazione all'esito della gara finirebbe per svilire la chiara 'scelta gerarchica' operata dal legislatore comunitario e nazionale, lasciando, in concreto, l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa priva di garanzie di effettività<sup>73</sup>.

Non sembrano esserci dubbi sul fatto che, a fronte di una simile ricostruzione dell'interesse legittimo, la lesione si concretizzi già al momento della pubblicazione del bando ed anzi culmini proprio nel momento in cui il concorrente non può formulare l'offerta *«secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo»*, indipendentemente dall'esito finale dell'aggiudicazione<sup>74</sup>.

Tuttavia, una simile interpretazione rappresenta un *revirement* rispetto al tradizionale orientamento della sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza plenaria<sup>75</sup>. Pertanto, non si può che condividere la scelta – operata

<sup>71</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

<sup>72</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

<sup>73</sup> Secondo il Consiglio, infatti, *«il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa [...] sarebbe destinato a rimanere privo di garanzie di effettività, posto che la sua correzione si avrebbe solo all'esito della procedura concorsuale e della sua appendice giurisdizionale»* (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

<sup>74</sup> Per questi motivi, il Collegio ha concluso che *«non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura si concluda con l'aggiudicazione a terzi»* in quanto *«tale soluzione non risponderebbe a finalità deflattive ed anzi inficerebbe quelle legate al pur contemplato onere di impugnazione delle ammissioni; non risponde del resto a finalità di coerenza giuridica o dogmatica, poiché il postergare l'impugnazione della lex gara [sic] finanche quando la violazione è già conclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l'interesse del singolo imprenditore, e così certamente non è per quelle che gli impediscono di concorrere sulla qualità»* (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014). Sul punto, tuttavia, la dottrina ha ritenuto azzardato parlare di un vero e proprio diritto alla qualità a fronte del permanere di un certo margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante circa il criterio di selezione. Si è osservato, in particolare, che *«nello sforzo di annullare una clausola che viene considerata illegittima ictu oculi, si dà per scontato che la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia sempre doverosa, predeterminata e anche vantaggiosa per lo stesso operatore economico, laddove il legislatore ha comunque riservato un margine di apprezzamento in capo alla pubblica amministrazione al fine di valutare gli effettivi benefici che possono derivare dall'opzione»*: così G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione*, cit., 454-455.

<sup>75</sup> È interessante sottolineare come analoga 'portata dirompente' sia stata altresì riconosciuta al nuovo procedimento anticipato di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. A questo proposito è stato infatti sostenuto che *«attraverso la codificazione dell'obbligo di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, un interesse finora non protetto*

dalla recentissima ordinanza n. 5138 del 2017 della III sezione – di rimettere nuovamente questa delicata e complessa questione all’Adunanza plenaria.

## 5. Contrasti successivi e nuova rimessione all’Adunanza plenaria: l’ordinanza n. 5138 del 7 novembre 2017

La sentenza n. 2014 del 2017, stante la sua portata innovativa<sup>76</sup>, è all’origine dei contrasti giurisprudenziali che, negli ultimi mesi, si sono registrati con riferimento alla tematica dell’onere di impugnazione delle clausole del bando.

Un primo orientamento, rinvenibile nelle pronunce di alcuni tribunali amministrativi<sup>77</sup>, ha aderito alla ricostruzione contenuta nella sentenza appena citata, riproducendone l’impianto motivazionale.

---

*dall’ordinamento e ritenuto non meritevole di tutela dal formante giurisprudenziale è stato invece elevato, sulla base di una presunzione legale assoluta, a interesse concreto, attuale e giuridicamente attivabile in sede giurisdizionale, dandosi così luogo, dal lato del ricorrente, a un (nuovo) interesse legittimo “virtuale” a tutela obbligatoriamente anticipata» (A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali (Art. 204)*, cit., 739); in termini simili si è ritenuto che il nuovo codice avrebbe di fatto coniato un nuovo «interesse legittimo che è alla giusta formazione della platea dei concorrenti di gara». (G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, cit., 118).*

In proposito, sembra opportuno richiamare la recente ordinanza del Tribunale Amministrativo per il Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, ined<sup>2</sup>. Mediante tale provvedimento, il giudice di *prime cure* ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione della compatibilità dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. con «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».

In particolare, il giudice *a quo* ritiene che la disciplina del rito superaccelerato avrebbe introdotto, in violazione dei suddetti principi eurounitari, un’ipotesi di giurisdizione oggettiva, venendo la tutela giurisdizionale anticipata «obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all’impugnativa».

Inoltre, viene evidenziato come l’attuale sistema, anche alla luce della disciplina sull’accesso agli atti delle procedure contenuta nell’art. 53 c.p.a., possa generare due opposti effetti distorsivi. Da una parte, con riferimento agli appalti di importo elevato, si potrebbe assistere ad un incremento esponenziale dei ricorsi, effettuati, nonostante gli elevati costi di accesso alla giustizia da affrontare, per evitare di incorrere nella decadenza prevista dall’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. Dall’altro, per gli appalti di importo meno elevato, tale disciplina potrebbe disincentivare la proposizione dei ricorsi, ledendo il diritto di difesa.

Con riferimento alle criticità del rito introdotto dall’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., si veda M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *lamministrativista.it*, 2016 nonché in M.A. SANDULLI, F. FRANCIARIO (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di L. Mazzaroli*, ES, 2017, 255 e ss.

<sup>76</sup> Peraltro, come detto, questa posizione innovativa era già stata anticipata dal Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, sez. III-*ter*, 13 dicembre 2016, n. 12439, cit.

<sup>77</sup> Tribunale Amministrativo per la Basilicata, sez. I, 27 settembre 2017, n. 612, ined.; Tribunale Amministrativo per la Campania, sede di Napoli, sez. V, 24 ottobre 2017, n. 4995, ined.; Tribunale Amministrativo per la Sardegna, sede di Cagliari, sez. I, 14 settembre 2017, n. 582, ined.

Un secondo orientamento, al contrario, è rimasto fedele all'interpretazione tradizionale, negando in radice la possibilità di configurare, pur nel mutato contesto normativo, un onere di immediata impugnazione delle previsioni della *lex specialis* contenenti i criteri di aggiudicazione<sup>78</sup>.

Inoltre, si può notare come altre pronunce, pur non avendo affrontato la specifica tematica dei criteri di aggiudicazione, abbiano ribadito la piena attualità dei principi a suo tempo affermati dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 1 del 2003 e fatti propri dalla giurisprudenza successiva<sup>79</sup>.

All'interno di questo complesso panorama giurisprudenziale si è inserita la recente ordinanza di rinvio n. 5138 del 2017<sup>80</sup>, mediante la quale la III sezione del Consiglio di Stato ha chiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria.

Il Collegio rimettente ritiene necessaria, anche alla luce dei citati contrasti giurisprudenziali, l'esatta definizione della portata dell'onere di immediata impugnazione del bando nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, per estensione, nelle altre procedure selettive e concorsuali.

La III sezione, nel sottoporre la questione alla plenaria, ha auspicato il superamento dell'orientamento tradizionale, aderendo all'interpretazione ampliativa contenuta nella citata sentenza n. 2014 del 2017<sup>81</sup> e ha formulato, di conseguenza, il seguente quesito: «*se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i*

---

<sup>78</sup> Tribunale Amministrativo per la Puglia, sede di Bari, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109, ined.; in questa sentenza il Collegio, pur ritenendo di condividere i principi espressi dalla recente pronuncia del Consiglio di Stato, ha nondimeno affermato 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*». In termini simili, Tribunale Amministrativo per il Veneto, sede di Venezia, sez. III, 21 luglio 2017, n. 731 in *Foro amm.*, 2017, 7-8, 1665; Tribunale Amministrativo per il Veneto, sez. III, 17 luglio 2017, n. 680, ined.

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809, ined.; Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2017, n. 3874, ined.; Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110, ined.; Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017, n. 3817, ined.; Tribunale Amministrativo per la Liguria, sez. II, 10 luglio 2017, n. 598, ined. Tali pronunce, in sostanza, individuano nell'aggiudicazione l'unico interesse meritevole di tutela.

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138, ined. Per un'osservazione critica v. G. A. GIUFFRÈ, *Revirement del Consiglio di Stato sull'immediata impugnabilità della scelta del criterio di selezione delle offerte: le novità (sostanziali e processuali) del Codice dei contratti giustificano il superamento dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2013 [sic]?*, in *Federalismi.it*, 2017, XII. Secondo l'Autore il Consiglio di Stato avrebbe dovuto sottoporre la questione all'Adunanza plenaria sin dall'inizio e non disattendere, tramite la sentenza n. 2014 del 2017, in violazione dell'art. 99, comma 3, c.p.a., il principio di diritto enunciato nella sentenza n. 1 del 2003.

<sup>81</sup> Si ribadisce, in sostanza, che «*accanto all'interesse sostanziale finale del soggetto economico, diretto all'aggiudicazione dell'appalto, l'ordinamento positivo contempla ora un interesse strumentale – ma anche esso sostanziale – polarizzato sulla procedura di gara in sé considerata*». L'ordinanza di rinvio, al fine di giustificare tali conclusioni, riproduce l'impianto motivazionale della sentenza n. 2014 del 2017, esaminato in precedenza. A questo proposito, viene dato atto della sopravvenuta abrogazione dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC, richiamato nella sentenza n. 2014 del 2017 per giustificare, insieme con altri elementi evidenziati nel precedente paragrafo, la tesi innovativa adottata. Nell'ordinanza si sottolinea come le argomentazioni svolte a proposito delle raccomandazioni vincolanti possano essere sostanzialmente riproposte con riferimento ai poteri spettanti all'ANAC in seguito alle modifiche apportate dall'art. 52-ter, comma 1, del d. l. n. 50 del 2017, convertito con modifiche dalla legge n. 96 del 2017, ai commi 1-bis, 1-ter e 1-quater dell'art. 211 del codice dei contratti pubblici.

*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, in luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo».*

In virtù di tali premesse, il Collegio si è spinto oltre e, mediante un secondo quesito, ha chiesto alla plenaria di pronunciarsi anche in merito alla possibilità di affermare un generale onere di impugnazione per tutte le prescrizioni relative alle regole formali e sostanziali di svolgimento della gara e per gli atti delle fasi precedenti l'aggiudicazione<sup>82</sup>.

## **6. Considerazioni conclusive**

Come emerge dalla trattazione svolta, si è nuovamente delineato un contrasto giurisprudenziale circa l'attuale portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara. In attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria sul merito, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Non sembra esser venuto meno il principio cardine espresso a suo tempo dalla plenaria nella sentenza n. 1 del 2003, secondo cui la sussistenza di un interesse all'impugnazione debba dipendere da una lesione attuale e concreta della situazione soggettiva dell'interessato.

Tale principio non è più stato rimesso in discussione, neanche dalle più recenti pronunce del Consiglio di Stato che, pure, hanno tentato di modificare e ampliare i confini dell'interesse legittimo meritevole di tutela 'immediata'. Sul punto, infatti, si rileva che l'eventuale ampliamento attiene al contenuto sostanziale, alla struttura dell'interesse protetto, e non alla necessità processuale che la lesione di tale (più ampio) interesse sia comunque concreta ed attuale.

È plausibile ritenere che la valutazione e la scelta dell'Adunanza plenaria si concentreranno principalmente sulla natura dell'interesse protetto (o degli interessi protetti) e, conseguentemente, sull'individuazione del momento in cui si concretizza la sua lesione.

Ciò premesso, sia l'impostazione tradizionale sia la soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione sembrano presentare alcuni profili problematici, che emergono particolarmente con riferimento ai criteri di aggiudicazione delle offerte.

Il mantenimento integrale dell'impostazione tradizionale codificata dall'Adunanza plenaria del 2003, che da sempre esclude un onere di immediata impugnazione di tali criteri, rischierebbe di 'tradire' la *ratio* sottesa alle innovazioni legislative, introdotte prima a livello europeo e poi ampliate a livello nazionale.

---

<sup>82</sup> Si ricorda che i quesiti formulati nell'ordinanza n. 5138 del 2017 sono quattro. Oltre ai due richiamati, la III sezione ha sottoposto all'Adunanza plenaria la questione della efficacia nel tempo dei nuovi principi eventualmente sanciti dalla stessa Adunanza e della necessità o meno di presentare la domanda di partecipazione alla gara ai fini dell'impugnazione del bando e degli atti precedenti l'aggiudicazione.

L'attuale articolo 95 del d. lgs. n. 50 del 2016 sembrerebbe infatti accordare, pur con una formulazione ambigua, una forte preferenza al criterio di offerta economicamente più vantaggiosa. Pertanto, posticipare l'eventuale contestazione del criterio scelto dalla stazione appaltante alla fase successiva all'aggiudicazione finirebbe, in concreto, con il depotenziare fortemente la preferenza accordata dal legislatore.

D'altro canto, anticipare la contestazione dei criteri al momento della pubblicazione del bando presenta, parimenti, alcuni problemi.

*In primis*, si rileva come l'articolo 95 del citato decreto sembri voler comunque mantenere un certo margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante, quantomeno in determinate ipotesi. Nell'analisi sin qui svolta sono emerse le incertezze interpretative tuttora presenti sia a livello giurisprudenziale sia dottrinario relativamente ai rapporti tra i diversi criteri di aggiudicazione. Pertanto, non sembra si possa parlare compiutamente di una vera e propria gerarchia tra i criteri.

In secondo luogo, anche qualora la plenaria riconoscesse l'esistenza di una gerarchia, *stricto sensu* intesa, permarrrebbe il dubbio circa la configurabilità di un interesse sostanziale distinto ed autonomo rispetto a quello all'aggiudicazione.

Infatti, secondo la ricostruzione proposta dall'ordinanza, tale interesse si manifesterebbe – ed esaurirebbe – nel momento di presentazione delle offerte e non in quello successivo dell'aggiudicazione. In questo senso, si può notare come anche l'eventuale aggiudicazione secondo un criterio illegittimo non farebbe venir meno il pregiudizio: l'impresa si troverebbe comunque a fornire una prestazione qualitativamente inferiore rispetto a quella che potenzialmente avrebbe potuto offrire e, per converso, la stazione appaltante beneficerebbe di una qualità inferiore a quella che avrebbe potuto ottenere se avesse adottato, *ab origine*, il criterio corretto. In altre parole, si può notare come l'eventuale adozione di un criterio illegittimo determinerebbe una lesione immediata dei partecipanti alla gara.

D'altro canto, appare difficile dimostrare *ex ante* in che modo l'adozione di un criterio illegittimo abbia in concreto leso il proprio diritto a concorrere secondo qualità.

Al fine di dimostrare l'attualità e la concretezza del proprio interesse, l'impresa dovrebbe infatti ritenersi onerata di provare o, comunque, di offrire un principio di prova del modo in cui la propria offerta avrebbe potuto essere migliore, se formulata secondo il criterio qualitativo, rispetto al mero parametro di prezzo. Tuttavia, la singola impresa avrà difficoltà a dimostrare che avrebbe potuto formulare un'offerta più competitiva, laddove fosse stato adottato il criterio corretto. In questo caso, infatti, sarebbe difficile, se non impossibile, individuare *ex ante* quali parametri qualitativi la stazione appaltante avrebbe selezionato nel caso specifico.

Tutto ciò potrebbe determinare un gravoso onere della prova per l'impresa ricorrente o, per converso, un'indiscriminata possibilità di contestazione.

Si tratta di alcuni dei più complessi nodi sistematici, che spetterà all'attesa pronuncia dell'Adunanza plenaria sciogliere.

## **B. Sulla necessità o meno di partecipare alla gara**

### **1. La legittimazione al ricorso avverso il bando di gara**

La legittimazione al ricorso consiste nella titolarità di una situazione giuridica differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione processuale. La situazione legittimante va provata dal ricorrente, in quanto la sua carenza rende inammissibile il ricorso e, dunque, l'accesso alla tutela giurisdizionale<sup>83</sup>.

Nelle controversie sulla legittimità del bando di gara, la possibilità giuridica è dimostrata dalla presentazione della domanda di partecipazione al procedimento. Con la partecipazione, l'operatore economico acquista una situazione giuridica differenziata, che lo distingue dal *quisque de populo* e gli consente di impugnare non solo il bando, ma ogni atto della stessa procedura<sup>84</sup>.

Tuttavia, questa regola di legittimazione va precisata con riferimento al bando di gara.

La giurisprudenza più recente ha individuato delle ipotesi in cui la presentazione della domanda di partecipazione alla gara non è necessaria. La deroga è stata affermata per l'impugnazione delle clausole c.d. escludenti, ovvero quelle previsioni del bando che estromettono *ex ante* determinate categorie di operatori economici che non sono in possesso di specifiche caratteristiche per l'ammissione alla gara<sup>85</sup>. In tal caso, il bando, richiedendo dei requisiti di ammissione soggettivi, tecnici, economici non posseduti da certi operatori, preclude loro di divenire titolari di un interesse legittimo all'aggiudicazione. Pertanto, la presentazione della domanda di partecipazione alla gara è superflua, risolvendosi in un adempimento soltanto formale.

Al contrario, l'onere di partecipazione alla gara sussiste quando l'operatore economico lamenti la presenza nel bando di clausole lesive che, però, non hanno un effetto espulsivo. Ad esempio, si tratta delle previsioni che pongono in capo ai concorrenti, a pena di esclusione, oneri formali irragionevoli e

---

<sup>83</sup> La problematica della legittimazione al ricorso viene affrontata da G. NAPOLITANO, in *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 332 e ss.

<sup>84</sup> Sul tema generale della legittimazione al ricorso nell'ambito delle controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici, si veda Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Guida al dir.*, 2011, 19, 70. Su questo argomento si segnala un recente intervento di M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 927 e ss.

<sup>85</sup> Va precisato, peraltro, che la giurisprudenza riconosce due ulteriori eccezioni alla regola della necessaria presentazione della domanda di partecipazione alla gara e, cioè, quando il ricorrente contesti l'illegittimità di un appalto perché esso è stato affidato in via diretta, ossia senza il previo espletamento di una procedura di gara o nel caso in cui egli censuri la decisione della stazione appaltante di avviare una procedura di gara. Così Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, cit.

sproporzionati rispetto all'interesse pubblico<sup>86</sup>. In queste ipotesi, la partecipazione alla gara non è superflua, ma costituisce la condizione essenziale per essere legittimati al ricorso<sup>87</sup>.

Il diverso regime di legittimazione si giustifica per la diversa incidenza delle clausole del bando sull'interesse all'aggiudicazione. La clausola c.d. escludente rende oggettivamente impossibile la partecipazione alla gara e preclude in radice il conseguimento del bene della vita. Invece, se la clausola del bando non ha l'effetto espulsivo, la partecipazione non è preclusa, ma è resa soltanto più gravosa per l'aggiudicazione.

Alla luce di quanto esposto, si può giungere ad una prima osservazione: l'onere di presentare la domanda di partecipazione alla gara dipende dal modo con il quale il contenuto della clausola del bando leda l'interesse all'aggiudicazione.

## **2. L'onere di partecipazione alla gara sussiste per l'impugnazione della clausola del bando sul criterio di aggiudicazione?**

Come illustrato nella parte "A" del presente contributo, un recente ed innovativo filone pretorio accoglie una nozione di interesse legittimo più ampia di quella tradizionale: a fianco dell'interesse all'aggiudicazione vi è l'interesse dell'operatore economico a competere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Così si delinea una nuova situazione giuridica soggettiva. Essa viene lesa se la legge di gara, in certe tipologie di affidamenti, aggiudica l'appalto al massimo ribasso. Da ciò la giurisprudenza fa discendere un onere di immediata impugnazione della clausola illegittima<sup>88</sup>.

Tra le varie criticità di detto indirizzo si evidenzia anche la questione della legittimazione al ricorso dell'operatore economico. Ammesso che sussista un onere di contestazione immediata dell'aggiudicazione al massimo ribasso, ci si chiede se l'operatore privato debba presentare la domanda di partecipazione alla gara per proporre ricorso.

La questione, data la sua importanza, è stata sottoposta all'Adunanza plenaria con il quarto quesito dell'ordinanza di rinvio n. 5138 del 2017. In particolare, la III Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto *«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*

---

<sup>86</sup> Tribunale Amministrativo per l'Abruzzo, sez. I, 5 giugno 2014, n. 523, ined. Il testo integrale della sentenza si può reperire su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>87</sup> In questa prospettiva, F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016, 502 e ss.

<sup>88</sup> Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, ined. Il testo integrale della sentenza risulta inedito e si può reperire su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). L'orientamento di tale pronuncia è stato seguito da Tribunale Amministrativo per la Basilicata, sez. I, 27 settembre 2017, n. 612, ined.; Tribunale Amministrativo per la Campania, sede di Napoli, sez. V, 24 ottobre 2017, n. 4995, ined.; Tribunale Amministrativo per la Sardegna, sez. I, 14 settembre 2017, n. 582, ined.

*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».*

Sul punto, l'ordinanza di rinvio segue l'indirizzo giurisprudenziale emergente ed afferma che l'aggiudicazione al massimo ribasso, in luogo del miglior rapporto qualità/prezzo, lede direttamente l'interesse a competere secondo qualità. Sulla base di ciò, la III Sezione sembra svincolare la contestazione diretta del massimo ribasso dalla necessità per l'operatore economico di partecipare alla gara, dal momento che il prezzo più basso opererebbe come una clausola immediatamente escludente.

D'altra parte, la Sezione ha rilevato dei problemi di legittimazione dell'interesse a competere sui criteri tecnici. Questo interesse appartiene ad una platea indistinta di operatori economici. La sua dimostrazione in giudizio, senza la partecipazione alla gara ed in mancanza di una previsione normativa che ne riconosca la legittimazione al ricorso, potrebbe risultare gravosa.

Nondimeno, la III Sezione ha prospettato delle soluzioni. In particolare, è stato rilevato che *«nel caso del criterio di aggiudicazione la differenziazione della posizione giuridica del concorrente dovrebbe – secondo il collegio – ricavarsi:*

- a) dall'aver, il medesimo, una posizione di mercato consolidatasi 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 – basate su scelte non conformi ai criteri qualitativi prescelti dal legislatore»<sup>89</sup>.*

La sostenibilità di queste proposte sarà verificata dall'Adunanza plenaria.

Presumibilmente, il Supremo Consesso concentrerà le sue valutazioni sul metodo di aggiudicazione al massimo ribasso, per stabilire se esso sortisce o meno l'effetto tipico delle clausole cd. escludenti, come sembra prospettare la Sezione rimettente. In caso positivo, la contestazione diretta del criterio di

---

<sup>89</sup> Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138, ined. Il testo dell'ordinanza è reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si riporta il punto di interesse dell'ordinanza. «2.17.1 In effetti il “blocco normativo” che si è passato in rassegna, caratterizzato da norme sia sostanziali che processuali, rende sufficientemente chiaro che vi sono elementi, fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che toccano immediatamente “beni della vita” protetti dall'ordinamento in forza della loro rilevanza in ambito concorrenziale, e tutelati attraverso il riconoscimento di correlata azione giurisdizionale, sostanziantesi: a) nell'interesse a competere con concorrenti in possesso dei requisiti generali; b) nell'interesse a competere con il criterio di aggiudicazione che il legislatore ha prescelto a miglior garanzia della qualità oltre che dell'economicità. 2.18 Tali interessi sono giuridicamente rilevanti, di questo il Collegio è sufficientemente convinto. 2.19 I dubbi piuttosto si pongono sul versante della necessaria “differenziazione” dell'interesse, quale requisito indefettibile per il sorgere di un interesse legittimo azionabile in giudizio, del singolo operatore economico. Nel caso delle “ammissioni altrui” è lo stesso legislatore ad attribuire direttamente legittimazione al singolo concorrente, implicitamente differenziandone l'interesse rispetto al quisque de populo. Nel caso del criterio di aggiudicazione la differenziazione della posizione giuridica del concorrente dovrebbe – secondo il collegio – ricavarsi: a) dall'aver, il medesimo, una posizione di mercato consolidatasi 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 – basate su scelte non conformi ai criteri qualitativi prescelti dal legislatore».

aggiudicazione non richiederà la partecipazione alla gara. Diversamente, l'operatore economico dovrà presentare la sua domanda di partecipazione alla procedura per avere legittimazione al ricorso.

In attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

### **3. Considerazioni conclusive**

Come emerge da quanto finora esposto, la giurisprudenza consolidata ritiene che, per avere legittimazione al ricorso avverso il bando di gara, l'operatore economico è onerato di partecipare alla selezione pubblica. Siffatta regola subisce un'eccezione per l'impugnativa di clausole cd. escludenti, ipotesi in cui non è richiesta la partecipazione alla gara dell'operatore privato.

Peraltro, si è osservato come un recente indirizzo giurisprudenziale riproponga la questione della legittimazione al ricorso con specifico riguardo all'impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione illegittimo.

Tale orientamento ha recepito due importanti cambiamenti nel sistema dei contratti pubblici.

Il primo, l'esistenza di una tendenziale gerarchia tra i criteri di aggiudicazione: l'offerta economicamente più vantaggiosa è il criterio di valutazione prevalente, mentre il prezzo più basso è un metodo di valutazione residuale, utilizzabile soltanto nei casi previsti dalla legge.

Il secondo, l'emersione di un interesse legittimo nuovo, autonomo e distinto dall'aggiudicazione: l'interesse alla competizione sugli aspetti tecnici dell'appalto.

Da qui, la giurisprudenza in commento argomenta che l'utilizzo del massimo ribasso, che mira a premiare l'offerta al costo più basso, sarebbe incompatibile con l'interesse a competere secondo qualità. Infatti, il prezzo più basso si fonda esclusivamente sul valore economico dell'offerta, non su altri parametri. Esso, non prendendo in considerazione altre caratteristiche, impedisce all'operatore privato di formulare l'offerta e di partecipare attivamente alla gara. Ne deriva che la stessa partecipazione alla gara sarebbe inutile o comunque frustrante e la presentazione della domanda di partecipazione si risolverebbe in un adempimento del tutto superfluo per la legittimazione al ricorso.

L'originalità e l'innovatività dell'ultima giurisprudenza sono indubbie.

La III Sezione del Consiglio di Stato si è fatto carico di aggiornare la giurisprudenza amministrativa alle novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici.

D'altro canto, questa ricostruzione ermeneutica presenta alcuni aspetti problematici anche con riguardo alla legittimazione al ricorso.

Infatti, l'interesse all'aggiudicazione rappresenta tutt'oggi l'utilità finale e principale a cui ogni concorrente alla gara aspira. Come è stato evidenziato nella prima parte del presente contributo, la configurabilità di un interesse sostanziale distinto ed autonomo dall'aggiudicazione è, infatti, tuttora incerta<sup>90</sup>.

Il criterio del massimo ribasso non sembra precludere l'utile partecipazione alla gara dell'operatore economico. Semmai, il prezzo più basso ha un effetto più limitato. Esso impedisce la soddisfazione dell'interesse a competere sulla qualità che rappresenta soltanto un aspetto dell'aggiudicazione. Nonostante ciò, l'operatore economico non perde la possibilità di aggiudicarsi la gara attraverso la formulazione di un'offerta economica.

Queste osservazioni sembrano far ritenere che l'aggiudicazione al massimo ribasso non sia configurabile alla stregua di una clausola cd. escludente.

Quindi, se l'operatore economico vorrà contestare in via diretta il criterio del prezzo più basso, dovrà partecipare alla gara per acquisire legittimazione al ricorso.

Sotto altro profilo, va rilevato che l'onere di partecipazione alla gara risolverebbe il problema di legittimazione dell'interesse a competere secondo qualità, rilevato dall'ordinanza di rinvio n. 5138 del 2017.

La III Sezione ha osservato che la dimostrazione in giudizio di tale interesse – ove se ne riconosca l'esistenza – potrebbe risultare gravosa in assenza di una norma che ne riconosca la legittimazione.

Con la partecipazione alla gara, l'operatore economico distinguerebbe il suo interesse a concorrere sugli aspetti tecnici in modo certo ed inequivoco, rispetto ad ogni altro operatore economico del settore.

---

<sup>90</sup> Al riguardo, si rinvia alle considerazioni svolte al paragrafo n. 5 della Parte "A" dell'elaborato.