amministrativ@mente
Numero 10 – Ottobre 2009

Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'appalto di servizi. Non sussiste l'obbligo per la Stazione Appaltante di indicare i subcriteri. (Nota a Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 5668 del 23 settembre 2009).

DI ALESSANDRO MANNOCCHI

SOMMARIO: 1. Premessa 2. L'interpretazione dell'art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. 3. La motivazione e la prova di resistenza. 4. Ancora sulla tardività del ricorso.

1. *Premessa.*

In uno dei precedenti numeri[1], si era commentata in senso assai critico la sentenza n. 82/2009 del T.A.R. Lazio, dove i giudici amministrativi avevano assunto un'interpretazione dell'art. 83, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163[2], che non aveva mancato di suscitare numerose perplessità.

Otto mesi dopo, il Consiglio di Stato ribalta la situazione, fornendo interessanti spunti di riflessione su una materia, la fissazione dei criteri di valutazione nelle offerte in gara, che è una delle più accanitamente dibattuta fra gli operatori del settore.

Sembra opportuno, innanzitutto, compendiare i fatti salienti del giudizio[3].

La Fondazione A., che si occupa dell'organizzazione di eventi musicali, aveva indetto una gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, per l'affidamento del proprio servizio di biglietteria.

La classifica finale della procedura vedeva aggiudicataria la L. S.p.A. (punti 99/100), ed alle spalle la T. S.p.A. (77/100 punti).

---

[1] Si veda Amministrativ@mente, n. 3, marzo 2009.

[2] La sentenza ha esaminato la versione previgente rispetto alle modifiche introdotte dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152. Il testo dell'art. 83, 4° comma, prima dell'entrate in vigore del terzo correttivo, recitava: "*Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribure a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando*". L'ultimo periodo del comma è stato abrogato dal terzo correttivo.

[3] Per una ricostruzione più analitica della vicenda del primo grado, si consulti in numero di Amministrativ@mente richiamato *sub* nota 1.

Quest'ultima società impugnava l'intera procedura, deducendo nove motivi di ricorso.
In particolare, secondo la ricorrente la *lex specialis* di gara aveva previsto dei subcriteri, ma aveva omesso di indicare i relativi subpunteggi, in violazione del citato art. 83.
La Fondazione A., nel costituirsi in giudizio, eccepiva di non aver fissato nel bando alcun subcriterio. Evidenziava, inoltre, che la commissione di gara di fatto non aveva utilizzato nessun elemento più specifico rispetto alle voci previsti dalla legge di gara, sulle quali aveva fornito ampia motivazione.
In presenza di due tesi così radicalmente opposte, e trattandosi di questione ermeneutica, si ritiene necessario riportare lo stralcio del disciplinare di gara in contestazione fra le Parti:
"Punto 2. I concorrenti che intendono prendere parte alla procedura di gara dovranno essere in grado di garantire prestazioni a ciclo continuo 24 ore su 24 e per 365 giorni l'anno. In via esemplificativa e non esaustiva, il servizio dovrà prevedere:[….][4]".
Punto 3.B. […]caratteristiche e funzionalità del servizio […] sarà valutato tale profilo utilizzando come sub criteri gli elementi costitutivi del servizio che dovranno essere singolarmente individuati dal concorrente, così come indicativamente riportati al precedente punto 2 del bando. Punteggio massimo 30 punti".
Dopo aver disposto la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, il T.A.R. Lazio accoglieva il ricorso della T. S.p.A., ritenendo fondati il 1° e il 4° motivo di gravame.
Il Collegio in prime cure, quindi, faceva propria l'interpretazione del testo della lex specialis proposta dalla T. S.p.A.
L'utilizzo del termine "*sub criteri*", dunque, avrebbe significato che gli elementi indicati nel punto 2 del disciplinare erano veri e propri elementi di valutazione, tali da imporre l'indicazione di sub punteggi, omessi dal bando.
La Fondazione A. ha proposto appello di fronte al Consiglio di Stato, riproponendo le stesse argomentazioni disattese dal T.A.R.
I giudici di Palazzo Spada hanno, come poc'anzi anticipato, rovesciato l'impugnata pronuncia e fornito un'interpretazione dell'art. 83 che sembra maggiormente ragionevole. Ne vedremo oltre le motivazioni.

2. *L'interpretazione dell'art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.*

[4] Segue l'elenco di 23 distinte voci.

La questione dei criteri di valutazione dell'offerta implica necessariamente un'analisi dei limiti della discrezionalità della commissione di gara.
L'esigenza di *par condicio* fra i concorrenti e di trasparenza della procedura implica che tutti i partecipanti siano edotti in anticipo circa le modalità e i parametri con i quali la loro offerta sarà giudicata.
L'assunto è pacifico, ed è (in parte) soddisfatto dall'obbligo per le stazioni appaltanti di riportare nella *lex specialis* i criteri generali - ed i loro punteggi - secondo i quali le proposte dei partecipanti saranno esaminate dalla commissione di gara.
Tanto premesso, è possibile per l'amministrazione predisporre un'ulteriore specificazione.
L'art. 83 in esame, infatti, afferma che la committente, "*ove necessario*", indica nel bando gli eventuali subcriteri e, di conseguenza, i relativi subpunteggi.
La necessità della presenza di ulteriori elementi di specificazione è rimessa alla discrezionalità della committenza che, come nel caso in esame, ha pieno diritto di non prevedere subcriteri.
Tale impostazione, condivisa dal Consiglio di Stato, appare senz'altro conforme alla normativa attualmente vigente, ma è bene avvertire che questa soluzione contrasta con l'idea, che va facendosi strada nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza, che la commissione di gara abbia un ruolo meramente "notarile", e che goda di un ridottissimo spazio di margine discrezionale.
La controversia in commento ne è ottima testimonianza. Una voce che attribuisce 30 punti al concorrente, e non abbia ulteriori specificazioni, permette alla commissione di gara di decidere con una significativa larghezza, con un'attività che è ben lungi dall'automatica applicazione di punteggi predeterminati in sede di bando, come sembrerebbe aver voluto, invece, il Legislatore (quantomeno comunitario).
D'altro canto, la non obbligatorietà dei subcriteri, espressamente affermata dal Legislatore[5], implica che la suddetta scelta sia pienamente legittima.
La giurisprudenza, fin qui, non aveva fornito indicazioni decisive in tal senso. Ci si è, infatti, occupati piuttosto del potere della commissione di gara di inserire elementi di specificazione ai criteri inseriti nel bando. Tale possibilità, sulla quale si sono registrate numerose oscillazioni, è attualmente del tutto esclusa.
La recente Corte di Giustizia Europea[6], ha chiarito senza alcun margine di dubbio

[5] Su questo punto è utile riportare un inequivocabile passaggio della sentenza in commento: E' evidente come il legislatore abbia previsto l'indicazione da parte delle stazioni appaltanti anche di sub – criteri e sub – pesi (o punteggi) "ove necessario".
[6] Corte di Giustizia CE, Sez. I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06.

che un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione, che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti[7].

L'indicazione del giudice europeo è stata rapidamente recepita dal Legislatore nazionale, che nel terzo correttivo al Codice dei Contratti ha eliminato dal quarto comma dell'art. 83 il riferimento ai "*criteri motivazionali*"[8].

Anche il Consiglio di Stato, intervenendo in *subiecta materia*, ha affermato che deve essere l'Amministrazione nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e non già la Commissione giudicatrice ad enucleare le voci (ed anche le sottovoci) per valutare l'offerta, in modo tale che, già al momento di produzione delle loro offerte, i concorrenti siano a conoscenza dell'importanza attribuita anche alle sottovoci[9].

La tendenza, quindi, è di privare la commissione giudicatrice di qualsiasi tipo di potere interpretativo.

Ma non era stato in alcun modo chiarito fino a che punto il bando deve essere dettagliato o, in altre parole, quale sia la linea di demarcazione fra una legge di gara generica ed una specifica o, in altre parole, quando l'esigenza dei subcriteri sia indefettibile e quando, invece, l'amministrazione ne possa fare a meno.

La questione assume rilevanza non tanto per gli appalti di lavori e forniture, dove l'Amministrazione, pur con vari livelli di precisione, è di regola sempre in grado di determinare con certezza l'oggetto della prestazione e i suoi elementi significativi, quanto invece per gli appalti di servizi, ed in particolar modo quelli che hanno ad oggetto prestazioni complesse.

In quest'ultimo caso, non solo è quasi impossibile predeterminare ogni criterio, ma, anche ove in astratto possibile, ciò rischia di essere controproducente per l'Amministrazione, che si priverebbe della possibilità di ottenere dai concorrenti innovative soluzioni organizzative e tecniche sulla base della rispettive esperienze e competenze.

---

[7] Con ciò rivedendo la posizione espressa nel 2005, quando la medesima Corte aveva affermato che Nell'aggiudicazione dell'appalto di un servizio di trasporto terrestre all'offerta economicamente più vantaggiosa, non è in contrasto con gli art. 34 direttiva n. 93/38/Ce e 36 direttiva n. 92/50/Ce, l'integrazione da parte della commissione giudicatrice degli elementi tecnici ed economici tramite sub-elementi o sub-criteri ai fini dell'attribuzione del punteggio, a condizione che non siano modificati i criteri del bando di gara o dei capitolati d'oneri, che non sia influenzata la preparazione delle offerte e che non siano introdotte discriminazioni a danno dei concorrenti (Corte di Giustizia C.E., 24 novembre 2005, causa n. 331/04.

[8] Vedi nota 2.

[9] Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2008, n. 5849; Conforme T.A.R. Lombardia, nella sentenza n. 3, pronunciata dalla I sez. l'8 gennaio 2009, ha evidenziato che il bando di gara deve indicare all'origine eventuali sottocriteri di valutazione delle offerte.

La vicenda in esame è bene esemplificativa del problema perché, come detto, è difficile ipotizzare che una voce di 30 punti non sia suscettibile di ulteriore specificazione. Ma questo basta a comportare l'illegittimità della *lex specialis* di gara, anche ove si dimostri che la commissione non ha in effetti introdotto alcun ulteriore criterio?

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, risolve il problema spostando l'attenzione sulla concreta motivazione fornita dalla commissione di gara.

Per prima cosa, il Supremo Consesso amministrativo esamina il contenuto del bando e, ponendo fine alla disputa insorta fra le Parti, precisa che gli elementi indicati nel disciplinare non potevano essere qualificati come "*subcriteri*".

Secondo il Collegio di secondo grado, "*[…] benché tale indicazione è estremamente dettagliata, la espressa previsione della natura meramente esemplificativa delle voci conduce ad escludere che si tratti di veri sub–criteri e a ritenere che il termine sia stato utilizzato in senso atecnico dal successivo punto 3.B dello stesso Disciplinare […]*".

Premesso questo, ecco il passaggio di maggior interesse "*[…] La Commissione ha poi applicato i criteri, senza in alcun modo integrarli ed ha ampiamente motivato le proprie valutazioni, rendendo percepibile l'iter logico seguito nel suo giudizio [….]*".

In buona sostanza, il Consiglio di Stato ritiene che la discriminante, in questo caso, sia la motivazione della commissione. Non vi può essere illegittimità, né violazione di principi comunitari, laddove la commissione giudicatrice abbia fornito una motivazione esaustiva che sia esente da vizi logici o procedurali.

Stabilire questo è affermare la centralità del ruolo della commissione di gara, come organo dotato di potere discrezionale nel valutare le offerte. La garanzia per i concorrenti, ma più in generale per i cittadini e per la regolarità delle gara, riposa non nell'automatica (e, si potrebbe dire, robotica) applicazione di un complesso di parametri predeterminati in modo capillare, bensì nell'onere di motivazione.

Al giudice amministrativo, poi, spetta il potere/dovere di verificare se tale procedimento si sia svolto secondo logica.

Ad avviso di chi scrive questa impostazione, in assenza di un'espressa indicazione del Legislatore, ed anzi rilevando che lo stesso art.83 precisa "*ove necessario*", è pienamente condivisibile. Ma è ovvio che il dibattito sull'argomento è ben lontano dall'essere chiuso.

3. *La motivazione e la prova di resistenza.*

Come sopra illustrato, il Consiglio di Stato focalizza il nodo della vicenda nella motivazione fornita dalla commissione di gara.

In primo grado questo aspetto era stato tralasciato, poiché il T.A.R. aveva ritenuto

illegittimo in radice il disciplinare di gara, assorbendo con questo gli altri motivi di ricorso.

"*Il problema si sposta*" – afferma la sentenza in commento – "*[….] sulla adeguatezza della motivazione […] Tale profilo non attiene alla legittimità delle clausole del bando, ma alla applicazione delle stesse, contestata con i motivi assorbiti in primo grado e riproposti in appello […]*[10]".

Il Collegio di secondo grado rileva che, anche dove le doglianze delle T. S.p.A. fossero accolte, non sarebbero idonee a superare la c.d. prova di resistenza.

La prova di resistenza è un argomento difensivo molto utilizzato nelle controversie che hanno ad oggetto concorsi ed appalti pubblici, ed è, quindi, utile dedicarle un approfondimento.

Il concetto, di elaborazione giurisprudenziale, è stato ottimamente definito da un'ordinanza ormai risalente del T.A.R. Catania: "*nel processo amministrativo, il criterio inerente alla prova di resistenza prevede che debba ritenersi escluso l'interesse a far valere un motivo di ricorso, allorché l'accoglimento del motivo stesso non potrebbe comportare alcuna incidenza nel contenuto del provvedimento finale, con la conseguenza che alla parte ricorrente non potrebbe derivare alcun vantaggio sostanziale; pertanto, con riferimento all'impugnazione dei risultati di un concorso, si esclude che una censura possa esser presa in considerazione, qualora*

[10] T. S.p.A., in verità, ha presentato anche censure relative ad altri profili, tutte esaminate e disattese dal Collegio di secondo grado. Nessuna di esse riveste particolare interesse, ma per completezza se ne riporta qui di seguito un sintetico compendio: 1) il fatto che l'aggiudicataria avesse erroneamente inserito la cauzione nella busta contenente l'offerta è stato ritenuto irrilevante. I giudici hanno evidenziato che La censura è infondata, in quanto la *lex specialis* della procedura si limitava a sanzionare con l'esclusione l'offerta priva di idonea cauzione, e non anche la mera irregolarità consistente nell'inserimento in altra busta della cauzione. Peraltro, tale irregolarità non ha avuto alcuna conseguenza in base alla soluzione del problema individuata dalla Commissione (ammissione con riserva della L. sulla base della dichiarazione resa dal rappresentante di quest'ultima e rinvio della verifica della esistenza e idoneità della cauzione al momento di apertura dell'offerta economica); 2) E' inammissibile la censura volta a contestare il fatto che la L. aveva indicato zero in una delle voci di costo. Anche T. aveva fatto lo stesso, sicché il Consiglio di Stato ha rilevato la carenza di interesse; 3) le contestazioni di singoli elementi dell'offerta L. non sono idonee a porre in discussione la complessiva congruità dell'offerta stessa e ciò esime da uno specifico esame delle stesse; 4)l'offerta di L. non prevede alcun ricorso né al subappalto, né all'avvalimento, trattandosi di risorse interne di L., il cui solo costo è stato parametrato alle attività delle altre società del gruppo; 5)la presunta assenza di adeguata professionalità dei componenti della Commissione di gara è stata in modo del tutto generico solo ipotizzata da T., senza alcun concreto elemento a sostegno; 6) il tempo di durata della gara è stato in parte dovuto anche al contenzioso, relativo ad una esclusione di altro concorrente e, comunque, in alcun modo una presunta durata eccessiva, non riscontrabile peraltro nel caso di specie, può costituire un elemento invalidante l'esito della procedura.

risulti, in modo inconfutabile, che, in caso di accoglimento, il ricorrente non riuscirebbe a sopravanzare nessuno dei concorrenti dichiarati vincitori"[11].

L'applicazione di tale principio ha importanti risultati pratici. In materia elettorale, ad esempio, il Consiglio di Stato ha più volte affermato, anche in tempi recenti, che nel quadro di una giusta composizione tra l'esigenza di reintegrare la legittimità violata nel corso delle operazioni elettorali e quella di salvaguardare la volontà espressa dal corpo elettorale, il principio della prova di resistenza non consente di pronunciare l'annullamento dei voti in contestazione, se l'illegittimità denunciata al riguardo non abbia influito in concreto sui risultati elettorali, sicché l'eliminazione di tale illegittimità non determinerebbe alcuna modifica dei risultati medesimi[12].

Il mancato superamento della prova di resistenza ha come conseguenza, secondo il concorde orientamento giurisprudenziale, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse[13].

La ratio di tale impostazione è ben chiarita dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2167, dove si spiega che in materia di valutazione dell'interesse a ricorrere in occasione di controversie aventi ad oggetto selezioni pubbliche indette da una p.a. per la scelta del contraente, il giudice adito non può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva, le cui operazioni sono prospettate come illegittime, dovendo dichiarare inammissibile il gravame laddove all'esito di una apposita verifica a priori, che è potere-dovere del giudice stesso effettuare, risulti che la parte ricorrente non potrebbe in nessun caso risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso[14].

Il mezzo classico con il quale nel giudizio viene introdotta[15] la prova di resistenza è il ricorso incidentale, laddove il controinteressato[16] contesta il punteggio conseguito

---

[11] T.A.R. Sicilia, sez. Catania [ord.], sez. III, 21 dicembre 1999, n. 505.

[12] Tuttavia, tale regola non è utilizzabile quando le contestazioni riguardino gli aspetti generali delle operazioni elettorali quali, ad esempio, l'omessa sottoscrizione dei verbali di sezione, l'arbitraria chiusura della sezione elettorale, l'irregolarità della scheda ecc. ecc. Così in Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 2008, n. 1977. Per lo stesso principio, si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1215. Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6626.

[13] Consiglio di Stato, sez. IV, 6 settembre 2006, n. 5144.

[14] Ma fatta salva l'ipotesi della sussistenza di un interesse c.d. strumentale alla ripetizione dell'intera procedura concorsuale, che si assuma e risulti inficiata da un vizio, che la renda illegittima nel suo complesso. Vedi nota n. 17.

[15] Ciò per quanto la sentenza appena citata afferma che il controllo sulla "resistenza" debba essere eseguito d'ufficio. Ma è evidente che il giudice amministrativo, senza impugnazione specifica, non può sindacare profili che non sono stati portati alla sua attenzione. Ecco perché, quando sia in gioco l'ammissione stessa in gara del ricorrente principale, il ricorso incidentale è imprescindibile.

dal ricorrente principale (anche se vinci il ricorso hai mento punto di me) o più radicalmente l'ammissione stessa del ricorrente alla procedura (non avresti nemmeno dovuto partecipare)[17].
In casi come quello in esame, invece, la prova di resistenza è sollevata con una mera eccezione. La Fondazione A. ha sostenuto che anche se T. avesse conseguito il punteggio voluto, avrebbe comunque realizzato meno punto di L., giungendo, quindi, sempre seconda.
Ebbene, il Consiglio di Stato, esaminati i motivi di ricorso, conclude che nel complesso T. avrebbe potuto ottenere al massimo 17 punti in più e L. al massimo 3 punti in meno, ma tale ipotetica modifica del punteggio non sarebbe stata comunque idonea a mutare l'esito della gara, determinato – come già evidenziato – da un differenziale di 22 punti.
Tutte le censure inerenti l'attribuzione dei punteggi risultano, quindi, inammissibili per carenza di interesse.

4. *Ancora sulla tardività del ricorso.*
Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sulla tardività del ricorso, ha confermato l'orientamento del T.A.R. di primo grado, richiamando la nota Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[18], secondo la quale la *lex specialis* di gara, normalmente impugnabile con l'atto applicativo, deve tuttavia considerarsi immediatamente impugnabili allorché contengano clausole che impediscono l'ammissione dell'interessato alla selezione[19]. Ciò significa che il concorrente che si assuma leso

---

[16] Per la resistente, un ricorso incidentale è nella quasi totalità dei casi un controsenso, potendo essa annullare in autotutela atti dei quali abbia (anche in via postuma) rilevato l'illegittimità senza bisogno di ricorrere al T.A.R.
[17] La differenza fra le due posizioni è significativa, perché influisce sull'ordine di esame dei ricorsi da parte del giudice amministrativo. Contrariamente alla regola generale, infatti, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale nel caso che formi oggetto di censura la stessa ammissione della ricorrente principale alla gara. Infatti, se in quest'ordine il gravame incidentale è accolto, quello principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo all'impresa originaria ricorrente. Ciò salvo che residui al ricorrente principale un interesse, sia pure strumentale, di veder accolto il proprio gravame anche nell'ipotesi di fondatezza di quello incidentale. Caso che si verifica, ad esempio, quando i concorrenti in gara siano soltanto due: l'eventuale esclusione di uno di essi, determinata dall'accoglimento di uno dei contrapposti gravami, non fa venir meno l'interesse dell'altro all'esame del primo motivo del ricorso proposto, che, se accolto, determinerebbe la rinnovazione dell'intera procedura, con un'ulteriore *chance* di aggiudicazione, dal momento che si potrebbero rimuovere, nella nuova offerta, le illegittimità riscontrate in quella originaria. (Consiglio Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11).
[18] Consiglio di Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n. 1.
[19] In tale ipotesi, infatti, dette clausole, precludendo esse stesse la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appaiono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale nella

ha l'onere di impugnare tempestivamente solo le clausole che indicano i requisiti c.d. soggettivi di partecipazione, poiché ostano alla partecipazione alla gara[20], potendo invece attendere di verificare la lesività delle altre prescrizioni del bando all'esito della procedura.

Nel commento alla sentenza n. 82/2009 si erano già espresse considerazioni critiche circa questo orientamento che, pur nella consapevolezza di sostenere una tesi del tutto minoritaria, devono essere qui ribadite.

Il Consiglio di Stato, come il T.A.R. prima di esso, ha ignorato il fatto che il ricorrente T. aveva affermato chiaramente che la lamentata indeterminatezza dei criteri indicati nella *lex specialis* gli aveva impedito di formulare un'offerta adeguata.

Chi scrive ritiene che in questo caso vi sia un'immediata lesione, con il conseguente onere di altrettanto immediata impugnazione.

Confortano questi tesi alcuni precedenti dello stesso Consiglio di Stato che aveva affermato, due anni prima della ricordata Adunanza Plenaria, aveva affermato che sussiste l'onere di impugnare immediatamente il bando di gara nel caso di clausole asseritamente irragionevoli, tali da non consentire la formulazione dell'offerta, dal momento che le prescrizioni ivi previste rendono effettivamente impossibile quel calcolo di convenienza tecnica ed economica che ogni impresa deve essere in condizione di potere effettuare all'atto in cui valuta se partecipare o non ad una gara pubblica; in detta categoria rientrano tutte le prescrizioni che, producendo effetti distorsivi della concorrenza, incidono sulla sfera giuridica del soggetto economico che partecipa alla gara in un momento precedente quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa; sussiste infine un onere di immediata impugnativa nel caso di clausole del bando relative ai criteri per la scelta del contraente ed al *modus operandi* fissato per il funzionamento della commissione

---

situazione soggettiva dell'interessato ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all'impugnazione, dal momento che questo sorge al momento della lesione (Cons. Stato, A.P. cit.).

[20] Consiglio di Stato, sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7295; Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2006, n. 2023; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7620; T.A.R. Liguria, sez. I, 7 novembre 2006, n. 1468; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 3 novembre 2006, n. 2872. Va segnalato che non sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando che definiscono gli oneri formali di partecipazione alla procedura - tra cui le modalità di presentazione delle domande di partecipazione - atteso che dette clausole non sono assimilabili a quelle che, definendo requisiti soggettivi di partecipazione, sono invece tradizionalmente considerate immediatamente impugnabili (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3424). E' stato anche affermato che non è necessaria l'impugnazione immediata delle clausole dei bandi di gara che, pur dovendo considerarsi immediatamente lesive per il loro effetto inibente della partecipazione di determinate imprese, non risultano a tal fine univocamente chiare e vincolanti, sì da consentire interpretazioni diverse obiettivamente non temerarie (T.A.R. Lazio, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630).

aggiudicatrice; in tali casi, la lesione della posizione di interesse dell'impresa è immediata, afferendo alla stessa condizione di partecipazione alla gara, ed alla libertà di scelta in ordine alle determinazioni negoziali assunte dal soggetto economico nell'ambito del procedimento di individuazione del contraente privato[21].
Si insiste nel ritenere che queste isolate posizioni siano maggiormente rispettose dell'esigenza di buon andamento dell'azione amministrativa, poiché non sembra conforme a logica non onerare il concorrente di impugnare un bando che stabilisce criteri irragionevoli dei quali egli abbia immediata percezione, dandogli invece la possibilità di attendere l'esito della procedura e di fare ricorso proprio sul presupposto che tale irragionevolezza gli avrebbe impedito di formulare un'offerta competitiva.
Se i criteri sono irragionevoli e/o illegittimi, meglio che siano corretti prima della procedura, non dopo, con un'inutile aggravio di costi per l'amministrazione e, dunque, per la collettività.

[21] Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2001, n. 2645; Consiglio di Stato, sez. V, 17 febbraio 2003, n. 831. Nel 2005, invece, sempre il Supremo Consesso amministrativo aveva stabilito che, ove il ricorrente censuri i criteri di valutazione nel loro complesso, sussiste l'onere di immediata impugnazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6773).