amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Chiara Magrì, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La legittimazione ad impugnare il bando in capo all'impresa che non partecipa alla gara. Prospettive di ampliamento intorno alle clausole che impediscono di formulare l'offerta

di Fortunato Gambardella[1]

Sommario

1. L'orientamento tradizionale del giudice amministrativo sulla partecipazione alla gara come presupposto della legittimazione a ricorrere. Profili di criticità. – 2. La posizione "implicita" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2003 e le prime aperture consapevoli della giurisprudenza amministrativa. – 3. La soluzione dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011: l'estensione della legittimazione a ricorrere in casi tassativi. – 4. Verso l'ampliamento delle ipotesi tassative di legittimazione a ricorrere indipendente dalla partecipazione alla gara? Spunti dalla recente giurisprudenza amministrativa.

ABSTRACT

Il contributo, ricostruito l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, a più riprese ribadito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che circoscrive rigidamente la legittimazione ad impugnare il bando di gara da parte di imprese non partecipanti alla gara, riflette sulle prospettive di ampliamento delle ipotesi tassative già individuate, anche alla luce di alcuni indirizzi che sembrano emergere dalla più recente giurisprudenza di prime cure.

[1] Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università "L. Vanvitelli" di Napoli. Il presente lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

1. L'orientamento tradizionale del giudice amministrativo sulla partecipazione alla gara come presupposto della legittimazione a ricorrere. Profili di criticità

La questione della legittimazione ad agire in giudizio attiene, come è noto, al profilo della titolarità del diritto di azione che, in un sistema di giurisdizione soggettiva, qual è il nostro, spetta soltanto al soggetto giuridico portatore dell'interesse sostanziale sul quale incide il provvedimento amministrativo.

Questo aspetto, quando si tratti di impugnare bandi di gara, postula la necessità di individuare la situazione soggettiva che autorizza il ricorso[2], lungo una traccia che l'orientamento giurisprudenziale tradizionale sviluppa nel senso di qualificare, come elemento che esclude la legittimazione all'impugnativa, la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla procedura competitiva[3].

La partecipazione alla procedura di gara, nei ragionamenti dei giudici, è infatti individuata quale presupposto di qualificazione e differenziazione dell'interesse ad impugnare, in quanto fattispecie tale da porre l'operatore economico in posizione giuridica differenziata rispetto alle altre imprese presenti sul mercato.

La partecipazione alla gara rappresenterebbe, pertanto, lo strumento per incardinare, in capo all'impresa, un interesse legittimo che le consenta di provocare il sindacato di legittimità sulle clausole della *lex specialis*, laddove, nel difetto della presentazione della domanda, l'impresa si troverebbe nella posizione del *quivis de populo*, sprovvista di un interesse qualificato ai fini della contestazione delle decisioni assunte dalla stazione appaltante nelle fasi dell'evidenza pubblica.

L'orientamento appena ricostruito, nel radicare la legittimazione all'impugnazione in capo al solo non aggiudicatario, appare ispirato, senza dubbio, anche da intenti di deflazione del contenzioso in materia di appalti[4], per quanto, alla prova dei fatti, sovente siano risultati illusori "a fronte di incontestabili costi aggiuntivi per la p.a. costretta a impegnativi e lunghi rinnovi procedimentali"[5].

In disparte, in ogni caso, le considerazione sulla idoneità dell'impostazione rispetto all'auspicabile ambizione deflattiva del contenziosi, i più rilevanti profili di criticità del tradizionale orientamento giurisprudenziale sono stati isolati sia nella prospettiva del diritto interno che dell'ordinamento europeo.

Sotto il primo profilo, in particolare, è stato, infatti segnalato il possibile contrasto con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, a rischio di compromissione per effetto della decadenza dalla possibilità di esercitare il diritto di difesa, ai sensi dell'art 24 Cost., come conseguenza della dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità del ricorso[6]. Ulteriori ostacoli

---

[2] A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 423, sottolinea che "l'oggetto del giudizio, nel caso del contenzioso sui contratti pubblici, non può essere la gara in sé, ma soltanto la gara in relazione alla pretesa che la parte fa valere in giudizio: è infatti questa pretesa che permette alla realtà sostanziale di entrare in quella processuale, ed è in relazione ad essa che il sindacato giurisdizionale deve rapportarsi".

[3] F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 3, 527; G. MARI, *Domanda di partecipazione alla gara come presupposto per l'impugnazione del bando ed effetti dell'invalidità degli atti di gara sul contratto stipulato e in corso di esecuzione*, in *Giust. civ.*, 2002, 3, 828; D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 693.

[4] La Relazione A.N.M.A, *Stato e prospettive del contenzioso sugli appalti 2015* rivela che il contenzioso relativo alle procedure di appalto pesa per circa il 9% del totale del contenzioso amministrativo di primo grado e per circa il 17% del totale del contenzioso in appello".

[5] Così, Cons. St, sez. VI, ord., 18 gennaio 2011, n. 351, in *www.giustamm.it*.

[6] D. VAIANO, *op. ult. cit.*, 696-697, il quale sottolinea che "la dichiarazione dell'inammissibilità o dell'improcedibilità di

di ordine costituzionale sono poi evidenziati da quelle linee giurisprudenziali che, nella prospettiva di estendere le maglie della legittimazione ad agire, enfatizzano ruolo e portata dell'art. 41 della Carta fondamentale sulla libertà di iniziativa economica privata, il cui esercizio sembrerebbe trovare una contraddizione nella soluzione che nega l'impugnativa a soggetti che, per quanto lesi in via diretta da bando di gara, non abbiano adempiuto all'onere formale di presentazione di una domanda che, con ogni probabilità, sarebbe stata respinta[7].

Il profilo delle criticità sembra poi consolidarsi nella prospettiva del rispetto dei principi del diritto europeo in materia di contratti pubblici, in relazione, in particolare, alla generale operatività del canone comunitario della massima concorrenza, in un solco che trova peraltro specifici riferimento nella giurisprudenza sovranazionale. Il riferimento è all'indirizzo, sviluppato del giudice europeo in sede di interpretazione delle direttive comunitarie del 2004 in materia di appalti[8], secondo cui, qualora un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza nel bando di specifiche che ritiene discriminatorie, e comunque ostacolanti la possibilità di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, la stessa mantiene il diritto di presentare ricorso direttamente avverso tali specifiche, prima ancora che si perfezioni la procedura di aggiudicazione[9].

2. La posizione "implicita" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2003 e le prime aperture consapevoli della giurisprudenza amministrativa.

I segnalati profili di criticità incontravano, peraltro, qualche sponda in sporadiche prese di posizione della giurisprudenza amministrativa anteriore all'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003[10]. Alcune decisioni evidenziavano, infatti, l'unitile formalismo[11] giuridico della presentazione della domanda di partecipazione ai fini della proposizione del ricorso come inconciliabile sia con il principio della tutela delle posizioni qualificate e diversificate, sia con il canone di economia del giudizio[12]. Altre, invece, ne limitavano l'ambito di incidenza, nel senso di escludere l'onere tutte le volte in cui l'impugnativa venisse da un

un ricorso giurisdizionale, avendo l'effetto di assolvere il giudice dal compito di decidere nel merito sulla fondatezza di una (eventualmente) legittima pretesa fatta valere in giudizio, costituiscono modalità di conclusione di un processo con sentenze preliminari di rito che nella sostanza impediscono a colui che afferma di trovarsi in una posizione soggettiva protetta dal diritto di ottenere dagli organi della giurisdizione quella tutela che gli spetta secondo la legge (ovvero, meglio, di verificare nel processo tale spettanza). Il ricorso ad esse dovrebbe pertanto essere rigorosamente limitato – si crede – a quelle sole ipotesi nelle quali possa ritenersi che venga ragionevolmente ad operare una sanzione imposta dalla necessità di contemperare le esigenze di tutela manifestate da chi ricorre in sede giurisdizionale con altre, pur esse rilevanti, quali quelle sottese al principio dell'inoppugnabilità degli atti amministrativi e della certezza del diritto che la giustificano".

[7] T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 18 aprile 2002, n. 2206, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1348.

[8] Si rinvia a L. IEVA, *Sull'interesse ad agire negli appalti pubblici nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2007, 2, 210.

[9] CGCE, sez. VI, 12 febbraio 2004, n. 230, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 383. Sul punto, G. CREPALDI, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 285.

[10] In direzione, invece, dell'orientamento tradizionale, nella giurisprudenza antecedente l'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003: Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2003, n. 242, *in Cons. Stato*, 2003, I, 78; Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2002, n. 7277, in *Foro amm. CDS*, 2002, 12, 3149; Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2002, n. 2173, in *Foro amm. CDS*, 2002, I, 976; Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, in *Cons. Stato*, 2002, I, 93; Cons. St., 3 gennaio 2002, n. 6, in *Foro amm. CDS*, 2002, 79; Cons. St., sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1378; Cons. St., sez. V, 3 aprile 2000, n. 1909, in *Foro Amm.*, 2000, 1271; Cons. St., 4 novembre 1996, n. 1309, in *Giur. It.*, 1997, III, 1, 142.

[11] Sul formalismo della giurisprudenza in materia di aggiudicazione delle commesse pubbliche, M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 80 e seguenti.

[12] T.A.R. Sicilia – Catania, sez. I, 28 novembre 1998, n. 2112, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

soggetto che agisse a tutela di una posizione di vantaggio maturata in una precedente gara, annullata dalla stazione appaltante[13].

Nondimeno, le riflessioni critiche, sia di giurisprudenza che di dottrina, non hanno condizionato le scelte dell'Adunanza Plenaria che, con la sentenza n. 1 del 2003, pur nell'ambito di una decisione che ruotava intorno alla diversa questione dell'interesse a ricorrere nella gare d'appalto e, quindi, del tempo dell'impugnazione del bando, ha sostanzialmente glissato sul punto.

Eppure, nel silenzio della Plenaria, è sembrato ad alcuno come il ragionamento di fondo svolto dai giudici di Palazzo Spada potesse, in qualche modo, offrire un sostegno nel senso della rivisitazione del consolidato indirizzo sulla doverosa partecipazione alla gara come condizione di legittimazione all'azione giudiziaria[14]. Se il punto di partenza evidenziava la regola per cui solo l'atto applicativo (e non il bando) consente al concorrente di percepire una lesione del proprio interesse materiale, tale da consolidare l'interesse a ricorrere, mentre l'eccezione, che consente l'impugnativa immediata, discende dalle clausole escludenti la partecipazione, idonee a determinare una percezione diretta della lesione, il ragionamento ben poteva finire per spiegare effetti concreti anche sulla problematica della necessaria partecipazione alla gara. Così "*di regola*, la lesione non si produce che con l'atto applicativo (di esclusione, di diniego di aggiudicazione): *ed è allora*, *di regola*, evidentemente *necessaria la partecipazione*; in via di *eccezione* la lesione si produce immediatamente per la presenza di clausole che precludono la partecipazione: *ma in questi casi non è allora*, altrettanto evidentemente, *necessaria* (oltre che in alcun modo utile) *la partecipazione*"[15].

Una linea interpretativa che, peraltro, ha incontrato applicazioni in giurisprudenza, laddove si è sottolineato come l'impugnativa del bando ad opera di imprese non partecipanti potesse ammettersi in tutti quei casi in cui la *lex specialis* concretizzi, per l'appunto, una lesività immediata sul piano della mera partecipazione alla procedura[16].

Nella medesima direzione della irrilevanza della partecipazione come presupposto per il riconoscimento della legittimazione ad agire, la già sottolineata enfatizzazione del dogma comunitario della concorrenza (e una dose di buon senso) ha poi animato quei settori della giuri-

[13] T.A.R. Puglia – Bari, sez. I, 4 agosto 1999, n. 1009, in *Ragiusan*, 2000, 188, 158. Sul punto si rinvia ampiamente a F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 529, che fa riferimento, oltre a quelle già riferite, a una risalente decisione nella quale si riconosce la legittimazione all'impugnazione del bando nei confronti di un'impresa che non aveva partecipato alla gara per negligenza della stazione appaltante nel dare pubblicità alla procedura (T.A.R. Emilia Romagna – Parma, 5 giugno 1989, n. 211, in *Foro Amm.*, 1989, 3118).

[14] D. VAIANO, *op. ult. cit.*, 703.

[15] D. VAIANO, *op. ult. cit.*, 703.

[16] Segnatamente, rilevava T.A.R. Puglia – Lecce, sez. II, 14 aprile 2005, n. 2227, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, 2151, con nota di S. DE PAOLIS, *L'impugnativa del bando di gara e la presentazione della domanda di partecipazione: una soluzione legata alla qualificazione delle clausole della lex specialis*, "ciò comporterà che la verifica dell'ammissibilità dell'impugnativa del bando di gara da parte di impresa non partecipante andrà effettuata dal giudice esaminando il caso concreto, mediante la verifica della concreta possibilità del bando di gara di incidere sulla posizione del potenziale partecipante il cui interesse manifesta attualità e concretezza, differenziandosi rispetto al *quisque de populo*, allorché il bando, del tutto irragionevolmente ed illegittimamente ne impedisca la partecipazione". La stessa soluzione è sviluppata da T.A.R. Lombardia – Milano, sez. I, 31 luglio 2006, n. 1895, in *Urb. e app.*, 2007, 3, 375, con nota di A. CANCRINI, *Impugnazione diretta delle clausole impossibili*. In quest'ultima decisione, in particolare, si legge che "nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa delle disposizioni e di specifiche della *lex* di gara che asserisce discriminatorie, ovvero, tali da impedire l'utile presentazione dell'offerta, in quanto costituenti clausole impossibili, sussiste l'interesse a presentare ricorso direttamente avverso tali disposizioni – a prescindere dalla mancata presentazione della domanda – posto che l'impugnativa ha proprio interesse ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva e di presentare ricorso direttamente avverso tali clausole".

sprudenza che ribadivano come i principi desumibili dalle norme comunitarie fossero nel senso di intendere l'interesse degli operatori economici a prendere parte alle gare di rilievo talmente incisivo da doversene ammettere la tutela anticipata, avverso il bando di gara, anche nel difetto della presentazione dell'offerta, almeno quando le clausole della *lex specialis* siano talmente chiare nel prevedere l'esclusione dell'aspirante, sulla base dei requisiti di partecipazione richiesti, da rendere inutile ed antieconomico esigere la previa qualificazione mediante la presentazione dell'offerta, corrispondendo la stessa ad un adempimento, sovente, particolarmente oneroso[17].

Una traiettoria che peraltro, e continuando a ragionare sui canoni di elaborazione comunitaria[18], finiva fatalmente per valorizzare il rilievo del principio di effettività[19] della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario. Tale principio trova, come è noto, esplicazione evidente nella materia dei contratti pubblici, postulando una tutela piena[20] nei confronti dei ricorrenti e strutturata sul modello del "giusto processo"[21], tale da sembrare suggerire un ri-

[17] Cons. St., sez. V. 10 ottobre 2006, n. 6026, in *Urb. e app.*, 2007, 2, 208, con nota di L. IEVA, *op.ult.cit.*, il quale sottolinea il carattere inutile e superfluo "della elaborazione di una proposta contrattuale che, in materia di appalti pubblici, può implicare la redazioni documenti assai complessi ed il coinvolgimento di una pluralità di professionalità e di consulenti, che evidentemente causano costi notevoli per l'impresa, qualora sia probabile, per lo stesso tenore del testo del bando di appalto, che non sussistono (illegittimamente) i richiesti requisiti in campo alla impresa in questione". Nel medesimo senso già G. MARI, *Domanda di partecipazione alla gara come presupposto per l'impugnazione del bando*, cit., 830. Di diverso segno, ma comunque nella prospettiva di estendere la legittimazione ad agire a vantaggio dell'impresa che non abbia partecipato alla gara, T.A.R. Umbria – Perugia, sez. I, 7 giugno 2008, n. 247, in *Urb. e app.*, 2008, 10, con nota di D. GENTILE, *Impugnazione diretta del bando per incongruità dei prezzi unitari*, relativa ad ipotesi in cui la *lex specialis* non consenta all'impresa di presentare un'offerta ammissibile, poiché i prezzi unitari ivi contemplati non risultano congrui in quanto non rispecchiano i costi di produzione. Contra T.A.R. Puglia – Bari, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1403, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1874, secondo cui è inammissibile il ricorso proposto da una ditta che non abbia presentato domanda di partecipazione, avverso un bando di gara del quale contesta il contenuto con riguardo ad un elemento oggettivo qual è il valore economico dell'appalto, di cui assume l'eccessivo scostamento dai prezzi correnti di mercato e l'omesso aggiornamento del prezziario dei lavori pubblici.

[18] Si rinvia sul punto a M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 436 e seguenti.

[19] In argomento si rinvia a G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività dell'ordinamento razionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 277; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 3, 694; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 499; E. PICOZZA, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, 2, 187; G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 797. Con particolare riguardo alla materia dei contratti pubblici, G. TERRACCIANO, *Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 11, 3791; M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici*, Milano, 1997. In senso critico, sull'evoluzione del processo amministrativo in materia di appalti, in contrasto con le esigenze di effettività della tutela, M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *Giust. amm.*, 2009, 1, 359. Sulle interazioni tra sistema amministrativo comunitario e sistemi amministrativi nazionali, S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 5, 1135.

[20] Sul tema, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, voll. I e II, Padova, 2000; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.

[21] Per un approfondimento, F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 4, 1353; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, 499; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; G. LEONE, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, in *Dir.*

pensamento dell'indirizzo tradizionale sull'onere di presentazione della domanda come presupposto dell'impugnazione, stante il "dovere per i giudici nazionali di risolvere le questioni di accesso alla giustizia non comprimendo ingiustificatamente le possibilità di tutela del singolo di fronte ai pubblici poteri"[22].

3. La soluzione dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011: l'estensione della legittimazione a ricorrere in casi tassativi

Della necessità di individuare un percorso di composizione tra l'indirizzo restrittivo tradizionale e le riferite decisioni giurisdizionali di apertura si è fatta carico, in ogni caso l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4 del 2011. Il collegio, investito della questione interpretativa sull'ordine della trattazioni tra ricorso principale e incidentale nel processo amministrativo, ha provato a sciogliere anche la sciarada dell'onere di presentazione della domanda come presupposto legittimante del ricorso, attraverso un ragionamento che muove dalla constatazione dell'evoluzione dell'ordinamento processuale amministrativo nel senso del progressivo ampliamento della legittimazione al ricorso e lungo una linea di sviluppo che incontra terreno fertile anche nel campo delle controversie relative all'affidamento dei contratti pubblici. In questo settore, infatti, l'esigenza di tutela della concorrenza ha permesso all'elaborazione giurisprudenziale, come abbiamo visto, di individuare ipotesi ulteriori di legittimazione al ricorso, slegate dalla partecipazione ad una determinata procedura. Nondimeno, si legge nella decisione, "la portata di questo allargamento della legittimazione non è affatto indiscriminata e generalizzata, correlandosi, anzi, a puntuali presupposti normativi e a rigorose fattispecie".

Tali fattispecie sono puntualmente individuate dalla Plenaria e si articolano lungo tre direzioni: la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

Si tratta di deroghe che non mettono in discussione la regola generale della necessaria sussistenza di un interesse sostanziale qualificato e differenziato del ricorrente, perché in ciascuno dei casi segnalati è ravvisabile una qualificazione soggettiva di chi agisce in giudizio che vale a differenziarne la condizione dalla mera situazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all'indizione di una nuova gara. Così, l'impugnativa di chi contesta la decisione dell'amministrazione di indire una gara va valutata a seconda del caso concreto ed è predicabile solo in costanza di una posizione differenziata e meritevole di tutela in capo al ricorrente (titolare, ad esempio, di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato[23]). E il discorso appare ripetibile per la legittimazione del soggetto che impugni in via immediata le clausole escludenti del bando[24], sulla scorta del-

proc. amm., 2001, 3, 645; E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1061.

[22] S. DE PAOLIS, *op. ult. cit.*, 2163

[23] Ipotesi alla quale si potrebbe accostare quella di un'impresa ricorrente che abbia già superato una fase di prequalificazione nella procedura selettiva e, quindi, tale da presentare una posizione giuridicamente differenziata rispetto alla generalità degli operatori economici del settore. In questo senso, di recente, T.A.R. Toscana – Firenze, sez. II, 11 aprile 2012, n. 700, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. II, 6 maggio 2009, n. 419, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1587, rileva che, quando nel bando di gara non vi siano clausole che impediscono la partecipazione al concorrente, l'impugnazione da parte di colui che non ha presentato la domanda è inammissibile, in quanto non sarebbe possibile identificare un interesse

la soluzione giurisprudenziale sull'onere di tempestiva impugnazione di dette clausole e per l'attitudine delle stesse a determinare un pregiudizio certo, tale da rendere superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un atto esplicito di esclusione[25].

Differente la valutazione della Plenaria per quanto riguarda invece la legittimazione relativa alla contestazione degli affidamenti diretti, che trova giustificazione in un duplice ordine di ragioni: il "giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza" e la circostanza per cui, difettando una procedura selettiva, risulta tecnicamente impossibile collegare la legittimazione al ricorso alla partecipazione al procedimento.

Si tratta di una linea di apertura che trae evidentemente spunto da quella giurisprudenza che ha ragionato sulla legittimazione a impugnare in materia di trattativa privata[26] nel senso dell'estensione della stessa alle ditte non invitate dalla pubblica amministrazione alla procedura e operanti nel medesimo settore oggetto dell'appalto[27]. Più in generale, il riferimento è inoltre a decisioni più risalenti, sempre in tema di licitazione privata, che, nella medesima prospettiva, sottolineano l'esigenza di "ricercare nella oggettiva rilevanza sociale dell'interesse personale protetto la qualificazione normativa che rende lo stesso meritevole di tutela"[28]. In questa dimensione, la qualificazione dell'interesse dell'aspirante all'aggiudicazione rende quell'interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, in quanto "tale qualificazione deriva dalle norme costituzionali che garantiscono la libertà d'impresa e l'imparzialità della pubblica amministrazione e dalle norme ordinarie che delle prime fanno specifica applicazione"[29].

---

sostanziale separato dal "magma indistinto delle posizioni di altri possibili concorrenti". Ragionando diversamente "si finirebbe per consentire al *quisque de populo* di agire a tutela di un mero interesse semplice alla legalità, economicità e buon andamento dell'azione amministrativa".

[25] D'altro canto, sottolinea la sentenza, "la legittimazione spetta, in questo caso, non già a tutti gli imprenditori del settore, genericamente intesi, ma ai soli soggetti cui è impedita la partecipazione, in virtù di una specifica clausola escludente del bando". Nelle applicazioni giurisprudenziali successive alla Plenaria, T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Trieste, sez. I, 13 ottobre 2011, n. 438, in *Foro amm. TAR*, 2011, 10, 3087; Cons. St., sez. V., 20 aprile 2012, n. 2339, in *Foro amm. CDS*, 2012, 4, 958: "nel caso in cui le clausole del bando di gara pubblica siano *ex se* immediatamente lesive e tali da precludere la partecipazione alla procedura comparativa, la presentazione della domanda di partecipazione finisce con essere un adempimento inutile meramente formale cui seguirebbe l'estromissione dalla gara con appesantimento della tutela dell'interessato obbligato ad aspettare l'esclusione dalla gara, onde impugnare anche tale provvedimento; d'altro canto, non appare conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa e del diritto di libertà di iniziativa economica privata, nonché del principio di libera concorrenza, subordinare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso in via immediata da una clausola del bando che gli preclude la partecipazione alla gara, al mero formalismo della presentazione di una domanda che ne comporterebbe l'esclusione".

[26] L. CIMELLARO, *La legittimazione al ricorso nella trattativa privata: verso un superamento della tradizionale concezione dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, 110.

[27] Cons. St., sez. V., 22 marzo 1995, n. 454, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 11, 1067, con nota di V. DOMENICHELLI, *L'affidamento a trattativa privata e la tutela dei terzi*; Cons. St., sez. V., 10 aprile 2000, n. 2079, in *Cons. St.*, 2000, I, 923.

[28] F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 535-536, il quale rinvia sul punto a Cons. St., sez. V., 18 gennaio 1984, n. 49, in *Cons. Stato*, 1984, I, 40.

[29] *Ibidem*, 536, il quale distingue tra qualificazione dell'interesse protetto rilevante ai fini della legittimazione all'impugnazione e differenziazione dello stesso che pertiene all'interesse a ricorrere per concludere che "l'interesse vantato da colui che non ha potuto partecipare ad una gara perché il bando richiedeva a tal fine un requisito che lui non possedeva trova la sua qualificazione non già nella presentazione di un'inutile (in quanto scontatamente destinata al rigetto) domanda di partecipazione, che finirebbe per essere un fattore di legittimazione che qualunque soggetto potrebbe procurarsi artificiosamente, bensì precedentemente ed a prescindere da questa, nella rilevanza sociale riconosciutagli dall'ordinamento".

Del resto, è stato evidenziato come la posizione di un'impresa che impugni statuizioni del bando che impediscono la partecipazione nel difetto di presentazione della domanda di partecipazione alla gara non presenti elementi di distinzione rispetto alla posizione dell'impresa terza rispetto alla trattativa privata. Le accumuna l'impossibilità di concorrere con gli altri operatori economici appartenenti al medesimo settore, le accomuna il dato per cui invocano una tutela giurisdizionale per una situazione di fatto che assumono illegittima. Soprattutto "entrambe non godono di alcun altro profilo di differenziazione del proprio interesse che non sia quello discendente dall'operare nel settore economico-produttivo cui si riferisce il contratto pubblico"[30].

L'autorevole indirizzo dell'Adunanza Plenaria trova incidentale ma forte conferma anche nella sentenza n. 9 del 2014 del medesimo Collegio. La decisione, ancora una volta, si occupa della *querelle* introno all'ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale e, in quest'ottica, costituisce l'occasione per enucleare principi fondamentali sviluppati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di garanzie giurisdizionali nei processi aventi ad oggetto procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti.

In questo quadro, ogni dubbio di compatibilità comunitaria del nostrano e rigoroso regime di verifica delle condizioni dell'azione ai fini della proposizione dell'impugnativa viene superato lungo due piani. Il primo è quello dell'operatività del c.d. "principio di autonomia processuale nazionale"[31], che la Corte di giustizia ha fatto proprio, riservando agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, pur nei limiti del rispetto dei canoni di non discriminazione ed effettività della tutela. Il secondo riguarda, invece, la "cospicua esegesi"[32] sviluppata dalla Corte di Giustizia in relazione alle direttive in materia di garanzie processuali nei procedimenti giurisdizionali sugli appalti pubblici, attraverso la quale sarebbero stati affermati alcuni principi basilari del sistema di giustizia sull'evidenza pubblica. Tra questi, per quanto di nostro specifico interesse, trova posto la regola per cui "l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze"[33].

4. Verso l'ampliamento delle ipotesi tassative di legittimazione a ricorrere indipendente dalla partecipazione alla gara? Spunti dalla recente giurisprudenza amministrativa

Al di fuori delle riferite fattispecie tassative, nel ragionamento dei giudici di Palazzo Spada, continua a valere allora la regola della partecipazione[34] alla procedura come condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso[35]. Eppure sorprende che l'Adunanza plena-

[30] D. VAIANO, *op. ult. cit.*, 711.

[31] Vedi CGUE, 22 dicembre 2010, C507/08 Governo Slovacchia.

[32] *ex plurimis*, CGUE, sez. X, 4 luglio 2013, C100/12 Fastweb; sez. III, 20 settembre 2010, C314/09 Stadt Graz; 28 gennaio 2010, n. 406/08 Uniplex; sez. VI, 12 febbraio 2004, C230/02, Grossman; 19 giugno 2003, C249/01 Hackermuller; 27 febbraio 2003, C327/00 Santex.

[33] Fortemente critico rispetto all'impostazione seguita dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 10, 936, secondo il quale la stessa "si pone in chiaro contrasto con la dimensione oggettiva del processo europeizzato degli appalti, dove la legittimazione, in pratica, non è condizione di accessibilità alla giustizia, essendo assorbita nell'interesse ad agire".

[34] Di recente Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2016, n. 5113; T.A.R. Umbria – Perugia, sez. I, 2 settembre 2016, n. 593; T.A.R. Marche – Ancona, sez. I, 15 dicembre 2014, n. 1062. Tutte consultabili su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[35] Sul punto poi emergono i distinguo, nel senso che diventa fondamentale verificare i caratteri di detta partecipazione per affermare in concreto l'esistenza di una posizione sostanziale idonea a innescare il giudizio. Discriminante diventa allora, sottolineava ancora l'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, comprendere se, ai fini della legittimazione ad agire, "sia sufficiente il solo fatto storico della

ria, nell'assumere come valido il presupposto, di cui alla citata decisione n. 1 del 2003, dell'immediata lesività delle clausole escludenti del bando relative ai requisiti di qualificazione, per le quali si riconosce l'onere di immediata impugnazione e, quindi, anche la possibilità di impugnazione sganciata dalla domanda di partecipazione, non ne abbia poi tratto le medesime conseguenze con riguardo alle clausole che presentino oneri incomprensibili e sproporzionati. Queste clausole, infatti, impediscono anch'esse la partecipazione alla procedura competitiva e, per la medesima ragione, sono comunemente ritenute immediatamente impugnabili.

Se il ragionamento è sempre quello di un interesse sostanziale come conseguenza dell'immediata lesività della statuizione del regolamento di gara, la circostanza si ripete senza dubbio con riguardo alle clausole esorbitanti, irragionevoli e sproporzionate, come del resto evidenziano alcuni settori della giurisprudenza recente che, in rapporto alle clausole illegittime del bando che impediscono l'adeguata formulazione dell'offerta, ne enfatizzano il carattere di impedimento assoluto alla partecipazione alla gara per dedurne la possibilità di immediata impugnazione, anche indipendentemente dall'onere della presentazione della relativa domanda[36].

Qualche piccolo aggiustamento[37] rispetto alla rotta disegnata dalla Plenaria appare allora

iniziale partecipazione alla gara, indipendentemente dalla successiva esclusione, oppure dall'accertamento della sua illegittimità". Il punto è quello del rilievo da assegnare agli atti di esclusione non impugnati tempestivamente, come pure agli atti di ammissione rivelatisi illegittimi che impedirebbero di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva, stante il rilievo per cui "la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva". Nel medesimo senso, Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3422, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 2024. Per un approfondimento si rinvia alla citata decisione dell'Adunanza Plenaria, che ricostruisce puntualmente gli orientamenti giurisprudenziali sull'argomento.

[36] Assorbente, in questa prospettiva appare il calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare all'atto di valutare se partecipare o meno a una gara pubblica. Si veda, di recente, T.A.R. Veneto – Venezia, sez. I, 15 gennaio 2016, n. 8, in *www.giustizia-amministrativa.it*, laddove di rileva che la decisione della stazione appaltante di riversare, nel bando di gara, sulle ditte offerenti la valutazione dei costi di interfacciamento con gli altri *software* applicativi utilizzati dalla stessa pubblica amministrazione, comporta necessariamente che detti costi siano quantomeno conosciuti in una fase antecedente a quella di partecipazione alla procedura selettiva, non potendosi addossare alle aspiranti concorrenti la stima di parti dell'offerta economica che peraltro dipendono da elementi in possesso di soggetti estranei alla procedura selettiva. Ne discenderebbe, per l'impresa, l'impossibilità di formulare offerte economiche congrue rispetto all'importo posto a base d'asta fino a radicare, in capo all'operatore economico, anche non partecipante alla gara, l'interesse all'impugnazione, dovendo in tal caso la legittimazione a ricorrere identificarsi con l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, con l'indizione di un nuovo bando esente dal rilevato vizio di legittimità. In senso analogo, si veda anche Cons. St., sez. II, 1 febbraio 2012, n. 2911, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, 461; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1463, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 911. Tra le ipotesi che legittimano all'impugnativa non rientra il caso in cui il ricorrente lamenti l'eccessiva esiguità del termine per la presentazione delle offerte: Cons. St., sez. V, 1 aprile 2011, n. 2033, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 4, I, 1055. Stessa conclusione vale se la doglianza riguarda il contenuto del bando di gara con riguardo ad un elemento oggettivo qual è il valore economico dell'appalto, di cui si assume l'eccessivo scostamento dai prezzi correnti di mercato e l'omesso aggiornamento del prezziario dei lavori pubblici: T.A.R. Puglia – Bari, sez. I, 5 giugno 2009, n. 1403, in *www.giustamm.it*.

[37] Si veda anche il Parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 215 del 24 novembre 2011, in www.avcp.it: "il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione ad una procedura di gara non ha solitamente legittimazione ad impugnare davanti al giudice amministrativo le modalità di svolgimento della stessa o il suo esito. Tuttavia, secondo l'orientamento attualmente prevalente – trasfuso nell'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo – qualora la *lex specialis* contenga clausole discriminatorie autonomamente lesive e, comun-

possibile. Del resto, se la preoccupazione sottesa al centellinato ampliamento delle ipotesi di legittimazione ad agire in difetto di partecipazione alla gara muove dall'intento di "evitare azioni emulative"[38] da parte di soggetti in realtà disinteressati alla procedura di gara o privi di concrete possibilità di aggiudicazione, merita risalto la considerazione per cui "è mediante il filtro dell'interesse a ricorrere che bisogna procedere, accertando in sede processuale che l'impresa ricorrente possieda in concreto i requisiti per prendere parte alla gara stessa e quindi, potenzialmente, per aggiudicarsela"[39].

que, ostative alla partecipazione alla gara, tali che la presentazione della relativa domanda si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, l'interesse a impugnare il bando sussiste (anche) a prescindere dalla mancata presentazione della domanda".

[38] F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 537.

[39] *Ibidem*, 537. Sul punto si veda anche D. VAIANO, *op. ult. cit.*, 719, il quale peraltro sottolinea "la nota situazione di confusione che sovente si riscontra in giurisprudenza tra i concetti dell'interesse sostanziale idoneo a fungere quale posizione legittimante all'azione giurisdizionale e dell'interesse meramente processuale ad ottenere un vantaggio concreto dalla relativa decisione". Per un approfondimento sul punto, R. VILLATA, *Interesse ad agire, II (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 4 e seguenti.