

Marco Ceruti

SULL'ONERE DI IMMEDIATA IMPUGNAZIONE DEL BANDO E DELLA LEX DI GARA

Riflessioni a margine della più recente
giurisprudenza (sovra)nazionale

GLI EBOOK DI

Appalti&Contratti



Marco Ceruti

**SULL'ONERE DI IMMEDIATA IMPUGNAZIONE
DEL BANDO E DELLA LEX DI GARA**

**RIFLESSIONI A MARGINE DELLA PIÙ RECENTE
GIURISPRUDENZA (SOVRA)NAZIONALE**

GLI **EBOOK** DI

Appalti&Contratti



MARCO CERUTI

Avvocato in Como e Dottore di ricerca in Storia e Dottrina delle Istituzioni (Università degli Studi dell'Insubria). Collabora con l'Osservatorio sul diritto degli appalti pubblici dell'Università di Trento in qualità di membro del comitato di redazione.

ISBN: 978.88.916.4938.6

© **Copyright 2021 by Maggioli S.p.A.**

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema di gestione qualità certificato ISO 9001:2015

*47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595*

www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

L'Autore e l'Editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relativi alla elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione della modulistica allegata.

L'Autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenuti.
L'Editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Abstract.....	Pag. 4
<i>Premessa</i>	» 5
1. All'Adunanza Plenaria l'impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso (Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138)	» 11
I. La controversia.....	» 11
II. La rimessione	» 12
III. Gli approdi giurisprudenziali in tema di onere di immediata impugnazione della <i>lex specialis</i>	» 15
2. L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla possibilità di impugnare il bando da parte di chi non ha presentato domanda di partecipazione e sull'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).....	» 18
3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza sulla immediata impugnazione	» 23
4. Lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte di giustizia UE.....	» 30
5. "Una tutela giurisdizionale incerta" a distanza di quindici anni	» 40
6. Sull'onere di immediata impugnazione del bando e della <i>lex specialis</i> di gara	» 54
7. La definizione del campo d'analisi alla luce della giurisprudenza.....	» 69
8. L'impugnazione del bando di gara e della <i>lex specialis</i>	» 76
9. L'interesse a ricorrere e l'azione da esperire: una <i>vis</i> espansiva?	» 89
10. Interpretazione restrittiva: la lesione attuale e concreta della situazione soggettiva dell'interessato e l'interesse "finale" al conseguimento del contratto (bene della vita).....	» 101
I. La gara non andava fatta: si contesta in radice l'indizione della gara.....	» 117
II. La gara andava fatta, ma non è stato così: si contesta che una gara sia mancata, avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto	» 127
III. Clausole che impediscono <i>tout court</i> – non solo aggravano e rendono difficoltosa – la partecipazione (situazione oggettiva, non soggettiva né rimessa al ricorrente).....	» 135
11. Considerazioni per una tutela giurisdizionale meno incerta: un tentativo di interpretazione sistematica.....	» 146
12. Limiti non consentiti alla libera concorrenza: annullabilità o nullità?	» 153
13. I confini del sindacato sulla discrezionalità della p.a. in ordine alla predisposizione della gara: il principio della cd. "riserva di amministrazione"	» 165
14. Osservazioni conclusive	» 177
Appendice. Quadro sinottico dei casi di impugnativa immediata e di impugnativa differita	» 202

L'evoluzione dei contratti pubblici a livello sovranazionale e, per riflesso, a livello nazionale ha determinato l'emersione di notevoli e fondamentali questioni interpretative sull'attuale modello di tutela giurisdizionale. Questo studio affronta l'esame dell'onere di immediata impugnazione del bando e della *lex* di gara dei contratti pubblici per capire quando esso si configura e quali effetti scaturiscono. L'intento perseguito è dimostrare, sulla scorta della legge e della dottrina, ma soprattutto della più recente giurisprudenza (sovra nazionale, che esistono diversi interessi in gioco. L'obiettivo europeo di ricorsi rapidi ed efficaci nella realtà provoca storture e ricadute assai rilevanti. Anticipare e accelerare non sono equivalenti. Invero, anticipare eccessivamente l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* non soltanto compromette la stessa concorrenza, che si vorrebbe tutelare, ma rischia altresì di distorcere la tutela giurisdizionale aprendo la strada ad azioni emulative e di disturbo (perfino, ora, dopo che è stata ribadita – di regola – l'assenza di legittimazione a chi non ha partecipato alla procedura); in ogni caso, deve rilevarsi che in uno stadio procedimentale iniziale il confine fra partecipazione o meno risulta labile e incerto.

In definitiva, l'onere di immediata impugnazione dev'essere interpretato nel senso che l'effettività del diritto di difesa può essere assicurata solo se l'accesso alla giustizia non si riduce all'adempimento di una mera formalità, ma rappresenta lo strumento per assicurare il rispetto dei principi del giusto processo. Tale soluzione, a favore del principio della concorrenza, deve reputarsi l'unica conforme ai principi fondamentali della certezza dei rimedi impugnatori e dell'economia dell'attività processuale, evitando l'irragionevolezza di imporre di fatto all'interessato di tutelarsi proponendo impugnazioni a mero titolo cautelativo che impattano notevolmente sulla certezza del diritto, da un lato, e, dall'altro, sulla macroeconomia del sistema in ragione della grande rilevanza dei relativi costi di transazione sul mercato degli affidamenti pubblici.

Per questo motivo sarebbe opportuno cogliere tutte le occasioni per quegli interventi che hanno effetti *win-win*, in cui cioè più settori e più interessi pubblici possano essere contemporaneamente sostenuti con *policies* adeguatamente coordinate.

Negli ultimi anni nessun tema ha occupato la giurisprudenza tanto quanto la questione dell'onere di immediata impugnazione del bando e della *lex* di gara.

Si tratta evidentemente di una questione importante che abbina profili di diritto processuale e profili di diritto sostanziale.¹

Per costante giurisprudenza interna, le clausole del bando di gara pubblica che siano “immediatamente lesive” (precludendo l'utile partecipazione alla gara) devono essere oggetto di immediata impugnazione.

In quest'ottica, da un lato e a mo' di decalogo operativo, deve ritenersi che l'impugnazione immediata del bando di gara è consentita in quattro tassative ipotesi:

- 1) quando si contesti la stessa indizione della gara;
- 2) quando si contesti che una gara sia mancata, avendo l'Amministrazione disposto la conclusione in via diretta del contratto senza il rituale svolgimento delle appropriate procedure di evidenza pubblica;
- 3) quando si impugnino direttamente le clausole del bando immediatamente escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato;
- 4) quando le prescrizioni di gara impediscano di fatto la partecipazione alle procedure, imponendo, ad esempio, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale.

Al di fuori di queste ipotesi, in cui il soggetto interessato ha l'interesse (e quindi anche l'onere) di proporre immediato ed autonomo ricorso giurisdizionale, il bando e le sue clausole non possono essere considerate come direttamente lesive della sfera giuridica dei soggetti che aspirino a contrattare con la stazione appaltante, per cui l'eventuale impugnativa delle prescrizioni di gara ritenute illegittime va proposta unitamente all'atto applicativo con il quale si concretizza la lesione in capo ad un soggetto, nel presupposto, evidentemente, che abbia partecipato alla procedura.

(1) *Ex plurimis* vedasi TAR Lombardia - Milano, Sez. IV, 24 luglio 2017, n. 1666: “Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, soggiacciono all'onere dell'immediata impugnazione le clausole della *lex specialis* che impediscano la partecipazione, o impongano oneri manifestamente incomprensibili, o del tutto sproporzionati, ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (cfr. da ultimo, tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595 e giur. *ivi* citata);

- ne deriva che le norme della *lex specialis* censurate, siccome introducono delle previsioni ritenute manifestamente sproporzionate e comunque eccessive, ledono *ab origine* la sfera giuridica del concorrente, perché finalizzate all'assunzione da parte di quest'ultimo di un'obbligazione che incide, per il suo consistente valore economico, sulla possibilità di formulare un'offerta;
- il carattere immediatamente lesivo delle clausole contestate ne impone l'immediata impugnazione, attraverso la diretta contestazione del capitolato, entro i termini di impugnazione stabiliti dalla legge;
- nel caso di specie, la ricorrente ha contestato la clausola in questione solo congiuntamente all'atto con il quale la stazione appaltante, in sede di esecuzione del contratto, ha disposto la risoluzione del medesimo, pertanto la contestazione è inammissibile, perché rivolta avverso una previsione della *lex specialis* immediatamente lesiva, non impugnata direttamente entro il termine perentorio stabilito dalla legge e, di conseguenza, ormai consolidatasi;
- va, pertanto, ribadita l'inammissibilità del ricorso *in parte qua*, per carenza di interesse”.

Dall'altro lato è stato affermato dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2016, n. 510) che sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara quando le stesse impediscono o rendono ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, così violando i principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della *par condicio* dei concorrenti (Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n. 3104). Si è anche affermato che deve essere riconosciuto carattere escludente non solo alle clausole che concernono i requisiti di partecipazione in senso stretto ma anche a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico, ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti, ovvero ancora che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta (Cons. Stato, Sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491). Si è quindi chiarito che nelle gare pubbliche l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti riguardanti i requisiti di partecipazione, che siano ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva che definisce la procedura ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva. Pertanto, di fronte ad una clausola ritenuta illegittima, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; TAR Valle d'Aosta, 26 luglio 2017, n. 46).

A partire dal *leading case*, cioè la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, non si contano le innumerevoli decisioni che si sono cimentate con la suddetta questione, talvolta ampliandone la casistica, talaltra adottando un'interpretazione restrittiva.

L'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico "escludenti", che prevedono requisiti soggettivi di partecipazione (Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1), ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180).²

La più recente giurisprudenza ormai segue fermamente tale indirizzo interpretativo e, nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, ha puntualizzato che, tra le altre, tali sono:

- a) le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v., in particolare, Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

(2) Vedasi la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2977 del 19 giugno 2017: "È *ius receptum* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 16 ottobre 2013 n. 5035; *id.*, 1° agosto 2014 n. 4067; *id.*, 2 maggio 2017 n. 2014) che l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara sussiste in tutti i casi in cui le stesse impediscono per i concorrenti la partecipazione alla gara e siano lesive dei principi essenziali della evidenza pubblica, tra cui l'alterazione della concorrenza e della *par condicio* (cfr. Cons. Stato, V, 18 giugno 2015 n. 3104), la fissazione di indebiti requisiti d'ammissione (la cui carenza impedisca da subito la partecipazione) o la determinazione di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o tali da impedire la stessa formulazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, III, 10 giugno 2016 n. 2507)".

Nello stesso senso è TAR Sicilia - Catania, Sez. I, 28 aprile 2017, n. 898: "Per costante giurisprudenza dalla quale non v'è motivo di discostarsi, sussiste, infatti, un onere di immediata impugnazione della *lex specialis* in relazione alle clausole immediatamente escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura (cfr. Ad. Plen. nn. 9 del 2014 e 1 del 2003; Consiglio di Stato Sez. V, n. 5155/2013, Consiglio di Stato n. 1133/2016, Consiglio di Stato n. 510/2016)". V. *in terminis* Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2014, n. 959.

- b) le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così, del resto, la già citata pronuncia n. 1 del 29 gennaio 2003 dell'Adunanza Plenaria);
- c) 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135);
- e) l'imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, Sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);
- f) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (quelli relativi, *exempli gratia*, al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);
- g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Le rimanenti tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara.³

Emerge *per tabulas* che l'onere di immediata impugnazione è stato circoscritto dalla giurisprudenza alle ipotesi in cui risulti impedita o resa ingiustificatamente difficoltosa la partecipazione, tra le quali non rientra quella della *lex specialis* lacunosa rispetto ad obblighi (oneri) di qualificazione richiesti dalla legge.⁴

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3541 del 18 luglio 2017 ha poi osservato che, in linea di principio, è ben vero che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (cfr. CGUE, Sez. VI,

(3) Consiglio di Stato, Sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809.

TAR Liguria, Sez. II, 29 marzo 2017, n. 263 (ord.), ha sollevato la seguente questione pregiudiziale alla Corte di giustizia: "Se gli artt. 1, par. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione".

(4) Per TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 22 agosto 2017, n. 1331, in particolare, deve essere riconosciuto carattere escludente non solo alle clausole che concernono i requisiti di partecipazione in senso stretto, ma anche a quelle che impongono ai fini della partecipazione oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti ovvero ancora che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 3541). In siffatti casi, già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole del bando per lui insuperabili perché immediatamente escludenti o che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso; il che comporta per lui un arresto procedimentale perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110).

Viceversa, ogni diversa questione inerente all'applicazione e all'interpretazione del bando, del capitolato ed anche dei chiarimenti forniti nel corso della procedura deve essere proposta unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, ovvero all'atto dell'impugnazione del provvedimento di esclusione o di aggiudicazione della commessa, o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale (cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 21 giugno 2017, n. 1495).

2 giugno 2016, C-27/15, *Pizzo*, ECLI:EU:C:2016:404). Detto orientamento (ribadito dall'Adunanza Plenaria n. 19/2016) ha contribuito a precisare la portata del principio di tassatività delle cause di esclusione, quale indicata dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014, secondo cui la sanzione dell'esclusione consegue, tra l'altro, alla violazione di disposizioni imperative, pur se non espressamente richiamate nel bando, ma il meccanismo di eterointegrazione della documentazione di gara trova applicazione, in casi eccezionali, nei limiti in cui la norma violata abbia natura imperativa e sia formulata in modo sufficientemente chiaro da consentire ai concorrenti di conoscere *ex ante* gli obblighi cui sono soggetti.

E, dunque, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4553/2016).

Per Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, il bando di gara, che prevede il sistema di aggiudicazione della gara al massimo ribasso, è immediatamente impugnabile, sussistendo tutti i presupposti per non rinviare il ricorso all'avvenuta aggiudicazione, quali:

- a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo;
- b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge;
- c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale.⁵

(5) Ha chiarito la Sezione che l'attuale normativa consente di ritenere in parte superato l'arresto della Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, secondo cui "Non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala".

Il nuovo Codice dei contratti – ed in particolare gli artt. 95, 204 (nella parte in cui prevedeva l'immediata impugnabilità dell'ammissione di altri operatori economici), e 211, comma 2 (sull'autotutela "doverosa"), quest'ultimi due successivamente abrogati – renderebbe, infatti, chiaro che vi sono elementi fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che assumono rilievo sia nell'ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell'interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi, così assicurando, nella logica propria dell'interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione 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.

Ha aggiunto la Sezione che una diversa soluzione – più aderente alla lettera che alla *ratio* dell'Adunanza Plenaria del 2003 ed all'esigenza della sua interpretazione in chiave evolutiva – finirebbe per svilire e depotenziare le due "architravi" del nuovo impianto normativo:

- a) da un lato, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – assunto dal legislatore ad elemento di rilancio di una discrezionalità "sana e vigilata" da porre a disposizione di amministrazioni qualificate sì da renderle capaci di selezionare le offerte con razionalità ed attenzione ai profili qualitativi – 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, in presenza di un operatore (quello offerente il massimo ribasso) in capo al quale si sono tra l'altro già ingenerate aspettative;
- b) dall'altro lato, sarebbe irragionevolmente derogata la logica bifasica (ammissioni/esclusioni prima fase; aggiudicazione seconda fase) che ha caratterizzato il nuovo approccio processuale in tema di tutela, poiché è evidente 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. Con il risultato che l'intento di affrancare il contenzioso sull'aggiudicazione da tutte le questioni sollevabili in via incidentale dal controinteressato (e fra queste anche quelle relative all'illegittimità del bando, strumentali all'*utilitas* della riedizione della gara) che ha ispirato la formulazione delle nuove norme processuali, risulterebbe tradito proprio in relazione ad aspetti basilari della prima fase.

Si è quindi sostenuta, in un primo momento (v. *infra*), l'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando da parte di una impresa che si dolga dell'adozione del criterio di aggiudicazione della gara al massimo ribasso.

La giurisprudenza si era infatti spaccata in due orientamenti contrapposti.⁶

Tralasciando per un attimo l'evoluzione giurisprudenziale nel senso dell'ampliamento dei casi in cui sorge l'onere di impugnare immediatamente il bando (si veda *infra* la compiuta disamina della questione in Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138 – con cui sono state rimesse all'Adunanza Plenaria diverse questioni in merito proprio ai casi in cui sorgerebbe l'onere di impugnare direttamente il bando di gara)⁷, va detto che è stata comunemente ammessa la possibilità di impugnare immediatamente le condizioni negoziali, previste negli atti di indizione della procedura, che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente. Segnatamente, deve essere riconosciuto carattere immediatamente lesivo non solo alle clausole che concernono i requisiti di partecipazione in senso stretto ma anche a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico, ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti, ovvero ancora che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2016, n. 510; C.G.A., 20 febbraio 2016, n. 474; TAR Campania - Napoli, Sez. IV, 20 novembre 2017 n. 5476).

Assume rilievo l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138, che ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria l'impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.⁸

Altro argomento sostenuto a riprova dell'irrazionalità della tesi dell'impugnazione postergata del criterio di aggiudicazione sarebbe che il ricorrente, costretto ad attendere, quale *dies a quo* per l'impugnativa, il momento dell'aggiudicazione ad altri, non è vincolato dalla correlazione tra criterio del massimo ribasso e la mancata aggiudicazione, non dovendo egli dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo del bene "aggiudicazione" e *lex* di gara: la lesione, nell'orientamento giurisprudenziale tradizionale varato dall'Adunanza Plenaria nel 2003, è infatti solo l'elemento, che integrando una delle condizioni dell'azione, abilita alla tutela dell'interesse legittimo attraverso l'esperimento dell'azione demolitoria. Una volta realizzata la condizione dell'azione, il ricorrente è ammesso a far valere la violazione dell'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insieme a tutti gli altri vizi di legittimità del bando che non attengano a clausole escludenti, a prescindere se la mancata aggiudicazione sia riferita, o meno, proprio all'operare di quella o di quelle clausole (si pensi, oltre che al criterio di aggiudicazione, alla difettosa composizione del seggio di gara o alle previsioni sulle modalità di apertura delle buste o, in generale, alle norme sul *modus procedendi*). In questi casi non è cioè necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti. Se così è, allora, non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura si concluda con l'aggiudicazione a terzi. 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* di gara (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; sarebbe inoltre contraria al dovere di leale collaborazione ed al rispetto del principio di legittimo affidamento, immanenti anche nell'ordinamento amministrativo.

(6) S. TRANQUILLI, *Onere di immediata impugnazione del bando: gli orientamenti (contrastanti) di TAR Puglia e Toscana*, in *lamministrativista.it*, 6 novembre 2017 - nota a TAR Puglia - Bari, Sez. II, 30 ottobre 2017, n. 1109, e TAR Toscana - Firenze, Sez. III, 3 novembre 2017, n. 1338.

(7) S. TRANQUILLI, *In attesa dell'Adunanza Plenaria il TAR Lazio sostiene il revirement sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara*, in *lamministrativista.it*, 1° dicembre 2017 - nota a TAR Lazio - Roma, Sez. II-ter, 30 novembre 2017, n. 11875.

Il TAR del Lazio, accogliendo la tesi prospettata dall'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5138/2017 (che ha sollecitato un completo *revirement* dell'orientamento affermato dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003), ha affermato la sussistenza dell'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando impeditive del "confronto concorrenziale" e ha dichiarato pertanto inammissibili le censure proposte al momento dell'esclusione dalla gara al solo fine di ottenere la ripetizione della procedura. Il Collegio ha dichiarato inoltre inammissibili i motivi proposti in via autonoma contro l'esclusione dalla gara in ragione della mancanza di un provvedimento di esclusione "formale" e stante la mancata dimostrazione che la "ricorrente fosse presente alla seduta del Seggio ed abbia in tale veste avuto contezza certa delle ragioni della propria esclusione".

(8) S. TRANQUILLI, *Torna all'Adunanza Plenaria il tema dell'onere di immediata impugnazione del criterio di aggiudicazione per un (completo) revirement dell'Ad. Plen. 1/2003*, in *lamministrativista.it*, 7 novembre 2017; e R. MININNO, *Onere di immediata impugnazione: questione deferita all'Adunanza Plenaria*, in *Altalex*, 22 gennaio 2018.

All'Adunanza Plenaria sono state rimesse le seguenti questioni:

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

Il deferimento all'Adunanza Plenaria, dunque, non si è limitato al caso particolare della contestazione delle previsioni della *lex specialis* relative al metodo di gara e ai criteri di aggiudicazione, ma ha avuto una portata applicativa più generale, avendo la Sezione rimettente sottolineato l'estrema utilità che l'Adunanza Plenaria, "cogliendo l'occasione fornita dallo specifico quesito sottoposto, fornisse, in chiave più generale, un quadro armonico e coerente sulla perimetrazione dell'onere di immediata impugnazione, stilando un vero e proprio decalogo, similmente a quanto fatto nel 2003".

Nel formulare i suddetti quesiti, la Terza Sezione ha chiaramente mostrato di propendere per una soluzione, ritenuta la "più coerente con l'evoluzione della posizione giuridica di interesse legittimo", secondo cui "tutte le clausole attinenti le regole "formali" e "sostanziali" della gara debbano essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi": l'affermazione, con riferimento a dette clausole, dell'onere di impugnazione immediata, a parere della Sezione, "garantirebbe un accesso immediato al giudice, favorito di un rapido emendamento del bando sì da uniformarlo alle regole concorrenziali", senza, tuttavia, incidere sulla teoria della concretezza ed attualità della lesione ai fini dell'esperimento della tutela demolitoria.