

L'Adunanza plenaria si pronuncia nuovamente sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara e sul tema della legittimazione all'impugnazione confermando l'indirizzo tradizionale.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 26 aprile 2018, n. 4 – Pres. Pajno, Est. Taormina

Giustizia amministrativa – Appello – Presupposti del processo e condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado – Rilievo officioso – Limiti.

Giustizia amministrativa – Appalti pubblici - Bando di gara – Impugnazione – Operatore che non ha presentato domanda di partecipazione – Legittimazione – Esclusione.

Giustizia amministrativa – Appalti pubblici – Bando di gara – Onere di immediata impugnazione delle clausole del bando – Sussiste solo per quelle escludenti.

Sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare ex officio la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. (1)

Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnite unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnite unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura. (2)

(1, 2) I. – Con la decisione in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato nuovamente la problematica relativa ai casi in cui sussiste l'onere di immediata impugnazione dei bandi di gara, confermando l'indirizzo tradizionale anche con riferimento al profilo della legittimazione alla proposizione della relativa impugnazione. Ha altresì chiarito che, anche dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, non può essere precluso al giudice di appello di rilevare d'ufficio la sussistenza dei presupposti del processo e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione (salvo quelle concernenti la giurisdizione e la competenza).

II. – L'ordinanza di rimessione.

Con ordinanza 7 novembre 2017 n. 5138 (oggetto della [News US del 14 novembre 2017](#) con ampi riferimenti di giurisprudenza e di dottrina cui si rinvia) la terza sezione del

Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. la questione concernente l'onere di impugnazione immediata della clausola del bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso e di quelle disciplinanti le regole di svolgimento della procedura di gara nonché l'ulteriore questione della legittimazione alla impugnazione immediata del bando e degli altri atti precedenti l'aggiudicazione. Pur senza formulare sul punto un espresso quesito ha anche chiesto all'Adunanza plenaria di pronunciarsi sulla rilevabilità d'ufficio in appello dei presupposti del processo e delle condizioni dell'azione, diversi dalla giurisdizione e dalla competenza, in tutti i casi in cui il T.a.r. abbia omesso di pronunciarsi esplicitamente sul punto.

Le questioni sono sorte nell'ambito di un giudizio di appello proposto dalla aggiudicataria avverso la sentenza di primo grado che aveva ritenuto fondata la censura con cui la quarta classificata aveva contestato la scelta del criterio di aggiudicazione al "prezzo più basso" ex art. 82 dell'abrogato codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 163/2006, alla luce della complessità del servizio oggetto della gara (procedura aperta per l'affidamento del servizio di "archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria").

Nel giudizio di appello la ASL resistente richiamava, nella memoria difensiva conclusiva, l'orientamento della III Sezione (Cons. Stato, sez. III, sentenza 2 maggio 2017 n. 2014 in *Foro it.* Repertorio: 2017, Contratti pubblici [1735], n. 182; *Gazzetta forense*, 2017, 553 (m) e *Foro amm.*, 2017, 1024 (m)) secondo cui l'operatore economico sarebbe onerato dell'immediata impugnazione del provvedimento recante la determinazione del criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante, con conseguente inammissibilità del gravame, proposto contro gli esiti della procedura di gara svolta in attuazione delle prescrizioni stabilite nel bando, diretto a censurare la legittimità del criterio di aggiudicazione.

L'ordinanza di rimessione prendeva le mosse da tale eccezione per sollecitare una rivisitazione complessiva dell'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria con sentenza n. 1/2003 al fine di approdare all'esatta definizione dei casi in cui, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, sussista l'onere di immediata impugnazione del bando o di altri provvedimenti conclusivi di autonome fasi della sequenza procedimentale, registrando la presenza di indirizzi interpretativi sul punto talvolta divergenti.

Preliminarmente si dava cura di esaminare una questione di rito circa la rilevabilità d'ufficio, per la prima volta in appello, dei presupposti del processo e delle condizioni dell'azione, diverse dalla giurisdizione e dalla competenza, giungendo alla conclusione che l'ammissibilità del ricorso di primo grado possa essere esaminata d'ufficio anche in grado di appello, in tutti i casi in cui il T.a.r. abbia omesso di pronunciarsi esplicitamente sul punto, precisando che il principio del giudicato implicito sulle questioni preliminari, che ne impedisce il rilievo officioso in appello, è ora sancito in via normativa dall'art. 9 del codice

del processo amministrativo, ma con esclusivo riferimento al tema della giurisdizione, secondo quanto ritenuto da un indirizzo giurisprudenziale costante (venivano citate al riguardo Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4924; sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1094; sez. 2013, n. 2152; sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4196; cui *adde* in senso conforme sez. IV, 3 aprile 2017, n. 1505; 21 aprile 2017, n. 1868; sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5401; tutte nel senso che la necessità della tempestiva e formale riproposizione delle eccezioni in appello, ex art. 101, comma 2, c.p.a., concerne esclusivamente le eccezioni in senso stretto, quali ad esempio, quelle di prescrizione o compensazione del diritto di credito). Anche su tale punto di diritto la sezione sollecitava una presa di posizione da parte dell'Adunanza Plenaria pur senza formulare un espresso quesito ai sensi del menzionato art. 99 c.p.a. .

Quanto al merito della questione interpretativa centrale, concernente l'esatta delimitazione oggettiva dell'ambito entro cui sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando di gara e degli atti che definiscono le regole della procedura selettiva, con particolare riguardo ai criteri di aggiudicazione e al metodo di valutazione delle offerte, la sezione rimetteva:

- a) richiamava analiticamente i passaggi più rilevanti della trama motivazionale della Adunanza plenaria 27 gennaio 2003, n. 1 (in *Foro it.*, 2004, III, 344 con nota di MONTANARO, confermata espressamente e con ulteriori argomenti da Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro it.*, 2011, III, 306 con nota di SIGISMONDI, e 25 febbraio 2014, n. 9, *id.*, 2014, III, 429, con note TRAVI e SIGISMONDI), evidenziando, in particolare, il contenuto della situazione giuridica sostanziale che quella ricostruzione teorica ha inteso tutelare, rappresentato non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla *possibilità di conseguire l'aggiudicazione* atteso che «*la "condizione di concorrenti" dei partecipanti alla gara può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che confermino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale con riferimento al medesimo obiettivo*»; rammentava poi che la predetta pronuncia aveva escluso l'onere di immediata impugnazione:
 - a1) delle clausole del bando riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara;
 - a2) delle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara, il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia;

a3) delle clausole del bando che definiscono gli oneri formali di partecipazione; infine ha dato conto dei successivi indirizzi giurisprudenziali che, in linea con l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, ne hanno precisato nel tempo la portata ed i confini, affermando un principio che può compendiarsi nell'impugnabilità immediata, non solo delle clausole escludenti in quanto tali ovvero che *"impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale"*, giusto quanto affermato nella decisione 1/2003, ma anche delle clausole che rendono la partecipazione (possibile ma) inutile, *contra ius*, eccessivamente gravosa sul piano tecnico ed economico (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; sez. III, Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; 2 febbraio 2015, n. 591);

- b) ricordava le tre ordinanze (n. 351/2011; n. 2633/2012; n. 634/2013) con cui la VI Sezione del Consiglio di Stato aveva richiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria, al fine di superare, in modo più radicale, l'orientamento sancito dalla sentenza n. 1/2003, prospettando soluzioni poi non decise dall'Adunanza plenaria in quanto ritenute irrilevanti rispetto alla controversia decisa. La terza ordinanza in particolare, rovesciando l'impostazione della Plenaria, osservava che *"le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica dovrebbero ritenersi tenute ad impugnare qualsiasi clausola del bando illegittima, entro gli ordinari termini decadenziali con la domanda di partecipazione alla gara, infatti, le imprese concorrenti divengono titolari di un interesse legittimo, quale situazione soggettiva protetta corrispondente all'esercizio di un potere, soggetto al principio di legalità ed esplicato, in primo luogo, con l'emanazione del bando. A qualsiasi vizio di quest'ultimo si contrappone, pertanto, l'interesse protetto al corretto svolgimento della procedura, nei termini disciplinati dalla normativa vigente in materia e dalla lex specialis"*;
- c) prospettava, infine, la opportunità di una rilettura dei principi espressi dalla Adunanza plenaria n. 1/2003, alla luce della direttiva ricorsi, del nuovo codice dei contratti pubblici e della successiva giurisprudenza della Corte UE; evidenziava a tal fine che nella disciplina euro unitaria manca una puntuale indicazione del momento in cui deve essere consentito alla parte l'esercizio del diritto di ricorso, ma prevale un indirizzo orientato a dilatare e anticipare l'ambito della legittimazione e dell'interesse all'impugnazione, anche in un'ottica di protezione generale della concorrenza e di rispetto della legalità

delle gare; in tale linea evolutiva, rilevava che sono stati messi nuovamente in dubbio i limiti dell'onere di immediata impugnazione del bando, con specifico riferimento alle clausole relative ai criteri di aggiudicazione, discostandosi consapevolmente dagli esiti manifestati dall'Adunanza plenaria n. 1/2003, prospettando la necessità di adeguare la teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua tutela, al mutato contesto normativo, che richiederebbe un'attualizzazione dei canoni ermeneutici fissati dalla Plenaria del 2003 (Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014); l'esigenza di una lettura evolutiva dei principi espressi dall'Adunanza plenaria, a dire della sezione, si imporrebbe tenuto conto:

c1) dell'espressa comminatoria di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante (comma 1 *bis* dell'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 ed all'art. 83 comma 8 del d. lgs. n. 50/2016) inteso come "*indizio della vocazione generale ed autonoma dell'interesse participationis*";

c2) della previsione dell'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara (art. 120 c.p.a., commi 2-*bis* e 6-*bis*);

c3) dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione previsto dall'art. 211, comma 2 del d. lgs. 50/2016 e, dopo la sua abrogazione, della legittimazione dell'ANAC all'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Tali disposizioni evidenzerebbero la necessità di assicurare il corretto svolgimento delle procedure di appalto nell'interesse di tutti i partecipanti e finanche di quello collettivo dei cittadini a prescindere dall'interesse del singolo partecipante all'aggiudicazione. Ne discende che se l'ordinamento introduce nuovi strumenti processuali volti a garantire la corretta competizione ai fini dell'aggiudicazione dei contratti pubblici, diventa ragionevole ritenere che il *bene* del rispetto delle regole procedurali dirette a fissare il nucleo essenziale della selezione comparativa delle offerte, costituisca un autonomo interesse meritevole di immediata e tempestiva protezione dall'ordinamento, essendo ormai emancipato dalla condizione di mero interesse di fatto. In altri termini, accanto all'interesse sostanziale *finale* del soggetto economico, diretto all'aggiudicazione dell'appalto, l'ordinamento positivo contempla ora un interesse *strumentale* – ma anche esso sostanziale – polarizzato sulla

regolarità della procedura di gara, in sé considerata, nella forma di un vero e proprio “diritto” dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore;

- d) chiedeva di chiarire, quanto alla legittimazione a contestare la scelta del criterio di aggiudicazione, se la stessa debba ritenersi sussistente solo in capo a chi ha presentato domanda di partecipazione oppure se possa intendersi estesa agli operatori economici del settore, anche in difetto della domanda di partecipazione alla gara;
- e) coerentemente con l’evoluzione della posizione giuridica di interesse legittimo tracciata, prospettava la tesi che, limitatamente al settore degli appalti pubblici, tutte le clausole attinenti alle regole “formali” e “sostanziali” della gara debbano essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi; ciò garantirebbe un accesso immediato al giudice, foriero di un rapido emendamento del bando sì da uniformarlo alle regole concorrenziali;
- f) sollecitava infine l’Adunanza plenaria, nell’ipotesi di accoglimento dei principi evolutivi prospettati, a precisarne la portata in relazione al profilo temporale, chiarendo cioè se la nuova regola interpretativa debba applicarsi anche per i giudizi in corso e se debba comunque valere solo per le gare bandite dopo l’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, oppure (propendendo decisamente per tale tesi) se i principi innovativi prospettati valgano solo per il futuro, secondo lo schema del *prospective overruling*, come noto ricorrente quando si esclude, per il processo in corso ed a tutela dell’affidamento e della buona delle parti, l’applicabilità del mutamento della precedente interpretazione della norma processuale da parte dell’organo nomofilattico (che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima negate, di modo che l’atto compiuto dalla parte, od il comportamento da questa tenuto secondo l’orientamento precedente, risultino irrivalenti per effetto ed in conseguenza diretta del mutamento dei canoni interpretativi).

III. – La decisione dell’Adunanza plenaria.

Con la pronuncia in rassegna l’Adunanza plenaria decide le questioni sottoposte alla sua attenzione, nei termini che seguono:

- g) anche dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, dalla lettura degli artt. 9, 35 e 104 c.p.a. si desume che nel processo amministrativo non può essere precluso al giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza

dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado né può ritenersi che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione (Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215; sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4196; sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303; sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4157; sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1094; nello stesso senso nel quadro previgente l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si citano Cons. Stato, sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2555; *idem*, sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326; *idem*, sez. VI, 2 novembre 1999, n. 1662; *idem*, sez. IV, 4 settembre 1995, n. 687); il principio del giudicato implicito, che ne impedisce il rilievo officioso in appello, è stato infatti limitato dall'art. 9 c.p.a. alle sole questioni che riguardano la tematica della giurisdizione al fine specifico di evitare pronunce declinatorie della giurisdizione nei gradi di giudizio successivi al primo, con conseguente spreco di attività giurisdizionale e vanificazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo, secondo in principi anticipati da Cass. civ., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883 in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di POLI; *Corriere merito*, 2009, 107 (m), n. MADDALENA; *Corriere giur.*, 2009, 372, n. CAPONI, CUOMO ULLOA; *Giur. it.*, 2009, 406, n. VACCARELLA, SOCCI; *Giusto processo civ.*, 2009, 263, n. BASILICO; *Riv. giur. trib.*, 2009, 11, n. BUSICO; *Giust. civ.*, 2009, I, 47, n. NAPPI; *Giurisdiz. amm.*, 2008, III, 804; *Ragiusan*, 2009, fasc. 297, 13; *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071, n. RICCI, PETRELLA; *Giur. it.*, 2009, 1459 (m), n. CARRATTA; *Giur. it.*, 2009, 1816 (m), n. GIANONCELLI; *Giust. amm.*, 2008, fasc. 4, 309 (m), n. SANDULLI; *Corriere trib.*, 2009, 256, n. PISTOLESI; è appena il caso di notare che alle medesime conclusioni si perviene avuto riguardo ad un altro presupposto del processo, la competenza, in relazione alla quale è identica la disciplina giuridica del meccanismo di rilievo in appello (art. 15, comma 1, c.p.a.);

h) con riferimento ai temi di ordine sostanziale, richiama i principi espressi dalle Plenarie 29 gennaio 2003 n. 1 cit. e 7 aprile 2011, n. 4 cit. secondo cui:

h1) la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; né quanto si afferma sulle regole di gara in via generale potrebbe essere in contrasto con l'assetto fondamentale della giustizia amministrativa (cfr. nello stesso senso Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 25 febbraio 2014 cit.);

h2) i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto

leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;

h3) possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione. E in particolare qualora:

- si contesti in radice l'indizione della gara;
- all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
- si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente “escludenti” quali le clausole che fissano in modo restrittivo i requisiti soggettivi di partecipazione o quelle che rendono impossibile la presentazione dell'offerta tecnica o di quella economica, dovendosi in tali ipotesi ritenersi legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda di partecipazione (su cui si veda infra § IV);

h4) per converso, le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282); la possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, viene configurata quale eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato. Pertanto, il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola;

- i) afferma, in relazione agli argomenti proposti in chiave evolutiva dalla sezione rimettente, che gli approdi raggiunti dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 non costituiscono un “passaggio” isolato od eccentrico, rispetto ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24,

co. 1°, della Costituzione (“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”) ed in riferimento al principio processuale codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.) secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse", posto che:

- i1) l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto (cfr. tra le tante Cass. Civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12241, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1999, 338);
 - i2) nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855; sez. IV, 20 ottobre 1997 n. 1210; ma si veda anche Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031 secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere, non soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto - e non ipotetico o virtuale- per fornire una prospettiva di vantaggio);
 - i3) tali approdi appaiono coerenti con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo (cfr. Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2013 n. 9685 in *Foro it.*, 2013, I, 2512; *Giust. civ.*, 2013, I, 957; *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2013, 596, n. RAUSEO; *Corriere merito*, 2013, 750 (m), n. TRAVAGLINO; *Giur. it.*, 2014, 71, n. COCCO; *Riv. dir. proc.*, 2014, 1281, n. GIABARDO; Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228; Cass. civ., sez. II, 9 ottobre 2017, n. 23542);
 - i4) il codice del processo amministrativo ha confermato e ribadito tale impostazione (art. 34, comma III, ed art. 35, comma I, lett. b e c);
- j) sulla scorta di tali coordinate ricostruttive osserva che nel caso controverso (contestazione del criterio di aggiudicazione) è pacifico che non ci si trovi al cospetto di "clausole del bando immediatamente escludenti" nel senso ampliativo attribuito a tale aggettivo dalla giurisprudenza e quindi da

impugnare immediatamente, eventualmente anche da parte di chi non ha proposto domanda partecipativa;

- k) reputa che non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano “escludenti”, dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l’utile partecipazione, atteso che:

k1) tale consolidata impostazione ha ricevuto l’autorevole avallo della Corte costituzionale (Corte cost., 22 novembre 2016 n. 245 oggetto della News US in data 19 gennaio 2017 e in *Foro it.*, 2017, I, 75 su cui si veda infra §V) che ha ritenuto inammissibile – per difetto di rilevanza - una questione di legittimità costituzionale promossa dal T.a.r. per la Liguria, nell’ambito di un giudizio in materia di appalti pubblici originato dal ricorso proposto da un’impresa che non aveva partecipato alla gara;

k2) tale opzione ermeneutica muove dalla condivisibile considerazione secondo cui l’operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell’intera selezione (ciò, in tesi, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara), ma tale preteso interesse “strumentale” avrebbe consistenza meramente affermata, ed ipotetica: il predetto, infatti, non avrebbe provato e neppure dimostrato quell’“interesse” differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola “escludente”; ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall’operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l’offerta si è astenuto dal farlo;

k3) anche se si volesse accedere ad una nozione allargata di legittimazione individuando un interesse dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, ugualmente resterebbe insuperabile la considerazione che esso non sarebbe né attuale né “certo”, ma meramente ipotetico.

k4) Corte di Giustizia UE, sez. VI, 12 febbraio 2004, in causa C-230/02 *Grossmann* (su cui si veda la News US in data 1 febbraio 2018 cui si rinvia per i relativi approfondimenti in particolare punto IV lett. u) e relativa alla ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 con cui il T.a.r. per il Piemonte ha rimesso alla Corte di giustizia dell’UE l’accertamento della compatibilità, con il diritto dell’Unione, dell’art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

che impone la immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle gare di appalto) ha stabilito che l'operatore economico il quale si ritenga leso da una clausola della legge di gara la quale impedisca la sua partecipazione ha la possibilità (*rectius*: l'onere) di impugnare in modo diretto tale clausola ma non ha esteso la legittimazione del non partecipante alla gara all'impugnazione di clausole non certamente preclusive della propria partecipazione;

k5) Corte di giustizia UE, sez. VII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *GsmBH* (oggetto della News US in data 4 gennaio 2017 cui si rinvia per i relativi approfondimenti), ha escluso la legittimazione all'impugnazione in capo ad un soggetto, pur partecipante alla gara che ne sia stato definitivamente escluso, sicchè *a fortiori* non si vede perché essa dovrebbe essere riconosciuta al soggetto che, pur potendo partecipare alla gara (in quanto il bando non recava clausole escludenti, discriminatorie, etc...), si sia astenuto dal presentare un'offerta: va semmai rilevato che la posizione dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura appare ancor meno meritevole di considerazione, sul piano dell'interesse, rispetto a quella dell'impresa che pur abbia manifestato in concreto la volontà di partecipare alla procedura, rimanendo però esclusa;

k6) in senso contrario non è ritenuto probante il rinvio pregiudiziale disposto sulla questione da T.a.r. per la Liguria, sez. II, con la ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 (oggetto della News US in data 4 aprile 2017 su cui si veda infra § V) in una fattispecie in cui la domanda di partecipazione non è stata presentata dall'operatore "*derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione*" poiché anche in tale caso si dovrebbe dare ingresso a valutazioni ipotetiche ed opinabili in contrasto con la regola per cui l'interesse alla partecipazione deve essere attuale e certo;

k7) la presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non sembra imporre all'operatore del settore alcuno spropositato sacrificio;

k8) in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, tenuto conto della granitica giurisprudenza secondo cui "*nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed*

inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; idem, sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438);

k9) la situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione: la procedura cui non si sia partecipato è *res inter alios acta* e non legittima l’operatore economico ad insorgere avverso la medesima;

- l) in linea con l’orientamento tradizionale la Plenaria esclude per l’offerente l’onere di immediata impugnazione avverso le clausole del bando prive di immediata lesività in quanto non “escludenti”, e purtuttavia, in tesi, illegittime e ciò sia per esigenze di carattere teorico generale che per esigenze eminentemente pratiche. Osserva al riguardo:

- 11) l’art. 120, comma 5, c.p.a. prevedendo l’onere di immediata impugnazione del bando o dell’avviso di gara solo “in quanto autonomamente lesivo” va interpretato nell’unico senso possibile e cioè che tale eventualità sia ravvisabile soltanto nell’ipotesi in cui il bando presenti clausole escludenti ma non che possa essere anche estesa a “tutte le clausole attinenti alle regole “formali” e “sostanziali” della gara” (pur prive di portata escludente) come invece prospettato dalla sezione rimettente, occorrendo a tal fine un intervento in chiave additiva della Corte costituzionale;

- 12) dall’espressa comminatoria di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante (comma 1 *bis* dell’art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 ed all’art. 83 comma 8 del d. lgs. n. 50/2016) non potrebbe trarsi alcun argomento a sostegno del superamento del consolidato orientamento in punto di necessità di impugnare le clausole non preclusive della partecipazione unitamente al provvedimento che rende certa ed invero la lesione ed anzi proprio il regime della nullità deporrebbe nel senso opposto stante il potere di disapplicazione della clausola ad opera della commissione di gara (come affermato da Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974 in *Riv. giur. edilizia* 2013, 2, I, 319) e della possibilità di farla valere in giudizio in ogni momento;

- 13) né l’art. 81, commi 1 e 2 del predetto d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 né l’art. 95 del d. lgs. n. 50/2016 consentono di rinvenire elementi per pervenire all’affermazione che debba imporsi all’offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di

aggiudicazione, ove la ritenga errata: versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità;

l4) dall'onere di immediata impugnazione di tutte le regole del bando ancorché non escludenti non potrebbe discendere l'auspicato effetto deflattivo del contezioso, come auspicato dalla sezione rimettente ed anzi potrebbe prodursi l'effetto opposto di moltiplicare i ricorsi in via preventiva e cautelativa a tutela dell'interesse strumentale, salvo rinuncia in caso di aggiudicazione della gara, inducendo anche l'effetto di rallentare le operazioni di gara stante l'interesse della stazione appaltante alla decisione preventiva del ricorso sulla legittimità della *lex specialis* prima di procedere alla aggiudicazione; c'è da ritenere che un effetto deflattivo si avrà traendo le debite conseguenze dai principi sviluppati dalla Plenaria; infatti se la clausola è escludente, l'impresa ha il dovere di impugnarla nel termine decorrente dal bando e, qualora presentasse domanda di partecipazione, e venisse conseguentemente esclusa, risulterebbe decaduta dall'impugnativa di tale provvedimento;

m) l'affermazione che con riferimento alle gare *ratione temporis* governate dal d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non si ravvisano ragioni per rivisitare il consolidato principio secondo il quale le clausole del bando che non rivestono certa portata escludente devono essere impugnate dall'offerente unitamente all'atto conclusivo della procedura di gara, viene ribadita anche con riferimento alla disciplina vigente di cui al d. lgs. n. 50/2016, in relazione alle ulteriori motivazioni addotte al riguardo dalla sezione rimettente, per le seguenti ragioni:

m1) quanto all'istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione previsto dall'art. 211, comma 2 del d. lgs. 50/2016 e, dopo la sua abrogazione, alla legittimazione dell'ANAC all'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di

contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, la Plenaria precisa che l'Autorità agisce nell'interesse della legge, a presidio dell'interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo mentre il partecipante alla gara nel proprio esclusivo e soggettivo interesse che è quello di aggiudicarsi la gara, e solo subordinatamente, persegue quello della riedizione della gara che non si sia riuscito ad aggiudicare. La diversità di prospettive non consente dunque di desumere dall'articolo in questione implicazioni significative sul piano della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei concorrenti;

m2) quanto al nuovo rito c.d. "superaccelerato" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. (su si vedano gli approfondimenti di dottrina e giurisprudenza presenti nella News US in data 1 febbraio 2018 cit. relativa alla ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 con cui il T.a.r. per il Piemonte ha rimesso alla Corte di giustizia dell'UE l'accertamento della compatibilità, con il diritto dell'Unione, dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.), la Plenaria ne riconosce la rilevante portata innovativa e concorda sul fatto che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale; non ritiene tuttavia che dallo stesso possano trarsi considerazioni espressive di un principio generale. Precisa al riguardo che:

- non è possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. una tensione espressiva di un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturanti in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti;
- sembra invece che il legislatore abbia voluto perimetrare l'interesse procedimentale (crystallizzazione della platea dei concorrenti, ammissioni ed esclusioni) favorendone l'immediata emersione, attraverso una puntuale e restrittiva indicazione dell'oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito "superaccelerato";
- e tanto ciò è vero che inizialmente, nello schema originario del codice dei contratti pubblici, sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva un'estensione del detto rito, ma limitata unicamente alla composizione della commissione (come è noto, il

testo definitivo ha espunto tale indicazione, recependo i suggerimenti dell'organo consultivo, incentrate sul vincolo imposto dalla legge di delega, che non contemplava tali ipotesi);

- come già colto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato l'intento del legislatore è stato infatti quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte (Cons. Stato, commissione speciale, parere n. 885 dell'1 aprile 2016), creando un *«nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda»* (Cons. Stato, sez. V, ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017);

- e ciò è avvenuto attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara;

- né potrebbe sostenersi che la scelta "limitativa" del legislatore possa essere tacciata di illogicità, essendo sufficiente in proposito porre in luce che l'anticipata emersione di tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione (il che non avviene in riferimento a censure attingenti clausole non escludenti del bando che perseguono semmai la diversa - e subordinata- ottica della ripetizione della procedura);

- n) dal punto di vista pratico, la soluzione ampliativa dell'obbligo di immediata impugnazione del bando avrebbe l'effetto - non giustificato dall'emersione di un alcun interesse reale in capo agli operatori economici - per cui il sistema di tutela giurisdizionale subirebbe una ulteriore frammentazione, ipotizzandosi che nella fase iniziale della procedura coesistano due riti (quello "ordinario" ex art. 120 c.p.a. e quello superaccelerato, fruibili in ipotesi rispettivamente differenziate), e che essi a loro volta coesistano con le "ordinarie" impugnazioni ex art. 120 del c.p.a. investenti i provvedimenti lesivi successivi (*id est*: aggiudicazione, vaglio sull'anomalia, etc).
- o) conclusivamente l'Adunanza plenaria ribadisce che, anche con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione

l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.

IV. – In giurisprudenza e dottrina, come ricorda in motivazione la pronuncia in rassegna dell'Adunanza plenaria, è stata ammessa l'immediata impugnazione del bando di gara in presenza:

- p) di clausole che *“impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale”* (Cons. Stato, Ad. plen. n.1 del 2003 cit.);
- q) di disposizioni abnormi o irragionevoli, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 4414; Cons. Stato, sez. V., 3 giugno 2010, n. 3489);
- r) di *condizioni negoziali* indicate nello schema di contratto, che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; C.G.A., 20 dicembre 2016, n. 474);
- s) di imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);
- t) di gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come quelli relativi al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario (T.a.r. per la Lombardia, Milano, sez. IV, 19 giugno 2017, n. 1362: sulla impossibilità di stabilire la durata effettiva del contratto da affidare), ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di “0” punti);

- u) di atti di gara privi della prescritta indicazione, nel bando, dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 2012, n. 576; sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421; sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441);
- v) di clausole che rendono la partecipazione (possibile ma) inutile, *contra ius*, eccessivamente gravosa sul piano tecnico ed economico (Cons Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. III, 2 febbraio 2015, n. 591);
- w) R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017, 2065 – 2074 che segnala pure la tesi, rimasta isolata in giurisprudenza, della possibilità che l’impugnazione delle clausole del bando venga proposta dall’aggiudicatario dopo la stipula del contratto (Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2010, n. 7031, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 449, con nota di ALTAVISTA; *Dir. e pratica amm.*, 2011, fasc. 1, 57 (m), con nota di CUSMAI); la soluzione non è condivisa perché si deve mantenere fermo il principio per cui il bando è la legge della gara e non del contratto e che l’aggiudicatario non ha interesse ad impugnare la legge di gara che lo ha visto vittorioso ma, semmai, la legge del contratto con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione del giudice ordinario.

V. – Circa la legittimazione alla impugnazione degli atti di gara si segnala che:

- x) la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara viene negata (salvo che si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti; si contesti in radice l’indizione della gara o, all’inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l’amministrazione disposto l’affidamento in via diretta del contratto) da un consolidato indirizzo del supremo giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 cit., 7 aprile 2011, n. 4 cit.; Ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1, cit.); tale impostazione è stata seguita puntualmente dalle sezioni del Consiglio di Stato (cfr. da ultimo, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; per tali arresti, è inammissibile per difetto di legittimazione l’impugnativa dell’impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell’esclusione o della mancata presentazione della domanda, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto o strumentale, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non

avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara); sono evidenti le ricadute di tale indirizzo sulla mitigazione del rischio di paralisi delle procedure di gara (con gravissimi danni per l'economia nazionale), per altro nell'ottica della celerità delle medesime procedure, da ritenersi un valore rilevante per il diritto europeo (come segnalato da Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.);

- y) Corte cost., 22 novembre 2016 n. 245 citata in motivazione (oggetto della News US in data 19 gennaio 2017 e in *Foro it.*, 2017, I, 75 ai cui approfondimenti si rinvia), secondo la quale è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 9, comma 1, e 14, comma 1, della legge della Regione Liguria 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale), promossa dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, primo e secondo comma, lettere e) e s), della Costituzione; la Consulta fonda il giudizio di inammissibilità condividendo il diritto vivente elaborato dal giudice amministrativo sulla carenza di legittimazione a ricorrere delle imprese che impugnano procedure di gara alle quali non hanno preso parte, negando per tale via la tutela del c.d. interesse strumentale;
- z) T.a.r. per la Liguria, sez. II, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 citata in motivazione (oggetto della News US in data 4 aprile 2017 ai cui approfondimenti si rinvia) che ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: «*se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione*».

VI. - Circa la impossibilità di configurare la tutela del c.d. interesse strumentale nell'attuale ordinamento del processo amministrativo, caratterizzato dalla peculiare disciplina delle condizioni delle azioni (in particolare interesse ad agire e legittimazione), che mira alla realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost., si veda:

- aa) Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (specie §§ 5 ss., e 9.2. ss., in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI; *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256, con nota di FANELLI; *Giur. it.*, 2015, 2192 con nota di FOLLIERI; *Dir. proc. ammin.*, 2016, 205, con nota di PERFETTI e TROPEA, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza); sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro it.*, 2015, III, 345 cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza; tutte nel senso:
- di non consentire la tutela del c.d. interesse strumentale perché in contrasto con le esigenze di evitare l'abuso del processo ed il sindacato su poteri non ancora esercitati dalla stazione appaltante;
 - di considerare il processo quale risorsa scarsa da attingere solo dopo essere stato superato il filtro delle condizioni dell'azione in cui è insito un giudizio di meritevolezza della pretesa;
 - di esigere che il processo sia volto a tutelare interessi concreti ed attuali e non futuri ed incerti, di mero fatto quando non emulativi, per giunta rimessi ad una incoercibile nuova determinazione dell'Amministrazione;
- bb) in dottrina: R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo cit.*, 759 ss, 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse legittimo;
- cc) la opposta tesi della configurabilità, anche in termini di veri e propri diritti, di situazioni soggettive procedimentali, come situazioni giuridiche autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento finale, è stata sostenuta da M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1998, M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione* in, *Dir. amm.* 2005, 3, 557;
- dd) questa tesi è stata respinta dall'indirizzo dominante nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che rifiuta la possibilità di risarcire il danno ogni qual volta non sia riconoscibile con certezza la spettanza del bene della vita finale (sull'inquadramento generale v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, oggetto della [News US in data 16 maggio 2017](#) e in *Foro it.*, 2017, III, 433, con nota di TRAVI; Ad. plen. n. 5 del 2015 cit.; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit., cui si rinvia per ogni approfondimento); per questa via si escludeva il danno da

mero ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4570; sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239, oggetto della News US in data 31 marzo 2016 cui si rinvia per ogni approfondimento, impostazione ora superata dalla Plenaria n. 5 del 2018); dalla lesione di un mero interesse di fatto o emulativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1436; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675, in *Riv. neldiritto*, 2015, 1033, con nota di GALATI, cui si rinvia per ogni approfondimento); da annullamento del provvedimento amministrativo per vizi puramente formali che consentono ovvero impongono il riesercizio del potere (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3520; sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3255); e si mantiene un atteggiamento rigoroso, sotto il profilo causale e statistico, circa i presupposti per il riconoscimento del danno da perdita di *chance* specie per le gare di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, in *Foro it.*, 2016, III; 468, con nota di CONDORELLI; sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, *id.*, 2015, III, 440, con nota di TRIMARCHI BANFI; sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, *id.*, 2015, III, 106, con nota di GALLI; sul versante civile v. da ultimo Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2016, n. 24295, *id.*, I, 1374, con nota di DI ROSA cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza).