

I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria

Requisiti di ammissione delle A.T.I. ed immediata impugnabilità del bando di gara

a cura di Salvatore Cacace - Consigliere di Stato

1. – I requisiti di ammissione delle A.T.I. al procedimento selettivo e l'esecuzione dell'appalto.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici, ha precisato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ⁽¹⁾, è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante, essendo tutte le imprese associate responsabili, a vario titolo, verso quest'ultima.

Dunque, l'istituto risponde all'esigenza di consentire la partecipazione alla gara anche all'unione di capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari, come tali in grado di soddisfare i requisiti soggettivi richiesti dall'Amministrazione ⁽²⁾ e proprio perché la volontà di aggregazione di siffatte capacità non può essere generica od indeterminata si è sempre pacificamente affermato che costituisce requisito di ammissione di un raggruppamento temporaneo la dichiarazione delle quote di partecipazione delle singole imprese al raggruppamento stesso.

In proposito, costituiva consolidato orientamento della giurisprudenza quello, secondo cui la dichiarazione delle quote di partecipazione al raggruppamento, che deve essere resa dalle imprese raggruppate già in sede di formulazione dell'offerta, fosse presupposto necessario di partecipazione e corrispondesse ad un interesse di carattere essenziale della P.A., sulla base del principio di

¹ N. 22 del 2012.

² L'indicazione, in sede di offerta, di un'altra impresa come esecutrice dei lavori, ha precisato la giurisprudenza, deve essere sempre ricondotta alla figura di carattere generale dell'associazione temporanea (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 13/01/2012, n. 115; da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, numero 3344/2014), la diversa figura dell'associazione in cooptazione (di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 554/1999; in origine art. 23 del d. lgs. n. 406/1991 di attuazione della direttiva 89/440/CEE ed oggi art. 93, VI co, del D.P.R. n. 207/2010, secondo cui un'impresa -- priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione -- può in via eccezionale e derogatoria essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione S.O.A. sempréché abbia la categoria e la classifica corrispondente alla propria quota di lavori) non potendo prescindere da una chiara, espressa ed inequivoca dichiarazione in tal senso del concorrente.

corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'ATI e quota di esecuzione dell'appalto, che consente alla stazione appaltante di poter concretamente verificare la serietà e l'affidabilità dell'offerta ⁽³⁾.

Invero, dalle disposizioni dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006 la giurisprudenza desumeva fino ad un recente passato che, quale che sia il settore dell'appalto (lavori, servizi, forniture), l'a.t.i. offerente (sia costituita che costituenda) debba indicare sia le quote di partecipazione all'a.t.i. di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto e che vi debba essere corrispondenza tra quota di partecipazione all'a.t.i. e quota di esecuzione dell'appalto; è altresì richiesto, si affermava, che la singola impresa componente dell'A.T.I. abbia la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla quota di partecipazione, il tutto a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione ⁽⁴⁾.

Si è osservato in particolare, anche di recente, come il comma 13 cit., di per sé, contenesse solo la regola della necessaria corrispondenza fra la "quota di partecipazione" all'A.T.I., e la "quota della prestazione"; che anche il possesso dei requisiti debba essere distribuito fra gli associati in uguale proporzione (*rectius*: che ciascun associato debba possedere i requisiti in misura non inferiore alla quota di partecipazione) non è enunciato direttamente dalla norma, ma è stato desunto ad opera della giurisprudenza ⁽⁵⁾.

Dal punto di vista sostanziale la necessità di indicare nell'offerta le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese veniva da tale giurisprudenza ritenuta rispondente alle seguenti esigenze pubbliche:

³ CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 14 marzo 2012, n. 1422 (in www.lexitalia.it).

⁴ L'inosservanza di detta regola comporta l'inammissibilità dell'offerta contrattuale, perché implica l'adempimento da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso (Consiglio di Stato, sez. III, 16/2/2012, n. 793 e, da ultimo, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 21 dicembre 2012, n. 2004, in *Foro amm. TAR*, 2012, 12, 3799).

⁵ Consiglio di Stato, sez. III, 30/09/2014, numero 4865 (in *Redazione Foro amministrativo*, 2014, 9, 21).

- a) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando il responsabile;
- b) agevole verifica, da parte del responsabile del procedimento, della competenza tecnica dell'esecutore comparata con la documentazione prodotta in sede di gara;
- c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento, al fine di non coprire la partecipazione di imprese non qualificate, volta ad aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando [6].

Orbene, rispetto a tale sistema, contraddistinto anche da un contrario orientamento secondo cui l'onere di specificazione delle parti del servizio andrebbe riferito solo alle a.t.i. verticali e non anche a quelle orizzontali [7], un primo intervento dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (8), s'è avuto con la citata decisione n. 22/2012, ove è stato con chiarezza specificato:

“È proprio in funzione del controllo (alla stregua dei criteri determinati nel bando) dell'idoneità delle imprese raggruppate a svolgere il servizio oggetto dell'affidamento, che si rende necessaria la determinazione delle «parti» di servizio che ciascuna impresa raggruppata o raggruppanda intende svolgere.

Le evidenziate esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono, peraltro, maggiormente nei raggruppamenti a struttura orizzontale, dove – a differenza da quelle a struttura verticale, connotate dalla circostanza che l'impresa mandataria esegue le prestazioni di servizio indicate (nel bando o nella lettera d'invito) come principali e le imprese mandanti eseguono le prestazioni indicate come secondarie – tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione delle «parti» di servizi che saranno eseguite dalle singole imprese, è preclusa una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni di servizio dalle stesse assunte, mentre per le a.t.i. di tipo verticale tale controllo è reso agevole già

⁶ Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 744; v. anche Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2011, n. 939; Cons. St., sez. III, 7 marzo 2011, n. 1422.

⁷ Cons. St., sez. V, 26 novembre 2008, n. 5849; *Id.*, 28 febbraio 2011, n. 1249; Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2009, n. 2783.

⁸ Cui la questione era stata rimessa da CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, ordinanza 5 marzo 2012, n. 1227, in www.lexitalia.it.

sulla base della sola indicazione del ruolo dalle stesse svolte nell'ambito del raggruppamento (mandataria e rispettivamente mandante), definito con riguardo alle prestazioni rispettivamente principali e secondarie prestabilite nel bando (sempre che, ovviamente, a loro volta le parti secondarie scorporate non siano destinate ad essere svolte da più d'una delle imprese appartenenti alla complessiva a.t.i.).

Ne deriva che è proprio per le a.t.i. orizzontali che l'indicazione delle «parti» di servizio imputabili alle singole imprese costituisce presupposto indefettibile per poter operare le menzionate verifiche, onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti, la cui previsione (nel settore dei lavori con disposizioni legislative e regolamentari, nel settore dei servizi con la *lex specialis*; v. *supra*) risponde all'imprescindibile esigenza, a sua volta imposta dal principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, di ottenere, nel complesso, una garanzia qualitativa di un determinato ed atteso livello, riferita all'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento ...”.

Né, ha concluso l'Adunanza Plenaria del 2012, “la soluzione qui propugnata comporta un'indebita compressione del *favor participationis* – pure, sebbene in modo apodittico, messa in rilievo in alcuni precedenti aderenti all'orientamento di segno contrario –, in quanto la violazione dell'obbligo della specificazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento, sancito dall'art. 11, comma 2, l. n. 157 del 1995 (attuale art. 37, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006), non si risolve in una violazione meramente formale, ma incide, in modo sostanziale:

- sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque sugli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della *par condicio* e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma;
- sui poteri di verifica della stazione appaltante attorno alla coerenza dei requisiti di capacità degli operatori raggruppati con riguardo alla natura della prestazione, in funzione della garanzia della qualità delle prestazioni oggetto dell'appalto;

- su un corretto assetto concorrenziale, evitando l'elusione delle norme di ammissione stabilite dai bandi e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara" ⁹).

A fronte dell'inequivoca affermazione, che dal quadro normativo e giurisprudenziale così risultava, del principio generale della corrispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa fatti valere, successivi interventi normativi e giurisprudenziali (della stessa Adunanza Plenaria) hanno fatto insorgere qualche dubbio e disorientamento.

Ha cominciato il legislatore, con una nuova formulazione del comma 13 dell'art. 37 cit. ("nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento") ¹⁰, che, ove interpretato nel senso del superamento di quel principio, si presta a forti dubbi di costituzionalità per palese irragionevolezza, oltre che di compatibilità col diritto comunitario laddove introduce l'ennesima diversificazione di disciplina tra lavori e servizi, che non trova corrispondenza nella direttiva comunitaria.

Ha proseguito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le decisioni 30 gennaio 2014, n. 7 e 28 agosto 2014, n. 27, che hanno ritenuto che l'affermato parallelismo, in modo congiunto, anche fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione, sarebbe:

a) in contrasto con il tenore testuale delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (e segnatamente, i commi 4 e 13 dell'art. 37), che non consentono di avallare una siffatta opzione interpretativa;

⁹ Ha concluso poi l'Adunanza Plenaria che "l'obbligo in questione, da assolvere a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta – mentre una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, sicché la sanzione dell'esclusione rispetta i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza –, è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie)".

¹⁰ Comma così modificato dalla lettera a) del comma 2-bis dell'art. 1, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135.

b) in contrasto con la sistematica del codice (e del regolamento attuativo), che disciplina in maniera completa e nella sede propria il regime della qualificazione delle imprese anche riunite in a.t.i., per i lavori, mentre affida alla disciplina di gara ogni determinazione in materia per gli appalti di servizi e forniture, salvi i limiti sanciti dagli artt. 41 – 45.

Alla luce, in particolare, della novella introdotta dal d.l. n. 95/2012 (che aveva riformulato il comma 13 cit. nel senso che solo “nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”), l’Adunanza Plenaria ha ritenuto di dover pervenire ad una lettura atomistica delle norme sancite dai più volte richiamati commi 4 e 13 dell’art. 37 del codice dei contratti pubblici, concludendo che:

a) giusta il tenore letterale della nuova disposizione e la sua finalità di semplificare gli oneri di dichiarazione incombenti sulle imprese raggruppate operanti nel mercato dei contratti pubblici, l’obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, sancito dal più volte menzionato comma 13, sia rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori;

b) per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell’art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d’indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l’obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s’impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara;

c) rimane inteso, in entrambi i casi, che le norme in questione continuano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e sono dunque capaci di etero-integrare i bandi silenti.

Com'è noto, in materia di requisiti di partecipazione dei raggruppamenti temporanei, novità sono state poi introdotte dall'art. 12, commi 8 e 9, del D.L. 47/2014, convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2014, n. 80, in vigore dal 28 maggio 2014 ⁽¹¹⁾.

In particolare:

- il comma 8 del D.L. 47/2014 abroga il comma 13 dell'art. 37 del Codice;
- il successivo comma 9 modifica il comma 2 dell'art. 92 del Regolamento, ammettendo che le quote di partecipazione al raggruppamento, indicate in sede di offerta, possano essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato; è altresì stabilito che i lavori siano eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.

Dunque, è ora espressamente previsto dal Regolamento che, per gli appalti di lavori, le imprese riunite debbano indicare in sede di offerta sia la quota di partecipazione al raggruppamento che la quota di lavori assunta e che quest'ultima deve essere compatibile con i requisiti di qualificazione da ciascuna impresa posseduti.

Per il caso di appalti di forniture o servizi l'obbligo di specificazione delle parti di fornitura o servizio da eseguirsi da parte del singolo operatore resta invece previsto dal sopravvissuto comma 4 dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici, mentre l'obbligo di indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento (escluso ormai ogni parallelismo tra le prime e le seconde) si ricava in via interpretativa dalla necessità di corretta e precisa individuazione del soggetto "raggruppamento" partecipante alla gara; resta fermo comunque il principio, affermato dall'adunanza plenaria senz'alcuna distinzione tra lavori, servizi e forniture, secondo cui

¹¹ Il comma 10 dell'art. 12 del D.L. 47/2014 stabilisce che: "Le disposizioni di cui ai commi 8 e 9 si applicano anche alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara risultino già pubblicati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure ed ai contratti in cui, alla suddetta data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

l'ammontare delle quote stesse (sia di partecipazione al raggruppamento, che di esecuzione delle prestazioni) debba essere fissato entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti, così come stabiliti dalle prescrizioni della *lex specialis*.

Ne deriva che ogni forma di compensazione o comunicazione di requisiti fra le imprese associate in A.T.I. ⁽¹²⁾ (ferma la necessità che l'A.T.I. nel suo insieme li soddisfi integralmente) può ritenersi consentita solo ove si traduca in una corrispondente esecuzione della prestazione, dal momento che la necessità della precisa indicazione delle attività assegnate a ciascun componente di un R.T.I. sta proprio nell'esigenza di verificare se tale ripartizione è coerente con le qualificazioni di ciascuna e con il possesso dei requisiti per eseguire quella parte di attività ⁽¹³⁾.

2. – Il non liquet dell'adunanza plenaria sull'immediata impugnabilità del bando di gara.

In virtù di un principio generale, l'interesse all'impugnativa comporta anzitutto che le previsioni della normativa di gara possano essere impuginate solo ove autonomamente e direttamente lesive.

La giurisprudenza ⁽¹⁴⁾, partendo dal principio processuale, secondo cui sia l'interesse sostanziale che l'interesse ad agire devono connotarsi dei requisiti della personalità e dell'attualità in modo da essere proprii del ricorrente e riferiti a fattispecie già perfezionatasi (e non meramente potenziale) ⁽¹⁵⁾, ha affermato che sussiste l'immediatezza della lesività del bando quando questo preveda requisiti soggettivi dell'aspirante alla gara, che precludano allo stesso l'ammissione alla procedura concorsuale, poiché,

¹² Sulla quale v. Consiglio di Stato, sez. III, numero 4865/2014, cit.

¹³ Consiglio di Stato, sez. III, 13/06/2014, numero 3029, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014, 6, 21.

¹⁴ Cfr. Cons. di Stato, A.P., 29/1/2003, n. 1

¹⁵ Sì che l'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara, sorge solo a seguito dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (Consiglio Stato , sez. V, 06 aprile 2009 , n. 2143; da ultimo, Consiglio Stato, sez. V, 12 luglio 2010, n. 4483, in *Red. amm. CDS*, 2010, 07).

in tal caso, è già identificato il destinatario direttamente inciso dal bando; mentre laddove l'esclusione dalla gara d'appalto, pur disposta in applicazione di una norma recata dal bando, non promani direttamente dalla norma stessa o comunque sia frutto di una delle possibili interpretazioni della disciplina di gara, il provvedimento idoneo a ledere con immediatezza ed attualità la sfera giuridica dell'impresa concorrente e dunque da impugnarsi nell'ordinario termine decadenziale (anche eventualmente in uno con la norma di gara) sarà, pur trattandosi di atto endoprocedimentale, il provvedimento di esclusione dalla gara.

Ed invero, l'onere di una immediata impugnazione del bando di gara, secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa e, in particolare, alla stregua dei principi affermati dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del 27 gennaio 2003, n. 1, può derivare soltanto dalla sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato derivante direttamente dal bando ⁽¹⁶⁾.

In tal senso, va rammentato che, nel sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere dalla parte ricorrente ⁽¹⁷⁾; il ricorso, infatti, non è un'occasione di sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, per cui spetta al giudice il controllo delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivi della legittimazione, dell'interesse al ricorso (anche meramente strumentale e morale), nonché della sua persistenza al momento della decisione. Orbene, nelle indicate ipotesi di attualità della lesione, le previsioni riguardano direttamente le qualità dei soggetti da ammettere alla selezione e non le attività connesse alle susseguenti fasi procedurali relative alla partecipazione ed aggiudicazione e fanno riferimento a situazioni preesistenti rispetto al bando.

¹⁶ V., da ultimo, Consiglio Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217 (in *Red. amm. CDS*, 2009, 05).

¹⁷ Cfr. C.d.S., Ad Pl., 7.4.2011, n. 4.

E sulla base del richiamato postulato è stato anche affermato dalla medesima giurisprudenza che non può essere escluso l'onere-dovere dell'immediata impugnazione del bando, con riferimento a previsioni in questo contenute, che impongano condizioni assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionate rispetto ai caratteri della gara o della procedura concorsuale e che, pertanto, al pari dei requisiti soggettivi, comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere al procedimento ⁽¹⁸⁾.

Sono dunque soggette all'onere di immediata impugnazione, non potendosi in tali ipotesi il gravame differire al momento dell'impugnazione del provvedimento finale di gara o di quello che determina l'arresto procedimentale per il concorrente ⁽¹⁹⁾, le sole clausole di un bando, di un disciplinare o di un capitolato d'appalto, che stabiliscono, a pena di esclusione e con prescrizioni inequivoche, adempimenti talmente gravosi da rendere impossibile la partecipazione o che comunque incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta ⁽²⁰⁾, o condizioni inerenti unicamente ai requisiti di partecipazione e non tutte le clausole, la cui inosservanza pure sia sanzionata con l'esclusione.

Ogni altra clausola può essere ritenuta lesiva, e può dunque essere impugnata, solo con l'approvazione dell'atto che definisce la procedura, e ciò anche a fronte di una clausola illegittima della *lex specialis* di gara, ma non impeditiva della partecipazione, in relazione alla quale il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua

¹⁸ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 08 ottobre 2008, n. 3380 (in *Red. amm. TAR*, 2008, 10).

¹⁹ La giurisprudenza ha anche soggiunto che il principio di leale cooperazione, costituente corollario dei canoni di buona fede e tutela del legittimo affidamento, imponga all'impresa di chiedere chiarimenti in ordine alle lacune della *lex specialis*, piuttosto che partecipare alla gara con la riserva di impugnazione, in caso di esito negativo, in relazione a carenze volontariamente non colmate: Consiglio Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3850 (in *Diritto & Giustizia*, 2009).

²⁰ V. Consiglio Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441 (in *Red. amm. CDS*, 2009, 11) e Consiglio Stato, sez. III, 19 marzo 2011, n. 1696 (in *Red. amm. CDS*, 2011, 03), secondo cui, in generale, la questione della immediata lesività non può essere invero circoscritta al solo ambito dei requisiti richiesti per partecipare alla gara, ma deve essere riguardata in sé, e come tale essa è propria di ogni situazione rispetto alla quale è certo che l'applicazione della clausola non potrà che essere fatta in un unico senso, cioè quello che presenta con evidenza carattere di asserito pregiudizio.

partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare ⁽²¹⁾.

Ciò che appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione, è stato affermato, è non soltanto il fatto che le clausole della *lex specialis* manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, in tali casi configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo o ricognitivo di una lesione già prodotta ⁽²²⁾.

Così, è stata affermata, per restare alla giurisprudenza più recente, la non immediata impugnabilità:

- di criterii idonei, per la loro genericità, a lasciare alla Commissione giudicatrice un margine eccessivo di discrezionalità non sindacabile ⁽²³⁾;
- di una clausola di “*lex specialis*”, per effetto della quale l’impresa potrebbe trovarsi in una situazione che potrebbe essere soltanto penalizzante, ossia eventualmente e meramente pregiudizievole ⁽²⁴⁾;
- di una clausola del bando che prevedeva la possibilità di subappaltare i lavori rientranti in una determinata categoria ⁽²⁵⁾;
- di clausole del bando afferenti alle modalità di calcolo dei punteggi economici ⁽²⁶⁾;
- della disposizione recante la concreta determinazione del prezzo a base d’asta di una determinata voce posta a base di gara ⁽²⁷⁾;

²¹ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3203; 8 aprile 2014, n. 1665; III, 15/09/2014, numero 4698, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014.

²² Cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 3 marzo 2014, n. 959; V, 24 ottobre 2013, n. 5155; Cons. Stato, III, 16 ottobre 2013, n. 5035; Consiglio di Stato, sez. III, 01/08/2014, numero 4067, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014.

²³ Cons. St., III, n. 4067/14, cit.

²⁴ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22/07/2014, numero 444, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 15 settembre.

²⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 30/06/2014, numero 1646, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014, 6, 228.

²⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 25/06/2014, numero 3203, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014, 6, 109.

- di prescrizioni del bando di concorso concernenti la valutazione dei titoli e l'attribuzione dei punteggi ⁽²⁸⁾.

A fronte, tuttavia, di questo più che decennale e granitico orientamento, si sono levate in seno alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato voci critiche, trasfuse in ben tre ordinanze di rimessione all'Adunanza Plenaria (n. 351 del 2011, n. 2633 del 2012 e n. 634 del 2013, tutte della VI Sezione), che contestano in radice la stessa possibilità (in termini di difetto di legittimazione) di impugnazione *ex post* del bando da parte di chi ha partecipato alla gara.

In tutte le citate ordinanze si osserva in sintesi che:

- la limitazione dell'immediata impugnabilità alle sole cause escludenti non ha prodotto l'effetto atteso di deflazione del contenzioso;
- i principi di buona fede e affidamento di cui agli articoli 1337 e 1338 c.c. comportano per le imprese partecipanti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale, in linea, inoltre, con la *ratio* ispiratrice dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici che richiede l'informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale;
- si dovrebbe quindi affermare l'obbligo delle imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica di impugnare entro gli ordinari termini di decadenza qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima, il che risulterebbe conforme al nuovo orientamento definito con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 (in quanto volto al superamento di indirizzi giurisprudenziali che finiscono per determinare una "litigiosità esasperata" senza garantire l'interesse primario di ciascun concorrente all'aggiudicazione dell'appalto, rendendo gravosa l'esecuzione delle opere pubbliche), in linea con i principii regolatori dell'impugnativa di atti amministrativi generali

²⁷ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 18/06/2014, numero 969, in *Foro Amministrativo* (II), 2014, 6, 1846.

²⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11/06/2014, numero 6237, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014.

destinati alla cura di interessi pubblici nei confronti di destinatari indeterminati ma determinabili (poiché, con la domanda di partecipazione alla gara, i concorrenti divengono titolari di una situazione soggettiva di interesse legittimo corrispondente all'esercizio di un potere soggetto al principio di legalità e, perciò, di un interesse protetto al corretto svolgimento della procedura che è leso per effetto di qualsiasi vizio del bando, da impugnare quindi in termini, eliminando l'incertezza di eventuali impugnative per garantire l'interesse pubblico all'efficienza e all'efficacia dell'azione amministrativa), coerente, infine, con i principi affermati in sede comunitaria, per i quali l'effettività della tutela è assicurata anche dalla massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica sul piano sostanziale o procedurale (cfr. direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, con particolare riguardo al punto 25 del preambolo della prima).

Orbene, tutte le ordinanze di rimessione si sono risolte in un “non liquet” della Adunanza Plenaria per difetto di rilevanza della questione nei singoli casi di specie, senza peraltro che l'Adunanza stessa abbia ritenuto di affrontare comunque la questione “nell'interesse della legge”, come pure previsto dall'art. 99, comma 5, c.p.a.

Il punto resta dunque aperto al dibattito, anche dottrinale.

Di certo, sul piano squisitamente giuridico-processuale, la questione centrale resta quella della individuazione del momento in cui la norma agendi è suscettibile di ledere la posizione dell'aspirante partecipante, mentre sul piano della politica del diritto, cui pure sembrano attente le stesse ordinanze di rimessione, il nodo da sciogliere pare quello della sostenibilità da parte del sistema di una prevedibile messe di ricorsi tuzioristicamente proposti avverso le disposizioni di gara indipendentemente dal concreto atteggiarsi del successivo svolgimento dei relativi procedimenti.