

**NOTA A CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA,
SENTENZA 26 aprile 2018, n. 4**

A cura di PIERSABINO SALVEMINI

Sull'onere di immediata impugnazione delle clausole non escludenti del bando di gara e sulla legittimazione a ricorrere dell'operatore economico non partecipante alla procedura

1. Le questioni rimesse alla Adunanza Plenaria

La terza sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138 ha rimesso alla Adunanza Plenaria le seguenti questioni giuridiche concernenti: a) la possibilità per il giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado in carenza di una pronuncia del giudice di prime cure; b) la legittimazione a ricorrere dell'operatore economico di settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara; c) la impugnazione immediata o differita delle clausole del bando di gara non recanti disposizioni immediatamente escludenti.

Di seguito, si procederà ad una analisi delle singole questioni, dando conto degli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul tema, per poi esaminare i principi di diritto affermati dalla massima composizione dell'organo di giustizia amministrativa.

2. Sul potere del Consiglio di Stato di rilevare di ufficio la carenza delle condizioni legali per la decisione nel merito della controversia

La prima questione esaminata dall'Adunanza Plenaria riguarda il potere del giudice di secondo grado di rilevare di ufficio la carenza di presupposti processuali e condizioni dell'azione. Il tema non presenta, come osservano gli stessi giudici di Palazzo Spada, un notevole contrasto giurisprudenziale ma, in ragione dell'assoluta rilevanza, viene affrontato e deciso dalla Corte. La problematica interpretativa riguarda la possibilità che, in mancanza di una rilevazione officiosa da parte del giudice di prime cure o di una eccezione di parte, il Consiglio di Stato possa scrutinare la presenza di tali requisiti di decidibilità.

Prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la giurisprudenza era pacifica nel ritenere sussistente il descritto potere officioso¹. Anche successivamente, a ben vedere, è rimasto assolutamente prevalente l'indirizzo che riconosce il potere dovere del giudice di seconde cure².

Tuttavia, è emersa una contraddizione nell'impianto del Codice del processo, tale da mettere in dubbio la correttezza dell'orientamento maggioritario. Infatti, l'art. 9 c.p.a. stabilisce che nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione. Ne consegue che, in difetto di esplicita censura, è possibile la formazione di un giudicato implicito sulla giurisdizione, rispetto al quale il giudice del gravame non può intervenire *ex officio*. Una qualificata dottrina, infatti, ha osservato che sarebbe irragionevole negare la formazione del giudicato implicito, preclusivo del descritto potere officioso, su presupposti processuali di minore rilevanza³.

Il Consiglio di Stato non ritiene di dare seguito a tali critiche. Infatti, l'art. 35 c.p.a., quale norma generale collocata nella prima parte del codice e, pertanto, applicabile anche ai giudizi di appello, impone la valutazione di ufficio della tardività del ricorso o dell'assenza dei presupposti e delle condizioni per la decisione nel merito. Inoltre, l'art. 104 c.p.a. riconosce alla parte il potere di proporre, nel giudizio di appello, le eccezioni rilevabili di ufficio, fra cui vanno certamente annoverate quelle riguardanti la originaria inammissibilità del ricorso.

Con riguardo all'art. 9 c.p.a., invece, la Corte ricorda che la disposizione è stata ritenuta ricognitiva di un orientamento giurisprudenziale sorto a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del criterio di individuazione della giurisdizione per blocchi di materie, compiuta da Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204⁴. Il siffatto criterio era stato elaborato dal legislatore al fine di rendere più agevole e certo il riparto di giurisdizione in caso di compresenza di differenti posizioni soggettive. Tuttavia, a seguito della pronuncia della Consulta, le esigenze di certezza ed economicità processuale (art. 111 Cost.) non sono venute meno e, pertanto, la giurisprudenza di legittimità, seguita da quella amministrativa, ha affermato la necessità, per il giudice di prime cure, di fornire, nel più breve tempo possibile, una decisione definitiva sul punto, mentre, in appello, il rilievo

1 Vds. § 14.2 della decisione in commento. In giurisprudenza, fra le tante, vds. Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 1995, n. 687.

2 Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215; vds. § 14.3.

3 Per una disamina del problema vds. C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in F. Scoca (cur.), *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 600 s.

4 Lo afferma Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769, al fine di poter applicare la disposizione anche alle controversie anteriori all'entrata in vigore del Codice del 2010.

officioso sarebbe precluso⁵. Ne consegue che la deroga al principio generale, sancito dall'art. 35 c.p.a., ha una fonte legale e non appare irragionevole, in quanto motivata dalla necessità di individuare, una volta per tutte, il plesso giurisdizionale competente. Peraltro, afferma il Consiglio di Stato, la decisione assunta dal giudice sfornito di giurisdizione non realizza comunque conseguenze anti-giuridiche, a differenza di quanto avverrebbe ove, argomentando per assurdo, fosse precluso al giudice dell'impugnazione lo scrutinio nei termini descritti, e venisse accolto un ricorso tardivo o proposto da soggetto non legittimato.

3. Sulla necessaria partecipazione alla gara quale condizione di legittimazione per l'impugnazione del bando di gara

La seconda questione, in ordine di trattazione, affrontata dalla Plenaria riguarda la necessità di partecipazione alla gara quale condizione legittimante per la proposizione del ricorso avverso il bando di gara illegittimo⁶. Il tema è strettamente connesso alla determinazione della natura escludente delle clausole della *lex specialis* e al problema, che sarà affrontato in seguito, della impugnazione differita o immediata delle stesse.

Sul punto sono sorti due orientamenti giurisprudenziali, volti a valutare in modo differente l'interesse del ricorrente e, conseguentemente, la necessità del titolo di legittimazione.

Un primo orientamento, assolutamente minoritario, infatti, sottendendo che l'interesse ad agire sia teso verso una competizione fondata su regole legittime e ragionevoli, afferma che l'operatore economico, anche ove non avesse presentato domanda di partecipazione alla procedura, potrebbe impugnare direttamente il bando⁷.

L'indirizzo giurisprudenziale nettamente maggioritario, invece, ritiene che l'operatore economico di settore che volontariamente non abbia presentato la domanda di partecipazione sarebbe estraneo rispetto alla procedura di affidamento e, pertanto, non titolare di una posizione differenziata idonea a sorreggere l'esperimento dell'azione di annullamento. Tale orientamento è stato condiviso dalla Plenaria n. 1 del 2003 ed è coerente con il principio di diritto enunciato per cui «i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato».

5 Cass. civ., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

6 In dottrina, v. G. Mari, *Domanda di partecipazione alla gara come presupposto per l'impugnazione del bando*, in *Giust. civ.*, 2002, c. 830.

7 Cons. Giust. Amm., sez. giur., 5 settembre 2005, n. 589.

Sono state, tuttavia, individuate alcune eccezioni alla regola generale, fondate sulla necessità di ampliare la legittimazione a ricorrere, per esigenze di tutela della libera concorrenza. In particolare, è stata riconosciuta anche al soggetto non partecipante la facoltà di impugnare quando: a) venga contestata la stessa indizione della gara; b) venga censurata la manca indizione della gara e la illegittimità dell'affidamento diretto; c) l'oggetto del ricorso riguardi clausole escludenti. Per quanto riguarda il caso *sub b)*, è opportuno osservare una tendenza della giurisprudenza ad estendere la nozione di clausola escludente e di ritenere, in molti casi, non necessaria la domanda di partecipazione, in presenza della certezza dell'esclusione⁸.

Il Consiglio di Stato ritiene di dover dare continuità all'orientamento maggioritario, espresso dalla Plenaria n. 1/2003 e seguito anche dalla successiva Plenaria n. 4 del 2011. Tale impostazione ha ottenuto, peraltro, l'autorevole conferma di Corte Cost., 22 novembre 2016, n. 245.

I giudici di Palazzo Spada ricordano che l'interesse ad agire, disciplinato dagli artt. 24 Cost. e 100 c.p.c., è caratterizzato dalla prospettazione di una lesione personale, diretta, concreta ed attuale, cui fa seguito la proposizione della domanda di tutela giurisdizionale. L'utilità del provvedimento richiesto al giudice si deve porre in un necessario rapporto di relazione rispetto alla eliminazione della situazione anti-giuridica lamentata dal ricorrente. La valutazione sul vantaggio conseguente all'accoglimento del ricorso non può essere condotta in modo meramente ipotetico e virtuale, senza contraddire la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa. La domanda di partecipazione, inoltre, non appare un sacrificio spropositato, né, sul piano processuale, determina alcun effetto lesivo; anzi, essa rende la posizione dell'istante meritevole di protezione.

4. Sulla impugnazione del bando di gara: l'orientamento che nega l'esistenza di clausole escludenti e il superamento con Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza n. 3/2001

Il bando di gara è l'atto amministrativo generale con cui si conclude una fase della procedura di affidamento. Esso determina un autovincolo di presupposizione, consumando la discrezionalità della stazione appaltante, rispetto ai successivi atti del procedimento. I provvedimenti esecutivi del

⁸ Una disamina è compiuta in § 16.4. Peraltro, è stato di recente promosso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'U.E. circa la compatibilità del siffatto quadro normativo e giurisprudenziale. Il T.A.R., Liguria - Genova, sez. II, 29 marzo 2017, ord. n. 263 ha posto il quesito se “gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della dir. 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”. La decisione in commento non trascura tale precedente e ne fa menzione in § 18.6.

bando illegittimo, infatti, sono caratterizzati da invalidità derivata e realizzano la lesione dell'interesse del concorrente, cui consegue l'emersione dell'interesse ad impugnare.

Più problematica è la questione della impugnabilità del bando illegittimo⁹. Tale atto, essendo diretto ad una generalità di destinatari, non necessariamente realizza una lesione immediata della posizione soggettiva del partecipante alla procedura. Le disposizioni illegittime potrebbero non tradursi nella mancata aggiudicazione, nel caso in cui venissero interpretate in modo conforme alla legge, disapplicate dalla stazione appaltante o nel caso in cui non vi fossero altri concorrenti. Dunque, solo a seguito dell'atto di esclusione o di aggiudicazione in favore di altri, la lesione, potenziale nella illegittimità del bando, si concretizza e sorge l'interesse a ricorrere, con decorrenza del termine decadenziale. Parimenti, è opportuno ricordare che l'impugnazione differita deve avere ad oggetto congiuntamente il bando e il provvedimento applicativo; diversamente, il ricorso sarà rigettato nel merito, in quanto l'atto censurato deve considerarsi adottato in esecuzione di un vincolo anteriormente assunto e, pertanto, isolatamente considerato, rappresenta la corretta applicazione del provvedimento presupposto.

Un orientamento giurisprudenziale risalente affermava, pertanto, che non esisterebbero clausole immediatamente lesive e, dunque, non emergerebbe mai l'interesse a ricorrere rispetto al bando di gara. Al più, potrebbe parlarsi di mera facoltà circa l'impugnazione immediata, ma in nessun caso di onere, a pena di decadenza¹⁰.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato superato con la menzionata Plenaria n. 3 del 2001. Il Consiglio di Stato ha affermato la regola generale della impugnazione congiunta e differita del bando di gara e dell'atto applicativo, ma ha altresì stabilito che la necessità della impugnazione delle clausole della *lex specialis* potrebbe sorgere immediatamente laddove si sia in presenza di clausole escludenti, idonee a determinare la lesione della posizione soggettiva del ricorrente. Infatti, considerando l'interesse del ricorrente diretto verso l'obiettivo della aggiudicazione, la clausola escludente, determinando definitivamente la preclusione al conseguimento del bene della vita, richiederebbe la impugnazione immediata.

Occorre, a questo punto, distinguere le clausole escludenti da quelle che non lo sono. La Plenaria n. 3 del 2001 ha chiarito che si considerano escludenti le clausole del bando che “prescrivono requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alle gare”, nonché quelle “manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto

9 In dottrina, a fronte di una ampia letteratura sul tema, si veda R. Villata, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912; S. Baccarini, *Clausole non escludente dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*.

10 L'orientamento è respinto già in Cons. Stato, 4 dicembre 1998, ord., n. 1.

ai contenuti della gara o della procedura concorsuale". Viceversa, non sono escludenti e sono sottoposte alla regola della impugnazione congiunta e differita tutte le altre clausole. In questa residuale categoria devono essere ricomprese le disposizioni inerenti la composizione e il funzionamento della commissione, il criterio di valutazione delle offerte, la determinazione delle anomalie, la definizione di oneri formali di partecipazione, nonché le clausole che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica.

Successivamente, la giurisprudenza amministrativa ha approfondito il criterio discrezionale fra clausole escludenti e non escludenti, seguendo tendenzialmente una lettura restrittiva per tale ultima fattispecie. La natura escludente, inoltre, come si anticipava in precedenza, rende non necessaria la partecipazione alla gara come condizione di legittimazione per la proposizione del ricorso. Devono, pertanto, considerarsi escludenti le clausole della *lex specialis* che prevedono criteri oggettivi tali per cui la stazione appaltante darà luogo ad un mero accertamento circa l'esclusione del soggetto che non ne dispone. Diversamente, non sono immediatamente escludenti le disposizioni del bando che richiedono, da parte della P.A. procedente, un'ulteriore attività tecnico-discrezionale, caratterizzata dal ricorso a scienze non esatte e regole opinabili¹¹. Si considerano, inoltre, non escludenti le previsioni del bando di dubbia interpretazione (purché comprensibili), atteso che la lesione si verifica, in quest'ipotesi, solo a seguito della assegnazione di un significato univoco da parte della commissione di gara.

La categoria delle clausole escludenti immediatamente impugnabili, d'altronde, è stata notevolmente estesa dalla giurisprudenza e vi sono state ricomprese a) le regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; b) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta¹²; c) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente¹³; d) clausole impositive di obblighi *contra ius*¹⁴; e) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate; f) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"¹⁵; g) la clausola che preveda una base d'asta di valore non adeguato al costo del lavoro, in violazione dell'art. 86, co. 3-bis, d. lgs. n. 163/2006, vigente *ratione temporis*¹⁶.

11 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 7 novembre 2014, n. 11203.

12 Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980.

13 Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; *id.*, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293.

14 Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222.

15 Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421.

16 Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2013, n. 5983.

4.1. segue: **L'orientamento minoritario che opta per la disapplicazione normativa del bando di gara**

Un orientamento giurisprudenziale rimasto isolato ha affermato che il giudice amministrativo avrebbe il potere dovere di procedere alla disapplicazione del bando di gara illegittimo, anche dopo la scadenza del termine di proposizione del ricorso, nel caso in cui vengano contestati, per invalidità derivata, gli atti esecutivi. Non si tratterebbe di disapplicazione provvedimento, secondo il disposto dell'art. 5 l.a.c., atteso che essa è predicabile con esclusivo riferimento alla giurisdizione esclusiva bensì di disapplicazione normativa, in conformità al principio di gerarchia delle fonti.

La disapplicazione normativa, infatti, troverebbe applicazione anche riguardo ai bandi di gara, analogamente a quanto avviene con i regolamenti, poiché anch'essi sarebbero da ricomprendere nella categoria delle fonti secondarie¹⁷.

L'indirizzo non ha avuto continuità, in quanto il Consiglio di Stato ha annullato la decisione, confermando che i bandi di gara, a differenza dei regolamenti, non hanno natura normativa, per mancanza del carattere della generalità e dell'astrattezza, atteso che i destinatari del precetto sono individuabili *ex post*. Ne consegue che i bandi di gara non sono suscettibili di disapplicazione e, in difetto di una tempestiva impugnazione, divengono inoppugnabili¹⁸.

4.2. segue: **L'ulteriore estensione del novero delle clausole immediatamente impugnabili: Cons. Stato, ord. nn. 351/2011 e 2633/2012 e le decisioni di difetto di rilevanza delle Plenarie nn. 4/2011 e 31/2012**

La giurisprudenza, a fronte dell'esame di clausole diverse da quelle ritenute esplicitamente escludenti dalla Plenaria n. 1/2003, ha ammesso la impugnazione immediata. Per es. sono state ritenute lesive e direttamente impugnabili le clausole che: a) prescrivono la automatica esclusione delle offerte anomale¹⁹; b) diano rilievo al fattore prezzo rispetto a quello tecnico²⁰; c) impongano la presentazione di determinati certificati o documenti²¹; d) stabiliscano il funzionamento della commissione di gara a maggioranza dei componenti²².

17 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922.

18 Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n. 568.

19 Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 1999, n. 1158.

20 Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079.

21 Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 1999.

22 Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884.

L'impostazione estensiva si spinse fino a sostenere che tutte le prescrizioni del bando di gara devono essere oggetto di immediata impugnazione, a pena di decadenza, in ragione del vincolo che impongono alla stazione appaltante²³.

La volontà di valorizzare l'interesse alla regolarità della procedura di gara, immediatamente leso da previsioni generali illegittime e la necessità di definire la validità delle disposizioni del bando, i parametri di valutazione delle offerte e di esclusione dei concorrenti, ha reso necessaria la rimessione alla Plenaria con le ordinanze nn. 351/2011 e 2633/2012.

Il Supremo Consenso della giustizia amministrativa con le pronunce nn. 4/2011 e 31/2012 non ha proceduto ad un esame delle questioni per difetto di rilevanza. D'altronde, l'orientamento maggioritario ha proseguito sulla linea tracciata dalla Plenaria n. 3/2001.

4.3. segue: Cons. Stato ord. n. 634/2013 rimette di nuovo la questione dell'impugnazione del bando immediatamente lesivo ma Ad. Plen. n. 8/2013 non si pronuncia

Un nuovo tentativo volto a mettere in discussione l'orientamento consolidato si è avuto con l'ordinanza n. 634/2013. Tale pronuncia afferma la necessità di superare la distinzione fra clausole escludenti e non escludenti, per ammettere indiscriminatamente la impugnazione immediata. Per giungere a tale conclusione, la lesione dell'interesse del ricorrente viene individuata nella trasparenza e legalità della procedura. Infatti, la partecipazione ad una gara pubblica comporta rilevanti costi ed oneri economici che il concorrente non sosterebbe senza avere certezze sulle regole di espletamento del procedimento.

Inoltre, il bando di gara, in quanto atto generale, ha un numero di destinatari determinabile *ex post*, nell'ambito soggettivo dei concorrenti. Ne consegue che la procedura di affidamento può essere idealmente distinta in due fasi: una prima fase di individuazione del numero dei concorrenti e delle regole di aggiudicazione ed una seconda fase in cui l'applicazione delle regole determina la scelta del vincitore. Dunque, la lesione dell'interesse dei concorrenti non può che essere concreta ed attuale e la loro posizione già differenziata e qualificata già al momento della costituzione del titolo di partecipazione.

Inoltre, non sarebbe conforme alle regole di correttezza e buona fede, sancite dagli artt. 1337 e 1338 c.c., tanto per la P.A. che per i soggetti privati, ammettere la partecipazione alla gara, nella certezza della illegittimità del bando di gara, con la riserva mentale di proporre ricorso, solo in caso di esito infausto. In questo senso, militava anche la previsione, allora vigente, dell'art. 243-bis d.lgs. n.

23 La prima pronuncia in questa direzione è Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 261.

163/2006, in tema di preventiva informazione circa la volontà di proporre ricorso giurisdizionale avverso gli atti di gara.

La Adunanza Plenaria, adita sul punto, con la decisione n. 8/2013 non si è pronunciata a riguardo, in ragione della legittimità della clausola contestata. Tuttavia, la giurisprudenza successiva del Consiglio di Stato ha mostrato di aderire all'orientamento maggioritario e di non condividere gli spunti offerti dall'ordinanza di rimessione²⁴.

4.4. *segue*: **Sulla immediata impugnazione del criterio di aggiudicazione; ancora una rimessione alla Plenaria da parte di Cons. Stato ord. n. 5138/2017**

L'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 stabiliva che la il bando di gara potesse alternativamente prevedere, come criterio di aggiudicazione, il metodo del massimo ribasso o il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, invece, l'art. 95 ha sancito una gerarchia fra i criteri, imponendo quale regola generale il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre, in via residuale, è posto il metodo del massimo ribasso. Sulla base di tale dato normativo, la giurisprudenza si è interrogata sulla impugnazione della clausola del bando che prescriva il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso, in violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016.

Un interessante arresto del Consiglio di Stato ha ammesso, in tal caso, la impugnazione immediata²⁵. I giudici di Palazzo Spada, pur senza accedere ad un'interpretazione lata dell'interesse a ricorrere che ne trascolori la portata nella mera legalità, sembrano superare il *dictum* della Plenaria n. 3/2001, affermando che l'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 riconosca il "diritto" a competere secondo il criterio del miglior rapporto qualità prezzo. Tale interesse è distinto dal bene della vita dell'aggiudicazione ed è meritevole di autonoma protezione: infatti, la scelta illegittima di un metodo di aggiudicazione differente è lesiva della posizione dell'operatore economico. L'utilità che il ricorrente vuole trarre è l'annullamento della clausola, con conseguente espletamento della procedura secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'autonoma meritevolezza di tale bene della vita e la necessità di una revisione dell'orientamento maggioritario sono suffragate, secondo le argomentazioni della decisione citata, da una serie di indici normativi. In primo luogo, è menzionata la sanzione della nullità per le previsioni escludenti della *lex specialis*, posta dall'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, tale da denotare la presenza di un interesse, almeno in parte, superindividuale alla corretta gestione della gara; in secondo luogo, si fa

24 *Ex multis*, vds. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3231.

25 Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

riferimento al potere c.d. di precontenzioso ANAC, disciplinato dall'art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 (prima della novella recata dal d.lgs. n. 56/2017), da cui è evidente l'intenzione del legislatore di riconoscere portata di interesse non meramente fattuale alle regole di concorrenza e trasparenza. In ultimo, lo sbarramento processuale dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. sancisce il definitivo superamento dell'esclusiva rilevanza dell'interesse individuale all'aggiudicazione, verso la tutela di posizioni processuali anche solo meramente strumentali rispetto a tale bene della vita.

La giurisprudenza di primo grado, successiva alla decisione, non ha assunto un indirizzo unitario ma si sono registrate talune pronunce adesive, a fronte di una maggioranza di sentenze fedeli all'orientamento consolidato²⁶.

Il contrasto giurisprudenziale, nuovamente instauratosi, ha condotto la terza sezione del Consiglio di Stato, a rimettere la questione della portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole lesive, con l'ord. n. 5138/2017.

Con particolare riferimento alla clausola inerente il criterio di aggiudicazione, la sezione remittente condivide la pronuncia n. 2014/2017 ed afferma che la nuova disciplina in materia di appalti pubblici ha dato immediato riconoscimento a beni della vita diversi dalla aggiudicazione, quali a) l'interesse a competere con concorrenti in possesso dei requisiti generali; b) l'interesse a competere secondo le regole di aggiudicazione fissate dal legislatore; c) l'interesse a competere secondo qualità.

Partendo da queste considerazioni, tuttavia, la terza sezione va oltre e prospetta la necessità di superare *tout court* l'orientamento consolidato a partire dalla Plenaria n. 3/2001. Infatti, l'obiettivo di ridurre il contenzioso e aumentare la certezza delle decisioni giudiziarie non è stato raggiunto, come prospettato dalla giurisprudenza maggioritaria. Vengono, sul punto, richiamati gli argomenti a sostegno già utilizzati nelle precedenti pronunce evolutive, quali le regole di buona fede e correttezza e la novità normative sostanziali e processuali. I giudici di Palazzo Spada, pertanto, ritengono che "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".

Viene, infine, prospettata la necessità di distinguere fra le controversie sottoposte alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 e quelle già regolate dal nuovo d.lgs. n. 50/2016; nonché, eventualmente, in caso di *revirement*, la opportunità di limitarne l'effetto nel tempo.

²⁶ Viene ammessa la impugnativa immediata in T.A.R. Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612 e T.A.R. Napoli, 24 ottobre 2017, n. 4995. In senso contrario, invece: T.A.R. Veneto, sez. II, 21 luglio 2017, n. 731; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109.

4.5. segue: **La conferma dell'orientamento maggioritario con l'Adunanza Plenaria n. 4/2018.**

La Adunanza Plenaria ritiene di non condividere l'orientamento estensivo e conferma i principi di diritto enunciati nella decisione n. 3/2001.

In primo luogo, la Corte osserva che l'obiettivo di deflazione del contenzioso in materia di appalti, se non è stato raggiunto attraverso l'orientamento che si propone di superare, certamente sarebbe ostacolato dall'adesione alla tesi dell'impugnazione immediata. Infatti, l'onere di proporre tempestivamente ricorso, con la certezza di non poterlo proporre in un momento successivo, esporrebbe gli operatori economici al rischio di contestare immediatamente, a pena di inoppugnabilità, ogni clausola del bando, anche solo potenzialmente lesiva. La stazione appaltante, invece, avrà interesse ad allungare i tempi della procedura al fine di ottenere una decisione sul ricorso proposto avverso il bando.

Quanto alle disposizioni citate dall'orientamento minoritario, occorre osservare che: a) l'art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 è stato modificato dal d.lgs. correttivo n. 56/2017, ed è una norma eccezionale che riconosce all'ANAC legittimazione processuale speciale, senza alcuna possibilità di accostamento all'interesse a ricorrere del privato; b) l'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, comminando la sanzione della nullità sembra andare in direzione opposta alla necessità dell'immediata contestazione, atteso che l'esperimento dell'azione *ex art.* 31, co. 4, c.p.a. può avvenire in un termine temporale più ampio; c) l'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. delinea un modello di contenzioso a duplice sequenza, in cui viene conferita autonoma rilevanza all'interesse alla definizione della platea dei soggetti ammessi alla gara; ma si tratta, ancora una volta, di norma speciale, avente ad oggetto gli atti di ammissione ed esclusione e non il bando di gara.

Invece, l'art. 120, co. 5, c.p.a., in applicazione del principio dell'impulso di parte nel rito amministrativo, dispone espressamente che l'onere di impugnare il bando di gara sussiste solo ove tale atto sia "autonomamente lesivo". In tal modo, il legislatore ha avvalorato la distinzione pretoria fra clausole escludenti e non escludenti ed ha inteso dare rilevanza al solo bene della vita dell'aggiudicazione, e non ad altri interessi strumentali. Dunque, dai riferimenti normativi riportati non è possibile trarre un principio generale secondo cui ogni prescrizione del bando viziata deve essere immediatamente denunciata, anche se non lesiva ed escludente.

Con particolare riguardo al metodo di aggiudicazione prescelto, la scelta del criterio non può realizzare alcuna lesione, atteso che, prima della formazione della graduatoria, non può dirsi certamente individuato l'aggiudicatario in un soggetto diverso dal ricorrente²⁷.

La soluzione prospettata dalla Plenaria non distingue fra regime anteriore e successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e, non essendovi stato alcun mutamento giurisprudenziale, non è necessario il ricorso al *prospective overruling*.

In conclusione, il Consiglio di Stato continua a seguire l'indirizzo inaugurato con la decisione n. 3/2001 e conferma che le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo.

27 Vds. § 19.2.2.