

IL FORO ITALIANO

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA

ANNO CXLIV - N. 2 - FEBBRAIO 2019

Si segnalano all'attenzione dei lettori:

- **Corte cost. 27 dicembre 2018, n. 248 (I, 365): contratti a termine nel rapporto di pubblico impiego**
- Corte cost. 29 novembre 2018, n. 218 (I, 383) sull'equa indennità al tutore di minore straniero non accompagnato
- Corte cost., ord. 19 luglio 2018, n. 165, sent. 9 febbraio 2018, n. 21, e 12 gennaio 2018, n. 2 (I, 420) sulle variazioni territoriali regionali
- Cass. 10 gennaio 2019, n. 448 (I, 445): licenziamento di impiegato pubblico per falsa timbratura del cartellino marcatempo
- Cass., sez. un., 31 dicembre 2018, n. 33687, e sez. trib., ord. 27 settembre 2018, n. 23288 (I, 453) circa il rimborso di tributi non dovuti
- Cass. 19 dicembre 2018, n. 32871 (I, 465): non spettanza dell'assegno di mantenimento al coniuge separato stabilmente convivente con un terzo
- **Cass., sez. un., 19 dicembre 2018, n. 32781 (I, 469) circa la eleggibilità dei consiglieri degli ordini forensi**
- Cass., ord. 26 novembre 2018, n. 30542 (I, 494) circa il potere di rappresentanza di amministratore di società
- Cass., ord. 20 novembre 2018, n. 29982 (I, 498): concordato preventivo e prescrizione dei crediti
- Cass., ord. 29 ottobre 2018, n. 27364 (I, 530) circa le distanze tra costruzioni a confine con piazze e vie pubbliche
- **Cass., ord. 11 ottobre 2018, nn. 25177 e 25176 (I, 554) sulla condanna alla sanzione per responsabilità aggravata**
- Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303 (I, 591): commissioni di massimo scoperto e superamento della soglia usuraria
- Cass., ord. 15 giugno 2018, n. 15780, e sent. 30 marzo 2018, n. 7993 (I, 608): disconoscimento e istanza di verifica di scrittura privata

- Cass. 15 giugno 2018, n. 15768 (I, 625) sulla facoltà del consulente tecnico di avvalersi di esperti specialisti
- **App. Napoli 10 gennaio 2019 (I, 658) sui «nuovi» criteri di determinazione dell'assegno di divorzio**
- Trib. Napoli 22 dicembre 2018 (I, 680): mancanza di consenso alla pubblicazione di ritratto fotografico e diritto di cronaca
- Trib. Trento, decr. 13 dicembre 2018 (I, 687): irrinunciabilità delle quote di multiproprietà
- **Cass., sez. un., 27 settembre-9 novembre 2018, n. 51063, Murolo (II, 82): detenzione di stupefacenti e fatto di lieve entità**
- Cass., sez. un., 19 aprile-24 settembre 2018, n. 40985, Di Maro (II, 101) circa il sequestro preventivo finalizzato alla confisca c.d. allargata
- Cass. 9 marzo-11 maggio 2018, n. 21166, Barone, e 25 gennaio-4 maggio 2018, n. 19460, Gagliano (II, 113) sulla impugnabilità dei provvedimenti di gestione del giudice delegato relativi al licenziamento di lavoratori impiegati in azienda sottoposta a sequestro di prevenzione
- Trib. Roma 19-30 luglio 2018 (II, 124): diffamazione a mezzo stampa e diritto di critica, responsabilità del direttore e offensività dell'articolo
- Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277 (III, 57) circa l'annullamento d'ufficio di permesso di costruire da parte del comune
- **Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 (III, 67) circa le clausole immediatamente escludenti nel bando di gara di contratti pubblici**
- Corte conti, sez. riun. controllo, 21 dicembre 2018, n. 22 (III, 90): programma generale delle attività di controllo della Corte dei conti per il 2019
- Corte giust. 19 dicembre 2018, causa C-51/18 (IV, 79), e 29 novembre 2018, causa C-548/17 (IV, 94) in tema di imposta sul valore aggiunto
- Corte giust. 21 novembre 2018, causa C-29/17 (IV, 100) circa il riconfezionamento e l'uso (off-label) di medicinale non coperto dall'auto-rizzazione all'immissione in commercio
- I sessant'anni del Consiglio superiore della magistratura (parte seconda) (V, 77)

nonché FORO NEWS
in www.foroitaliano.it

Allegati al presente fascicolo: INDICI 2018

Direzione, redazione e amministrazione: Società Editrice «IL FORO ITALIANO» - Via Pietro Cossa 41 - 00193 Roma
Tel. 06/3222992 - 3242027 - 3213606 - e-mail: info@ilforoitaliano.it

Spedizione in A.P.-45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Perugia; pubblicazione mensile; contiene inserto pubblicitario

CONSIGLIO DI STATO; adunanza plenaria; sentenza 26 aprile 2018, n. 4; Pres. PAJNO, Est. TAORMINA; Soc. Plurima (Avv. STICCHI DAMIANI, MICETTI, GAMBERINI, BRUNO, GIUSTINIANI) c. Soc. Pròdeo (Avv. SANDULLI, VACCARELLA), Asl Lecce (Avv. CARICATO). *Enuncia principi di diritto e restituisce gli atti alla sezione rimettente.*

Giustizia amministrativa — Giudizio d'appello — Condizioni della domanda — Verificabilità d'ufficio (Cod. proc. amm., art. 9, 11, 35, 39, 104, 112).

Giustizia amministrativa — Contratti pubblici — Bando di gara — Clausole non escludenti — Impugnabilità — Legittimazione (Cod. proc. amm., art. 35; • d.leg. 18 aprile 2016 n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 32, 98).

Giustizia amministrativa — Contratti pubblici — Rito c.d. superaccelerato — Ambito di applicazione (Cod. proc. amm., art. 120; • d.leg. 18 aprile 2016 n. 50, art. 204).

Nel processo amministrativo, il giudice di secondo grado può rilevare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (ivi compresa la tempestività del ricorso medesimo), non potendosi formare sul punto un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. (1)

Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo; la loro impugnazione può essere proposta unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o abbia manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura. (2)

L'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, cod. proc. amm., che ha introdotto il rito camerale c.d. superaccelerato, concerne esclusivamente il ricorso col quale siano contestati i requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per l'ingresso nella procedura di gara. (3)

Diritto. — 13. - Le questioni sottoposte dall'ordinanza di remissione devono essere risolte dando continuità all'indirizzo interpretativo maggioritario, secondo il quale:

a) sussiste il potere del giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza 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;

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

14. - Seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'adunanza plenaria n. 5 del 2015, *Foro it.*, 2015, III, 265), in ordine logico è prioritario l'esame della questione di natura processuale concernente la possibilità per il giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado in carenza di pronuncia del giudice di primo grado su tali profili.

14.1. - Sebbene — come meglio risulterà chiaro dal prosieguo della esposizione e come in premessa anticipato —, tenuto conto della soluzione raggiunta dal collegio sui profili di merito, tale problematica processuale non spieghi immediata rilevanza nell'economia della controversia, trattasi di una questione di massima di rilevante importanza sulla quale è utile e doveroso fornire risposta.

14.2. - Va in proposito rilevato che la giurisprudenza amministrativa formata nel previgente quadro normativo aveva sempre e costantemente ritenuto che il giudice d'appello possa svolgere anche d'ufficio un vaglio in ordine alla sussistenza dei presupposti processuali — intesi come il

complesso delle condizioni attinenti alla regolare costituzione del processo — ovvero delle condizioni dell'azione intese, queste ultime, come il complesso delle circostanze che consentono al giudice di entrare nel merito della domanda (tra le tante, v. Cons. Stato, sez. VI, 24 aprile 2009 n. 2555, *id.*, Rep. 2009, voce *Giustizia amministrativa*, n. 1009; n. 4326 del 10 settembre 2008, *ibid.*, n. 1010; 2 novembre 1999, n. 1662, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 129; sez. IV 8 settembre 1995, n. 687, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 833).

14.3. - A seguito della entrata in vigore del codice del processo amministrativo (d.leg. n. 104 del 2010), la giurisprudenza si è interrogata in ordine alla permanente attualità — o meno — dell'orientamento pregresso, ed a tale interrogativo ha reso — pressoché senza eccezioni — risposta positiva.

Ancora di recente, infatti, è stato fatto rilevare 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; in sostanza il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito, né l'eventuale inerzia di una delle parti in causa, nel rilevare una questione rilevabile d'ufficio, lo priva dei relativi poteri-doveri officiosi, atteso che la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevanza d'ufficio in irrilevanza, che equivarrebbe a privarlo dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione (Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215, *id.*, Rep. 2017, voce cit., n. 426; ma v. anche Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 317; sez. IV 8 settembre 2015, n. 4157; sez. VI 22 febbraio 2013, n. 1094, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 435; 5 settembre 2017, n. 4196).

14.3.1. - In realtà, per il vero, nel vigente quadro normativo, tenuto conto del tenore letterale degli art. 35 e 9 cod. proc. amm. la questione sembrerebbe agevolmente risolvibile nel senso fatto proprio dalla suindicata giurisprudenza.

Per un verso, infatti, l'art. 35 affida al potere officioso del giudice il rilievo dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione e, posto che tale prescrizione è collocata nel libro primo del codice, e riguarda il processo amministrativo in generale, non si vede come potrebbe escludersi che la medesima si applichi anche al giudizio di appello.

Per altro verso, l'art. 9 cod. proc. amm. ha limitato il principio del giudicato implicito, che ne impedisce il rilievo officioso in appello, alle sole questioni che riguardano la tematica della giurisdizione.

A quanto sinora rilevato, può aggiungersi che l'art. 104 cod. proc. amm. (come previsto per il processo civile dall'art. 345, 2° comma, c.p.c.) rende possibile che nel processo di secondo grado vengano liberamente prospettate «eccezioni rilevabili d'ufficio» e tale è sempre stata, per quanto prima chiarito, la disamina della originaria ammissibilità del ricorso di primo grado.

14.3.2. - Sulla scorta di una semplice esegesi del diritto positivo, dunque, sembra possibile in via piana ricostruire un sistema fondato sulla regola generale del possibile rilievo *ex officio* di tutte le questioni (condizioni dell'azione e presupposti processuali) che condizionano la possibilità di pervenire ad una pronuncia di merito e su una espressa eccezione a tale criterio generale, rappresentata dal formarsi di un c.d. «giudicato implicito» sulla problematica relativa alla spettanza della giurisdizione al giudice adito.

14.4. - Senonché, tale esegesi è acutamente contraddetta da una obiezione, che fa leva sulla «consistenza» della problematica inerente alla giurisdizione.

Per la concorde elaborazione della giurisprudenza civile di legittimità (*ex aliis*, Cass., sez. un., 10 luglio 2006, n.

15612, *id.*, 2006, I, 3355) e di quella amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, *id.*, 2011, III, 365, e più di recente, tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 860, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 184), infatti, la giurisdizione costituisce il necessario presupposto processuale di ogni domanda ed il fondamento imprescindibile della *potestas iudicandi* del giudice adito, cosicché essa deve essere esaminata in via necessariamente prioritaria ogniqualvolta venga posta in discussione, al fine di consentire la riproposizione della domanda completamente impregiudicata davanti al giudice al quale spetta la giurisdizione sulla controversia.

14.4.1. - Muovendo da tale — incontestata — evidenza, si sostiene, da parte di qualificata dottrina, la complessiva contraddittorietà di una interpretazione del sistema processuale nel senso che esso da una parte «comprimerebbe» la possibilità del rilievo *ex officio* del difetto di giurisdizione e dall'altra manterrebbe integro il potere di rilievo officioso di presupposti processuali di minore spessore; si postula, così, una ricostruzione alternativa, secondo cui, anche nel giudizio di appello, laddove il giudice sia pervenuto alla decisione di merito, si dovrebbe riconoscere l'avvenuta formazione di un «giudicato implicito» preclusivo (anche) del rilievo officioso di problematiche inerenti agli altri presupposti processuali e le condizioni delle azioni.

14.5. - Pur riconoscendo la simmetrica coerenza di tale ricostruzione, il collegio non la ritiene persuasiva, in quanto essa sembra trascurare la genesi nella vigente disciplina processuale civilistica ed amministrativa del rilievo della «questione di giurisdizione».

14.5.1. - Invero, come è noto, preso atto di una certa «fluidità» dei criteri di riparto della giurisdizione, il legislatore ordinario all'approssimarsi del nuovo millennio aveva ritenuto che — soprattutto laddove l'individuazione della natura e consistenza delle posizioni soggettive oggetto di tutela presentasse inevitabili margini di incertezza, ovvero si riscontrasse la contemporanea compresenza di più posizioni soggettive attive differenziate —, al fine di evitare defaticanti indagini ed incertezze sull'individuazione del plesso giurisdizionale deputato a pronunciarsi su una determinata controversia (ovvero di evitare il frantumarsi della giurisdizione sulla medesima controversia insorta a seguito del verificarsi del medesimo «fatto storico»), si potesse intervenire per «blocchi di materie» attribuendo la giurisdizione per espressa previsione di legge all'uno od all'altro plesso giurisdizionale (ordinario, o amministrativo).

Ciò quantomeno in particolari materie, caratterizzate dalla stretta compenetrazione tra le due posizioni attive, e pur tenendo fermo (ovviamente, in quanto direttamente previsto dalla Costituzione) il tendenziale criterio di riparto fondato sul binomio diritto soggettivo/interesse legittimo, per modificare il quale sarebbe stato necessario intervenire sulla Carta costituzionale.

Si è quindi assistito ad un proliferare di interventi in tal senso (d.leg. n. 80 del 1998, l. n. 205 del 2000): le sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 16 gennaio 2003, n. 594, *id.*, 2003, I, 3093) così avevano tratte, giato dette modifiche legislative «rivoluzionarie»: «la disciplina di cui all'art. 33 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80 e all'art. 7 del 21 luglio 2000 n. 205, ha dettato un nuovo criterio di riparto della giurisdizione, basato sull'attribuzione di blocchi omogenei di materie, così abbandonando il previgente criterio fondato sulla differenziazione tra posizioni giuridiche di diritto soggettivo e interesse legittimo».

La Corte costituzionale, con la «storica» decisione del 6 luglio 2004, n. 204 (*id.*, 2004, I, 2594), ha tuttavia sensibilmente ridimensionato la portata di tale «nuovo criterio di riparto».

È quindi tornata di stringente attualità l'esigenza di ridurre la frequenza statistica di pronunce declinatorie della giurisdizione che sopravvenivano nei gradi di giudizio successivi al primo, con conseguente spreco di attività giurisdizio-

nale e vanificazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo (art. 111, 2° comma, Cost.).

14.5.2. - Tali sforzi sono stati coronati da successo in quanto, con una serie di coordinati interventi legislativi, è stato — se non definitivamente accantonato, almeno — sensibilmente ridotto, nella sua portata pratica, il risalente e sempre rispettato principio per cui la verifica attribuita al giudice in ordine alla sussistenza della sua giurisdizione deve essere compiuta, di norma, *ex officio*, in ogni stato e grado del processo, nell'ambito proprio di ognuna delle sue fasi.

La linea tendenziale di questi interventi può essere compendata, in sintesi, nei seguenti principi:

a) la definitiva pronuncia sulla giurisdizione deve intervenire nel più breve tempo possibile;

b) la parte che abbia erroneamente individuato il giudice competente non deve subire preclusioni od amputazioni della tutela sostanziale in relazione a tale errore (il principio della *translatio iudicii* è stato introdotto dall'art. 59 l. 69/09, in ottemperanza ad una decisione della Corte costituzionale — sentenza n. 77 del 2007 (*id.*, 2007, I, 1009) —, allo scopo di evitare che le parti incorrano in preclusioni e decadenze a motivo delle incertezze nell'individuazione del giudice fornito di giurisdizione: *ex aliis*, per una compiuta ricostruzione, v. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 940 del 21 febbraio 2012, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 248);

c) il giudice che declina la giurisdizione deve indicare il plesso giurisdizionale che — a suo dire — è deputato ad esaminare la controversia al fine di consentire la trasmigrazione del processo in un termine perentorio presso quel giudice (il quale, a propria volta, se non ritiene che la giurisdizione sia stata esattamente individuata dal giudice rimettente, o perché ritenga che spettasse a quest'ultimo, ovvero perché ritenga che spetti ad un terzo e diverso plesso ancora, è tenuto a sollevare il conflitto in tempi ristrettissimi).

Il composito sistema così delineato era stato in parte «anticipato» dalle sezioni unite della Corte di cassazione che, con la sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883 (*id.*, 2009, I, 806), avevano escluso la contestabilità *ex officio* della giurisdizione affermata per implicito dal primo giudice in assenza di espresso motivo di impugnazione.

L'art. 9 cod. proc. amm. ha quindi espressamente codificato il principio giurisprudenziale suddetto, al quale del resto si era prontamente adeguato il Consiglio di Stato. Ed è interessante rilevare che, proprio in virtù di tale spontaneo (e pregresso rispetto all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo) adeguamento all'arresto delle sezioni unite della Corte di cassazione reso con la sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883 (cit.), è stata conseguentemente affermata la natura ricognitiva della previsione di cui all'art. 9 cod. proc. amm. e la sua estensibilità anche a controversie d'appello relative a cause introdotte anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769, *id.*, Rep. 2013, voce *Contratto in genere*, n. 396).

Si evidenzia peraltro che, ad oggi, la disciplina del processo amministrativo riassunto in seguito a declaratoria di difetto di giurisdizione consente al giudice amministrativo di trarre argomenti di prova dall'istruttoria espletata nel processo celebrato innanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione (art. 11, 6° comma, cod. proc. amm.).

14.5.3. - La circostanza che la questione di giurisdizione, nei gradi successivi al primo, sia stata ricondotta al potere dispositivo delle parti ex art. 112 c.p.c. e sottratta al rilievo d'ufficio del giudice, si spiega quindi:

a) con una precisa volontà legislativa in tal senso, anticipata, come prima chiarito, per via giurisprudenziale;

b) con la considerazione che tale contenuta tempistica del rilievo officioso della questione non pregiudica in alcun modo le parti e consente che nei tempi più celeri venga individuato il giudice fornito di giurisdizione;

c) con la constatazione che — a tutto concedere — il formarsi del giudicato implicito a cagione dell'inerzia delle

parti e dell'omesso rilievo officioso del giudice di primo grado conduce ad una soluzione (quella che sulla controversia si pronuncia in plesso sfornito di giurisdizione) certamente scongiurabile, ma comunque non produttiva di conseguenze *contra ius*: al contrario, precludere al giudice di appello il rilievo officioso dell'assenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione condurrebbe a conseguenze negative sul piano del diritto sostanziale (esemplificativamente: la delibazione di un ricorso certamente tardivo, ovvero proposto da un soggetto non legittimato, ecc.).

14.6. - Alla stregua di tali considerazioni, e considerato l'univoco tenore letterale degli art. 9, 35 e 104 cod. proc. amm. prima citati, ritiene l'adunanza plenaria che debba fornirsi risposta positiva al quesito concernente la perbene possibilità per il giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado in carenza di pronuncia del giudice di primo grado, sul punto.

15. - Venendo adesso all'esame delle problematiche attinenti al merito, il collegio ritiene che evidenti ragioni di ordine sistematico ed espositivo inducano in primo luogo ad individuare in modo puntuale il quadro normativo applicabile e a delimitare altresì il *thema decidendum*, anche al fine di evitare che la vastità della materia trattata induca ad esulare dai confini tracciati dall'ordinanza di rimessione.

16. - Le tematiche della necessaria partecipazione alla gara quale condizione legittimante l'impugnazione della *lex specialis*, ovvero dell'esito della stessa, delle eccezioni a tale precetto, e la connessa aspirazione all'enucleazione dei casi in cui sarebbe ammissibile — *rectius*: doverosa — l'immediata impugnazione del bando (eventualmente anche in carenza della previa presentazione di una domanda partecipativa) sono state già esaminate dalla giurisprudenza amministrativa.

16.1. - È emersa in proposito una stabile concordanza di opinioni, sulla scia di due fondamentali pronunce rese da questa adunanza plenaria (ci si riferisce a Cons. Stato, ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1, *id.*, 2004, III, 344; 7 aprile 2011, n. 4, *id.*, 2011, III, 306), secondo cui:

a) 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;

b) 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;

c) 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.

16.2. - È stato in proposito osservato che l'illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica incide direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché — ha affermato la citata giurisprudenza — la lesività della stessa disciplina di gara va immediatamente contestata, senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ed anzi nemmeno sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e, dunque, sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara.

La sentenza dell'adunanza plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014 (*id.*, 2014, III, 429), dopo avere richiamato i propri precedenti (n. 4 del 2011 e n. 1 del 2003, citate), ha rilevato

che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione «deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione» e che «chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vantì un interesse di fatto a che la competizione — per lui *res inter alios acta* — venga nuovamente bandita».

È stato poi ivi precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando:

I) si contesti in radice l'indizione della gara;

II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

16.3. - Come peraltro riconosciuto nell'ordinanza di rimessione, è agevole riscontrare, che — sotto un profilo di frequenza statistica — le prime due ipotesi categoriali suindicate (contestazione dell'indizione della gara, ovvero della mancata indizione della gara) siano di più rara verifica; esse sono poi di più agevole accertamento, per cui il nodo centrale da sciogliere, con il quale si è sinora confrontata la giurisprudenza nell'aspirazione di precisare con chiarezza quali siano gli oneri per le imprese, è consistito nella enucleazione dei casi in cui ci si trovi al cospetto di «clausole del bando immediatamente escludenti».

16.4. - Sul punto, può ben affermarsi che la giurisprudenza maggioritaria ha fornito una risposta «ampliativa» in quanto, giovandosi della «clausola di apertura» contenuta nella sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 27 gennaio 2003, n. 1, cit. («non può, invece, essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, 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. Fra le ipotesi sopra richiamate può, sul piano esemplificativo, essere ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di *clare loqui*, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione»):

a) ha considerato «immediatamente escludenti», e quindi da impugnare immediatamente, (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi in quanto volte a fissare — restrittivamente, in tesi — i requisiti di ammissione ma attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta;

b) in tali evenienze ha legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda partecipativa.

16.5. - Sulla scia di tale linea interpretativa (*ex aliis*, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491) e nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, la giurisprudenza ha quindi a più riprese puntualizzato che vanno fatte rientrare nel *genus* delle «clausole immediatamente escludenti» le fattispecie di:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v. Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671, *id.*, Rep. 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 421);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'adunanza plenaria n. 3 del 2001, *id.*, 2001, III, 505);

c) 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 376);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135, *id.*, Rep. 2012, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 23; sez. III 23 gennaio 2015, n. 293);

e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222/01, *id.*, Rep. 2003, voce *Giustizia amministrativa*, n. 369);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di «0» pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso» (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421, *id.*, Rep. 2012, voce *Contratti pubblici*, n. 665).

16.5.1. - Per converso, è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate 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, *id.*, Rep. 2014, voce cit., n. 982) e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

16.6. - In sostanza — e con il conforto della maggioritaria dottrina — la possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, è stata 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. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La *ratio* sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo.

16.7. - È bene avvertire che l'orientamento espresso dalla decisione dell'adunanza plenaria n. 1 del 2003 (cit.) è rimasto nella sostanza immutato, sebbene a più riprese se ne fosse invocato il superamento (ci si riferisce alle tre ordinanze di rimessione all'adunanza plenaria della VI sezione del Consiglio di Stato 351/11 (*id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 1750; 2633/12, *id.*, Rep. 2012, voce *Giustizia amministrativa*, n. 485; 634/13, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 429, le cui argomentazioni sono state illustrate nell'ordinanza di rimessione oggetto di esame) essendosi osservato, in sintesi, che:

a) la limitazione dell'immediata impugnabilità alle sole cause escludenti non ha prodotto l'effetto atteso di deflazione del contenzioso;

b) i principi di buona fede e affidamento di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. comportano per le imprese partecipanti

l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura predisposta, anche come possibile fonte di responsabilità precontrattuale.

16.8. - Sembra al collegio che gli approdi raggiunti dalla decisione dell'adunanza plenaria n. 1 del 2003 (cit.) non costituiscano un «passaggio» isolato od eccentrico, rispetto ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, 1° comma, Cost. («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, 1° comma, cod. proc. amm.) secondo cui «per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse», posto che:

a) «l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antigiusdica 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. 12241/98, *id.*, Rep. 1998, voce *Appello civile*, n. 68);

b) 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. IV, 20 ottobre 1997, n. 1210, *id.*, Rep. 1997, voce *Giustizia amministrativa*, n. 509; sez. V 23 febbraio 2015, n. 855; ma v. anche Cass., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031, *id.*, Rep. 2007, voce *Tributi in genere*, n. 1059, 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);

c) 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., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9685, *id.*, 2013, I, 2512; 3 marzo 2015, n. 4228, *id.*, Rep. 2015, voce *Procedimento civile*, n. 125; 9 ottobre 2017, n. 23542, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*);

d) il codice del processo amministrativo ha confermato e ribadito tale impostazione (art. 34, 3° comma, ed art. 35, 1° comma, lett. b e c).

17. - Così delineata la cornice normativa e giurisprudenziale che il collegio ritiene di particolare rilevanza per la risoluzione dei quesiti centrali sottoposti dall'ordinanza di rimessione, si può adesso passare alla partita disamina dei medesimi.

18. - È bene innanzitutto precisare che nel caso in esame nessuna delle parti del giudizio, e neppure la sezione rimettente dubita della circostanza 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), avuto riguardo alle clausole mercè le quali la stazione appaltante presceglie il criterio di aggiudicazione (in tesi tacciato di illegittimità).

18.1. - Come puntualmente rilevato dalla sezione rimettente, proprio su questo specifico punto l'orientamento espresso dalla decisione dell'adunanza plenaria n. 1 del 2003, cit. (costantemente seguito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato e dei Tar) è stato quello secondo cui dovesse restare escluso l'onere di immediata impugnazione delle prescrizioni del bando riguardanti il metodo di gara, il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia, proprio perché non escludenti.

E sulla circostanza che tale giudizio (in realtà si tratta di una constatazione) di non sussumibilità di simili clausole

nel novero di quelle «escludenti» sia esatto, non è dato dubitare né sono state avanzate riserve da parte di alcuno.

18.2. - Si chiede invece — nell'ordinanza di rimessione — se non si debba affermare il principio per cui non soltanto le «clausole del bando immediatamente escludenti», ma anche tutte le prescrizioni generali del bando debbano essere immediatamente impugnate, e quindi (con più stretta aderenza alla fattispecie di causa) «quella relativa all'adozione del criterio del prezzo più basso, in luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo» e più in generale «tutte le clausole attinenti alle regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione».

18.3. - Tenuto conto della prospettazione contenuta nell'ordinanza di rimessione della terza sezione oggi all'esame di questa adunanza plenaria, in realtà, i quesiti di merito sono ancor più articolati di quanto ivi esposto.

Si richiede infatti all'adunanza plenaria:

a) la rivisitazione dell'orientamento espresso in passato, con riferimento alla previgente legislazione (d.leg. 163/06) in quanto trattasi di profilo immediatamente rilevante nella causa «governata» *ratione temporis* proprio da tale testo di legge;

b) al contempo, nel sottolineare l'evoluzione legislativa *medio tempore* avvenuta, si sollecita una presa di posizione che esamini la tematica anche con riferimento alla vigente legislazione (d.leg. n. 50 del 18 aprile 2016, siccome modificato dal d.leg. n. 56 del 19 aprile 2017), sebbene non applicabile alla odierna controversia;

c) con riferimento ad entrambe le fattispecie, poi, nell'ipotesi in cui si addivenga all'affermazione dell'impugnabilità immediata dei bandi allorché si censuri il criterio di aggiudicazione, si richiede un espresso chiarimento in ordine alle condizioni legittimanti l'impugnazione (*id est*: se sia — o meno — condizione di ammissibilità del ricorso l'avvenuta presentazione da parte del soggetto ricorrente della domanda di partecipazione alla gara).

18.4. - Il collegio ritiene che le questioni sopraindividuate vadano esaminate separatamente e che nell'ordine logico debba essere innanzitutto fornita una risposta al quesito individuato *sub lett. c)*.

18.4.1. - Sebbene, in realtà la questione non sia di immediata attualità con riferimento alla controversia in esame (laddove è pacifico che l'impresa che aveva impugnato la clausola del bando relativa al criterio di aggiudicazione aveva proposto la domanda di partecipazione alla gara), la ragione logica di tale priorità è evidente: laddove si affermasse sotto il profilo generale che anche il soggetto — pur operatore nel medesimo settore economico — che non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare un bando contestandone le clausole (tra le quali, per venire al caso di specie, quella relativa al sistema di aggiudicazione) che pacificamente non rivestono carattere «escludente», si dovrebbe convenire che per tal via verrebbe sancita una anticipazione della soglia di tutelabilità dell'interesse che renderebbe incomprensibile la regola opposta, che, invece, imponesse al soggetto partecipante alla gara di attendere l'esito infausto della selezione per poter proporre la medesima impugnazione.

18.5. - L'adunanza plenaria ritiene 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.

18.5.1. - Si osserva in proposito, che:

a) nel ribadire che tale consolidata impostazione è stata seguita puntualmente dalle sezioni del Consiglio di Stato (cfr., da ultimo, sez. IV 11 ottobre 2016, n. 4180, *id.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 543; 25 agosto 2016, n. 3688, *ibid.*, voce *Giustizia amministrativa*, n. 305; sez. III 10 giugno 2016, n. 2507; sez. IV 20 aprile 2016, n. 1560; sez. V 30 dicembre 2015, n. 5862, *ibid.*, voce *Contratti*

pubblici, n. 951; 12 novembre 2015, n. 5181, *id.*, Rep. 2015, voce cit., n. 627) va segnalato che essa ha ricevuto l'autorevole avallo della Corte costituzionale (Corte cost. 22 novembre 2016, n. 245, *id.*, 2017, I, 75, che ha ritenuto inammissibile — per difetto di rilevanza — una questione di legittimità costituzionale promossa dal Tar Liguria, nell'ambito di un giudizio in materia di appalti pubblici originato dal ricorso proposto da un'impresa che non aveva partecipato alla gara: secondo la corte, infatti, la verifica di legittimità costituzionale della disciplina sostanziale indicata dal Tar non potrebbe influire sull'esito della lite, destinata a concludersi con una pronuncia di inammissibilità del ricorso);

b) 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» (nel senso ampliativo fatto proprio dalla giurisprudenza e prima illustrato); 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;

c) 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.

18.5.2. - A quanto sinora rilevato, deve aggiungersi che sembra al collegio che, anche sul piano del diritto europeo, non si rinvenga alcun riferimento che militi per l'estensione della legittimazione ad impugnare clausole non escludenti contenute nei bandi di gara agli operatori del settore che si siano astenuti dal partecipare alla gara medesima.

18.5.3. - Giova precisare, in proposito che:

a) la Corte di giustizia, sez. VI, 12 febbraio 2004, causa C-230/02 (*id.*, Rep. 2004, voce *Unione europea*, n. 1319) 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 (affermazione questa, certamente in linea con quella della giurisprudenza nazionale prima citata a partire dalla decisione dell'adunanza plenaria n. 1 del 2003), ma non ha esteso la legittimazione del non partecipante alla gara all'impugnazione di clausole non certamente preclusive della propria partecipazione;

b) più di recente la Corte di giustizia (Corte giust. 21 dicembre 2016, causa C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GsmBH*, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 1792) ha espresso il principio secondo cui «l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa»;

c) se, quindi, seppur a particolari condizioni, può non essere riconosciuta la legittimazione all'impugnazione in capo ad un soggetto, pur partecipante alla gara ma che ne sia stato definitivamente escluso, *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, ecc.), si sia astenuto dal presen-

tare 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.

18.6. - Non sembra in contrario senso decisiva la circostanza che di recente il Tar Liguria, sez. II, con l'ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 (resa nello stesso giudizio proseguito dopo sentenza della Corte costituzionale n. 245 del 22 novembre 2016 che si è prima citata), abbia rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale riposante nel quesito «se gli art. 1, par. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva 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»: ciò tenuto conto del fatto che se la clausola è escludente (e tale non è quella che indica il criterio di aggiudicazione prescelto) essa è certamente impugnabile anche da chi non abbia proposto domanda di partecipazione alla gara (in quanto è certa la lesione), mentre, se la clausola non è escludente, si dovrebbe dare ingresso a valutazioni (quelle incentrate sulla «altissima probabilità di non conseguire, l'aggiudicazione») ipotetiche ed opinabili.

18.7. - Per concludere su tale profilo: va ribadito il consolidato orientamento secondo il quale l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione: e ciò, sia con riferimento alla previgente legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell'attuale quadro normativo.

18.7.1. - Non vi sono ragioni per mutare orientamento, tenuto conto che:

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

b) in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, tenuto conto della granitica giurisprudenza secondo cui (v., ancora di recente, Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507, cit.; sez. V 22 novembre 2017, n. 5438) «nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'impugnabilità 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 art. 24, 1° comma, e 113 1° comma, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale»;

c) 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 (ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, cit.; 25 febbraio 2014, n. 9, *id.*, 2014, III, 429).

19. - Possono adesso essere esaminate le questioni concernenti il *dies a quo* a partire dal quale l'offerente debba proporre l'impugnazione avverso le clausole del bando prive di immediata lesività in quanto non «escludenti», e purtuttavia, in tesi, illegittime.

19.1. - Due considerazioni preliminari in proposito, appaiono doverose.

19.1.1. - Per elementari esigenze di certezza, ritiene l'adunanza plenaria che meriti integrale condivisione la tesi esposta nell'ultima parte del par. 2.19 dell'ordinanza di rimessione, secondo cui «non è praticabile l'opzione ermeneutica, aspramente prospettabile, secondo la quale le esigenze di ampliare la tutela giurisdizionale in coerenza del canone di effettività della tutela imposto dal diritto dell'Unione europea, implicherebbero che l'operatore economico potrebbe scegliere se impugnare immediatamente il bando o attendere l'esito della procedura. Al contrario, deve porsi una chiara delimitazione delle ipotesi in cui un atto è lesivo, generando l'onere di tempestiva e autonoma impugnazione». La giurisprudenza, peraltro, ha in passato avuto modo di esaminare tale tematica (v. Cons. Stato, sez. IV, n. 1243 del 13 marzo 2014, *id.*, Rep. 2014, voce *Giustizia amministrativa*, n. 324) e ha chiarito che «la parte che, si assume lesa deve avere il dovere, e non soltanto la 'facoltà' di proporre impugnazione, altrimenti la richiesta concretezza ed attualità dell'interesse scolorano nel concetto di 'precauzione' e 'cautelatività', facendo presente che la tesi contraria comporterebbe 'inammissibili conseguenze sotto il profilo processuale conducendo ad una — facilmente preconizzabile — evenienza che si pone in contrasto con tutta la sistematica del codice improntata ad un evidente *favor* per il *simultaneus processus*».

È il caso in proposito di rammentare che l'esigenza di una trattazione unitaria e concentrata nelle controversie in materia di appalti trova conforto nell'art. 120, 7° comma, cod. proc. amm., che eccezionalmente, per le sole controversie disciplinate dal c.d. rito appalti, impone il ricorso ai motivi aggiunti c.d. impropri allorché si debbano impugnare nuovi provvedimenti attinenti alla medesima procedura di gara (mentre sul piano generale l'art. 104, 3° comma, circoscrive rigorosamente la proposizione dei motivi aggiunti in appello esclusivamente nei confronti del medesimo atto — o dei medesimi atti — che hanno costituito l'oggetto delle domande proposte in primo grado: v., sul punto, Con. Stato, ad. plen., n. 5 del 27 aprile 2015, capo 6.1.2, *id.*, 2015, III, 265).

19.1.2. - In secondo luogo, l'ordinanza di rimessione ha esposto gli argomenti che militerebbero per una revisione dell'orientamento «tradizionale», trascurando però di soffermarsi su un dato normativo, che sembra all'adunanza plenaria di assoluto rilievo.

Ed invero l'art. 120, 5° comma, cod. proc. amm. ha conferito rango legislativo all'impostazione della decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 27 gennaio 2003 n. 1 (cit.), prevedendo l'onere di immediata impugnazione del bando o dell'avviso di gara solo «in quanto autonomamente lesivo».

La detta prescrizione normativa sembra al collegio interpretabile in un unico senso: e cioè che tale eventualità sia ravvisabile soltanto nell'ipotesi in cui il bando presenti clausole escludenti (nel senso pur ampliativo delineato dalla giurisprudenza a più riprese citata).

Come si è prima posto in luce, l'ordinanza di rimessione non ritiene che la clausola del bando inerente al criterio di aggiudicazione sia di natura escludente, ed anzi auspica che l'anticipazione del momento di impugnazione («considerando» 3.2 dell'ordinanza di rimessione) possa essere esteso a «tutte le clausole attinenti alle regole 'formali' e 'sostanziali' della gara» (pur prive di portata escludente).

Ciò implica che, laddove (il che non è, come meglio si chiarirà di seguito) venissero ravvisati così imperiosi motivi per ritenere che l'obbligo di impugnazione immediata delle prescrizioni non escludenti del bando si imponga, ciò probabilmente non potrebbe avvenire in via ermeneutica, ma dovrebbe passare per il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità (rispetto ai precetti di cui agli art. 24 e 97 Cost.) dell'inciso del 5° comma dell'art. 120 «autonomamente lesivi».

19.1.3. - Ciò premesso, il collegio dedicherà quindi i successivi paragrafi dell'esposizione all'illustrazione delle ra-

gioni che inducono a confermare l'orientamento «tradizionale».

19.2. - Concentrando la disamina alle ragioni sottese alla paventata opportunità della rivisitazione dell'orientamento espresso in passato, con riferimento alla previgente legislazione (d.leg. 163/06), non si rinvencono motivi per discostarsi dal principio affermato sin dalla decisione dell'adunanza plenaria n. 1 del 2003: e ciò, sia per esigenze di carattere teorico generale che per esigenze eminentemente pratiche.

19.2.1. - Non sembra, anzitutto, al collegio che l'innovazione legislativa ascrivibile all'art. 4, 2° comma, lett. d), d.l. 13 maggio 2011 n. 70, che ha interpolato l'art. 46 d.leg. n. 163 del 2006 inserendovi il comma 1 bis (che così dispone, nella parte di interesse: «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle»), militi a sostegno delle aspirazioni «evolutive» rispetto all'indirizzo tradizionale (siccome ipotizzato nell'ordinanza di rimessione).

Mercé detta disposizione (reiterata peraltro dall'art. 83, 8° comma, vigente d.leg. 50/16) si è certamente voluta favorire la massima partecipazione alle gare attraverso il divieto di un aggravio del procedimento, correggendo quelle soluzioni che sfociavano in esclusioni derivanti da violazioni puramente formali (tra le tante, v. Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3750, *id.*, Rep. 2015, voce *Contratti pubblici*, n. 729); ma ciò è avvenuto attraverso un accorgimento (espressa comminatoria di nullità, ex art. 21 *septies* l. 241/90) che:

a) da un canto rende meramente eventuale il ricorso ad iniziative giurisdizionali in quanto, secondo autorevole giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974, *id.*, Rep. 2013, voce cit., nn. 505, 796, 928), tali clausole sono passibili di formale disapplicazione da parte della commissione di gara;

b) ma soprattutto — a cagione dell'anticoncorrenzialità di simili clausole e della sanzione di nullità che da ciò discende — consente che l'iniziativa giurisdizionale avverso le stesse venga esercitata in qualsiasi tempo: ciò, semmai, va nella direzione contraria (immediata emersione dei vizi del bando) rispetto a quella prospettata a sostegno dell'indirizzo evolutivo;

c) non ritiene, quindi, il collegio che tale disposizione esprima indirizzi 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, sino a quel momento unicamente paventata.

19.2.2. - Con più specifico riferimento alla fattispecie rilevante nell'odierno processo (individuazione del metodo di aggiudicazione), è noto che il d.leg. 163/06 (come anche la legislazione antecedente) si fondava sul principio dell'equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, la cui scelta restava rimessa alla responsabile discrezionalità della stazione appaltante (art. 81, 1° e 2° comma, predetto d.leg. 12 aprile 2006 n. 163), mentre il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.leg. 18 aprile 2016 n. 50 — non applicabile *ratione temporis* alla presente vicenda contenziosa — ha introdotto all'art. 95 una rilevante novità sistematica (sulla scorta del 'considerando' 89 della direttiva 24/2014, laddove si afferma che l'offerta «economicamente» più vantaggiosa è «sempre» quella che assicura il miglior rapporto tra qualità e prezzo), esprimendo un indiscutibile *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e prevedendo un «sistema di gerarchia» tra i metodi di aggiudicazione.

Ma né la pregressa disposizione né quella attuale 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 cer-

tamente 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.

19.2.3. - A ben guardare, poi, l'ordinanza di rimessione (ma anche per il vero la motivazione delle tre precedenti ordinanze di rimessione all'adunanza plenaria 351/11, 2633/12, 634/13 citate) dà atto della circostanza che l'esigenza sottesa all'onere di immediata impugnazione di tutte le regole del bando ancorché non escludenti si fonderebbe pressoché esclusivamente sull'auspicio di accelerare per tal via la definizione del contenzioso (evitando che i rapporti giuridici, una volta avviati, siano rimessi in discussione) e sulla considerazione che l'orientamento «tradizionale» non avrebbe prodotto alcuna riduzione del contenzioso.

Ora, però, salvo quanto si dirà immediatamente di seguito, tale esigenza — certamente espressiva di una preoccupazione reale e meritevole di considerazione — per un verso non sarebbe risolutivamente soddisfatta dall'accorgimento che ci si propone di introdurre e, per altro verso, condurrebbe all'assai probabile incremento del contenzioso.

19.2.4. - Si è già osservato che il rito processuale amministrativo, per risalente tradizione, è governato dall'impulso di parte.

Numerose sono le vigenti disposizioni che testimoniano dell'attualità di tale particolare configurazione e tra esse giova ricordare quelle (art. 35 e 84 cod. proc. amm.) secondo cui la parte che propone il ricorso può rinunciarvi in qualsiasi momento ed anche nel giudizio di appello, potendo financo rinunciare agli effetti della sentenza di primo grado (tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 11 settembre 2017, n. 4274).

Tale — insindacabile da parte del giudice — diritto potestativo si estende anche alla tutela cautelare, la quale è facoltativamente richiesta dalla parte impugnante.

Come è noto, l'art. 120, 6° comma, cod. proc. amm., conformandosi al precetto contenuto all'art. 1 della direttiva 89/665/Cee siccome modificato dall'art. 41 della direttiva del consiglio n. 50 del 18 giugno 1992 e successivamente sostituito dall'art. 1 della direttiva del parlamento europeo e del consiglio n. 66 dell'11 dicembre 2007 (laddove si richiede che gli Stati membri prevedano che, «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile»), ha previsto un rito speciale soggetto a termini stringenti ed ha in parte «attenuato» l'incidenza della iniziativa di parte, allorché ha previsto che l'udienza venga fissata d'ufficio dal giudice.

Tuttavia — soprattutto con riferimento alle gare di meno rilevante complessità — la tempistica processuale è giocoforza meno rapida rispetto ai compiti rimessi al seggio di gara.

Imporre l'immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando, in questo contesto, rischierebbe di produrre le seguenti conseguenze:

a) tutte le offerenti che ritengano di poter prospettare critiche avverso prescrizioni del bando pur non rivestenti portata escludente sarebbero incentivate a proporre immediatamente l'impugnazione (nella certezza che non potrebbero proporla successivamente);

b) al contempo, in vista del perseguimento del loro obiettivo primario (quello dell'aggiudicazione) esse sarebbero tentate di dilatare in ogni modo la tempistica processuale (*in primis* omettendo di proporre la domanda cautelare), così consentendo alla stazione appaltante di proseguire nell'espletamento della gara, in quanto, laddove si rendessero aggiudicatarie prima che il ricorso proposto avverso il bando pervenga alla definitiva decisione, esse potrebbero rinunciare al detto ricorso proposto avverso il bando, avendo conseguito l'obiettivo primario dell'aggiudicazione;

c) soltanto laddove non si rendessero aggiudicatarie, a quel punto, coltiverebbero l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara incentrato sul ricorso già proposto avverso il bando.

Di converso, le stazioni appaltanti potrebbero ragionevolmente rallentare l'espletamento delle procedure di gara contestate, in attesa della decisione del ricorso proposto avverso il bando.

In ultima analisi, l'effetto pressoché certo dell'abbandono del criterio tradizionale è quello dell'(ulteriore) incremento del contenzioso: quantomeno a legislazione vigente, i possibili vantaggi sembrano del tutto ipotetici.

19.2.5. - Può quindi concludersi tale articolazione della disamina, con l'affermazione che con riferimento alle gare *ratione temporis* governate dal d.leg. 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.

19.3. - A considerazioni analoghe deve pervenirsi ove si valuti la questione con riferimento alla vigente legislazione.

19.3.1. - Considerato che la procedura di gara per cui è causa è governata *ratione temporis* dalle prescrizioni di cui al d.leg. 163/06, il quesito prospettato dall'ordinanza di rimessione — nella parte in cui esso è stato riferito anche alla vigente legislazione — muove dalla (condivisibile) considerazione che trattasi di una questione della massima importanza (art. 99, 5° comma, cod. proc. amm.).

E non sembra un caso che, in realtà, il maggiore sforzo motivazionale dell'ordinanza di rimessione sia stato dedicato all'illustrazione delle modifiche ordinamentali che, in tesi, dovrebbero indurre ad estendere l'obbligo di immediata impugnazione a tutte le clausole del bando ancorché non aventi natura escludente.

19.3.2. - È questa la ragione per cui si è ritenuto di dedicare una autonoma disamina a tale articolazione del quesito, essendo però appena il caso di precisare che quanto si è finora affermato con riferimento al previgente quadro normativo (e che si ometterà di ripetere) è certamente traslabile anche al particolare profilo che ci si accinge ad esaminare.

19.3.3. - Premesso che sulla «portata» della disposizione di cui all'art. 83, 8° comma, vigente d.leg. 50/16 (riproduttivo dell'art. 46, comma 1 *bis*, d.leg. n. 163 del 2006) e di quella di cui all'art. 95 d.leg. 50/16 ci si è già in precedenza soffermati, ad avviso della sezione rimettente militerebbero per l'estensione dell'obbligo di immediata impugnazione a tutte le clausole del bando, ancorché non aventi natura escludente:

a) le disposizioni di cui all'art. 211, 2° comma, del nuovo codice (comma quest'ultimo abrogato dall'art. 123, 1° comma, lett. b, d.leg. 19 aprile 2017 n. 56) e di cui ai commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater*, aggiunti al già citato art. 211 d.leg. n. 50 del 2016 dall'art. 52 *ter*, 1° comma, d.l. 24 aprile 2017 n. 50;

b) le disposizioni processuali di cui all'art. 120 cod. proc. amm., commi 2 *bis* e 6 *bis*, così come modificato dall'art. 204, 1° comma, lett. b), nuovo cod. contratti pubblici.

19.3.4. - Un'approfondita riflessione si impone per la disamina del disposto di cui all'art. 211 d.leg. 18 aprile 2016 n. 50 sia nel testo originario interpolato dal d.leg. 19 aprile 2017 n. 56, che in quello vigente, siccome novellato dal d.l. 24 aprile 2017 n. 50: ci si riferisce all'istituto delle raccomandazioni vincolanti dell'Autorità nazionale anticorruzione previsto dall'art. 211, 2° comma, d.leg. 50/16 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.

Si tratta, invero, del conferimento all'Anac di una legittimazione processuale straordinaria al pari di quanto disposto da altre previsioni normative (si rammentano in proposito

gli art. 14, 7° comma, 62, 110, 1° comma, 121, 6° comma, e 157, 2° comma, d.leg. n. 58 del 1998, con cui la Banca d'Italia e la Consob sono state legittimate ad impugnare le deliberazioni delle società vigilate adottate in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria; l'art. 52, 4° comma, d.leg. n. 446 del 1997, che ha riconosciuto al ministero delle finanze il potere di impugnare per qualsiasi vizio di legittimità i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie; l'art. 6, 10° comma, l. n. 168 del 1989, che ha attribuito al ministro dell'università e della ricerca il potere di diretta impugnazione degli statuti dei singoli atenei che non si adeguino ai rilievi di legittimità dallo stesso formulati; l'art. 21 *bis* l. 10 ottobre 1990 n. 287, in tema di poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza; l'art. 37 d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 in tema di poteri attribuiti all'autorità di regolazione dei trasporti e l'art. 70 d.leg. 18 agosto 2000 n. 267, che attribuisce al prefetto la legittimazione a far valere, in via giurisdizionale, la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale).

19.3.5. - Orbene, che la «concorrenza per il mercato» sia un interesse di rango costituzionale ed europeo, è circostanza nota e non stupisce pertanto che il legislatore abbia sentito l'esigenza di attribuire all'autorità di vigilanza in materia poteri «propri» da esercitare in sede giurisdizionale: la commissione speciale del Consiglio di Stato, chiamata a rendere il parere sullo schema del decreto legislativo (Cons. Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777) soffermandosi sull'ormai abrogato istituto di cui al 2° comma del citato art. 211 (le c.d. «raccomandazioni vincolanti»), ha fatto riferimento ad un «rafforzamento dei poteri dell'Anac mediante l'attribuzione, in particolare, di un potere finalizzato all'emissione di raccomandazioni vincolanti nei confronti delle stazioni appaltanti, per l'annullamento in autotutela di atti della procedura di gara illegittimi» (considerazioni, queste, certamente estensibili alla disposizione oggi vigente di cui al comma 1 *bis* del citato art. 211).

È necessario però sottolineare l'inammissibilità della *ratio* dell'innovazione legislativa suddetta alle «esigenze» che militerebbero a sostegno dell'obbligo di immediata impugnazione delle clausole non escludenti del bando.

Invero la legittimazione dall'Anac viene esercitata a presidio dell'interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo (di qui, anche, la limitazione ai «contratti di rilevante impatto» contenuta nella citata disposizione) e postula un interesse «certo» e prioritario (quello alla rimozione del bando).

Il partecipante alla gara, invece, ha un interesse del tutto distinto da quello pubblicistico: ha l'interesse primario ed immediato ad aggiudicarsi la gara medesima; è quindi ravvisabile un interesse dell'offerente a proseguire la gara, funzionale ad ottenere il bene della vita cui esso aspira, rappresentato dall'aggiudicazione; soltanto laddove l'aggiudicazione diviene impossibile assumere rilievo l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara; ma non è certo che nella fase embrionale della procedura (che è questa la fase in cui egli dovrebbe proporre l'impugnazione avverso il bando) l'interesse all'aggiudicazione sia certamente frustrato.

L'autorità agisce nell'interesse della legge; il partecipante alla gara nel proprio esclusivo e soggettivo interesse. Che, si ripete, primariamente, è quello di aggiudicarsi la gara e solo subordinatamente, quello della riedizione della gara che non si sia riuscito ad aggiudicare.

Non sembra pertanto a questa adunanza plenaria che la disposizione di cui all'art. 211 d.leg. 50/16 si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse (non, come si è prima chiarito, dell'operatore del settore, ma neppure del partecipante alla procedura) a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettiviz-

zato in capo all'autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge.

19.3.6. - Riconosce, invece, il collegio, la rilevante portata innovativa rappresentata dal nuovo rito c.d. «superaccelerato» di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., introdotto dall'art. 204, 1° comma, lett. d), d.leg. 50/16.

Detta disposizione è volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (Cons. Stato, parere 855/16, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, 2016.715 sul codice degli appalti pubblici). Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara (Cons. Stato, parere 782/17, *id.*, Rep. 2017, voce cit., nn. 322, 328, 335, 351, 380, 400, 475, 498, 627, 869 sul decreto correttivo al nuovo codice degli appalti pubblici).

Tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in questione, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati; l'omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine preclude al concorrente la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura (cfr. art. 120, comma 2 *bis*, cod. proc. amm.: «L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale»).

La diversa ermeneutica non può trarre argomenti interpretativi dal comma 6 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm. («La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale») che, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi incidentali, potrebbe far propendere, ad una prima lettura, per la permanenza del potere di articolare in sede di gravame incidentale, vizi afferenti l'ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2 *bis*.

In senso contrario, si osserva che detta disposizione in realtà si riferisce ai gravami incidentali che hanno ad oggetto non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale), poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 *bis* di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa: per tal via si violerebbe il comma 2 *bis* citato e, soprattutto, la *ratio* sottesa al nuovo rito superspeciale, che, come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere 782/17 sul decreto correttivo al codice degli appalti pubblici, cit.), è anche quello di «neutralizzare per quanto possibile ... l'effetto 'perverso' del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di giustizia in relazione a tale istituto)».

19.3.7. - Va premesso che la giurisprudenza amministrativa non ha avuto incertezze nel ritenere che:

a) mercé la detta disposizione si sia voluta consentire l'immediata emersione dei vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale

accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione (con conseguente preclusione a rilevare tali vizi in fase successiva);

b) detto rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni, previsto dal comma 2 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., costituisca eccezione al regime «ordinario» del processo appalti (a sua volta derogatorio rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 cod. proc. amm.) e, perciò, debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, 1° comma, secondo periodo, d.leg. 50/16;

c) le norme ivi contenute (quanto ai «vizi» scrutinabili) siano di stretta interpretazione: è rimasto infatti chiarito, ad esempio, che l'esclusione dalla procedura di gara dopo la valutazione del contenuto dell'offerta, in conseguenza dell'attribuzione di un giudizio di inidoneità, non ricade nella fattispecie del rito camerale superaccelerato di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, cod. proc. amm. Questo rito è, infatti, utilizzabile solo quando l'esclusione avvenga prima dell'esame dei dettagli tecnici dell'offerta da parte della commissione giudicatrice, ossia quando si discuta esclusivamente del possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per l'ingresso nella procedura di gara. Non appare, invece, applicabile quando la stazione appaltante abbia espresso un giudizio di valore sull'offerta già ammessa, nel confronto con le altre offerte. La conclusione non cambia se il raggiungimento o il superamento di una soglia minima di punteggio sia prevista dalla *lex specialis* come condizione per accedere a una fase successiva della medesima procedura, in quanto, una volta che l'offerta sia stata valutata, anche solo parzialmente, l'oggetto sostanziale della controversia è il giudizio sull'offerta stessa, e non l'esclusione del concorrente, che è solo un riflesso del punteggio attribuito;

d) si è quindi da ciò fatto discendere che esso sia applicabile esclusivamente ai casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato possesso) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti e non per l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione della gara.

19.3.8. - In sostanza, ritiene l'adunanza plenaria che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonomia rilevante ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale. Peraltro, un tassello (seppur di minore pregnanza) di questo disegno legislativo in favore della «invarianza» della platea dei partecipanti alla gara era stato già introdotto nel sistema nella vigenza del d.leg. n. 163 del 2006 e conservato nell'attuale codice dei contratti pubblici (art. 38, comma 2 *bis*, d.leg. 163/06 inserito dall'art. 39, 1° comma, d.l. 24 giugno 2014 n. 90: «ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»; oggi, v. l'art. 95, 15° comma, d.leg. 50/16).

19.3.9. - L'adunanza plenaria, se concorda con la rilevante novità dell'istituto in commento, non ritiene però che dallo stesso possano trarsi considerazioni espressive di un principio generale.

Anche in questo caso, è bene sottolineare che l'opzione innovativa del legislatore non rappresenta una novità assoluta.

Non appare in proposito arbitrario l'accostamento della disposizione suindicata a quelle contenute nei primi due commi dell'art. 129 cod. proc. amm. («1. I provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del parlamento europeo spettanti all'Italia sono impugnabili

innanzi al tribunale amministrativo regionale competente nel termine di tre giorni dalla pubblicazione, anche mediante affissione, ovvero dalla comunicazione, se prevista, degli atti impugnati. — 2. Gli atti diversi da quelli di cui al 1° comma sono impugnati alla conclusione del procedimento unitamente all'atto di proclamazione degli eletti»).

Anche in questa ipotesi in ultimo citata, il legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, ha fornito immediata protezione ad un interesse procedimentale (o, se si vuole, ha attribuito connotazioni sostanziali al medesimo) e ha stabilito a presidio del medesimo termini stringenti di impugnazione dei provvedimenti in tesi (certamente ed immediatamente) lesivi, rinviando ad un momento successivo l'eventuale contenzioso investente provvedimenti di cui — nella fase embrionale del procedimento elettorale — non era certa la lesività, attualizzandosi la medesima, possibilmente, soltanto all'esito della competizione elettorale.

19.3.10. - Orbene, in simile condizione, sembra all'adunanza plenaria che:

a) non sia possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 cod. proc. amm. 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;

b) sembra invece che il legislatore abbia voluto perimetrare l'interesse procedimentale (crystallizzazione della platea dei concorrenti, ammissioni ed esclusioni) a [quello] di cui favorire l'immediata emersione, attraverso una puntuale e restrittiva indicazione dell'oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito «superaccelerato»;

c) 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);

d) come già colto da questo 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, comm. spec., parere n. 885 del 1° aprile 2016, cit.), 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 14 marzo 2017, *ibid.*, n. 908);

e) 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;

f) 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).

19.3.11. - Le considerazioni sopra esposte inducono, così, a ritenere che le disposizioni sopra richiamate non siano espressive di un principio generale volto ad affermare l'immediata impugnabilità di atti preparatori e la tutelabilità immediata di interessi procedimentali, ma deroghe positivamente previste al diverso principio generale che vuole l'impugnabilità del bando per vizi che non siano immediatamente escludenti unitamente all'atto applicativo.

19.3.12. - Escluso quindi che, anche tenuto conto dei commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 cod. proc. amm., si rinvenivano elementi testuali, ovvero sistematici, per pervenire all'auspicato revirement, si aggiunge che vi sono profili pratici di non modesto spessore che (quantomeno *de iure condito*) si oppongono ad una soluzione ampliativa dell'obbligo di immediata impugnazione del bando.

Accedendo all'indirizzo evolutivo, infatti, emerge con chiarezza (tenuto conto che la espressa dizione contenuta *sub* art. 120, commi 2 bis e 6 bis, cod. proc. amm. impedisce senz'altro di impugnare le clausole del bando «non escludenti» in seno a detto rito superaccelerato) che il sistema di tutela giurisdizionale subirebbe una ulteriore frammentazione, ipotizzandosi che nella fase iniziale della procedura coesistono due riti (quello «ordinario» ex art. 120 cod. proc. amm. e quello superaccelerato, fruibili in ipotesi rispettivamente differenziate), e che essi a loro volta coesistano con le «ordinarie» impugnazioni ex art. 120 cod. proc. amm. investenti i provvedimenti lesivi successivi (*id est*: aggiudicazione, vaglio sull'anomalia, ecc.).

Verrebbe quindi a complicarsi un quadro già frastagliato, sino ad ipotizzare tre diverse «occasioni» in cui il medesimo giudice è chiamato a pronunciarsi sulla medesima gara: tale frammentazione non sembra giustificata dall'emersione di un interesse reale, dovendosi qui ribadire che l'interesse dell'operatore economico ad ottenere una *lex* di gara che gli consenta di competere *secundum legem*, quando non espressamente tutelato con una norma primaria, è recessivo rispetto all'interesse di questo ad ottenere l'aggiudicazione, e che, ove eventualmente resosi aggiudicatario, l'operatore non avrebbe alcun interesse a contestare una *lex specialis* che comunque gli ha attribuito il bene della vita cui aspirava.

19.3.13. - Quanto sinora esposto consente a questa adunanza plenaria di ribadire 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 (cit.), 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.

20. - Conclusivamente, l'adunanza plenaria:

a) enuncia i principi di diritto che seguono:

I) sussiste il potere del giudice d'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;

II) le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura;

b) restituisce la controversia alla sezione rimettente ai sensi dell'art. 99, 4° comma, d.leg. 2 luglio 2010 n. 104.

(1) La pronuncia conferma l'ampio indirizzo giurisprudenziale secondo cui, anche dopo il codice del processo amministrativo, al giudice d'appello non è precluso l'esame d'ufficio dei presupposti e delle condizioni per la proposizione dell'azione. In questo senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Giustizia amministrativa*, n. 426; sez. VI 5 settembre 2017, n. 4196, <www.giustizia-amministrativa.it>; 21 luglio 2016, n. 3303, *Foro it.*, Rep.

2016, voce cit., n. 317; Cons. giust. amm. sic. 6 maggio 2016, n. 134, *ibid.*, n. 324; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 860, *ibid.*, n. 184; Cons. giust. amm. sic. 20 novembre 2015, n. 665, *ibid.*, n. 516; Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4157, <www.giustizia-amministrativa.it>; sez. V 23 ottobre 2014, n. 5237, *Foro it.*, Rep. 2014, voce cit., n. 902; sez. IV 10 giugno 2014, n. 2967, *ibid.*, n. 1063; sez. V 3 giugno 2013, n. 3035, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 1351; Cons. giust. amm. sic. 16 aprile 2013, n. 408, *ibid.*, n. 626; Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1895, *ibid.*, n. 627; sez. VI 22 febbraio 2013, n. 1094, *ibid.*, n. 435; sez. V 27 marzo 2013, n. 1769, *ibid.*, voce *Contratto in genere*, n. 396; sez. VI 18 aprile 2013, n. 2152, *ibid.*, voce *Giustizia amministrativa*, n. 252; sez. V 29 novembre 2011, n. 6296, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 277; ad. plen. 3 giugno 2011, n. 10, *id.*, 2011, III, 365. Questo ampio indirizzo, che conferma un orientamento già consolidato prima del codice (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2, *id.*, 1997, III, 36; 28 ottobre 1980, n. 41, *id.*, 1981, III, 72), è stato espresso sia con riferimento alle condizioni per l'azione in senso stretto (legittimazione e interesse a ricorrere), sia con riferimento alla regolare costituzione del rapporto processuale, alla garanzia e all'integrità del contraddittorio, ma anche alla tempestività e alla procedibilità del ricorso, all'estinzione del giudizio: l'adunanza plenaria, nella sentenza in epigrafe, afferma la sua portata rispetto a tutte le questioni di rito (ossia a tutte le «circostanze che consentono al giudice di entrare nel merito della domanda»). La rilevanza d'ufficio in grado d'appello di vizi del genere non è contemplata espressamente dal codice, ma viene giustificata anche alla luce dell'art. 35 cod. proc. amm., che definisce i poteri d'ufficio del giudice amministrativo rispetto alle questioni di rito, e trova riscontro nella previsione nell'art. 104, 1° comma, cod. proc. amm. di «eccezioni rilevabili d'ufficio» in grado d'appello. Ciò comporta, fra l'altro, che negli stessi casi non è configurabile un «giudicato implicito» sulla questione di rito.

Rispetto a un quadro giurisprudenziale così assestato, il dubbio che ha determinato la rimessione all'adunanza plenaria era correlato all'art. 9 cod. proc. amm., che invece ha previsto la formazione del c.d. giudicato implicito sulla questione di giurisdizione (sull'art. 9 cod. proc. amm. e sull'esclusione di un giudicato implicito sulla giurisdizione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 221, *id.*, Rep. 2015, voce cit., n. 194; 5 marzo 2013, n. 1295, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 261; sez. III 22 novembre 2011, n. 6147, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 279). Il dubbio era stato trattato da CORLETTI, *Commento all'art. 104, in Il processo amministrativo* a cura di QUARANTA e LOPILATO, Milano, 2011, che peraltro aveva concluso nel senso che (in omaggio al diritto positivo) si dovesse concludere per un trattamento specifico di tale questione. L'adunanza plenaria, in effetti, conclude in termini analoghi, sottolineando esplicitamente la «dequotazione» della questione di giurisdizione, come appare testimoniatore, più ancora che dall'introduzione della c.d. *translatio iudicii*, dall'interpretazione pretoria della Cassazione all'art. 37, 1° comma, c.p.c. (cfr. Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di G.G. POLI) e dalla sua formale recezione nell'art. 9 cod. proc. amm.

Le conclusioni dell'adunanza plenaria risultano convergenti con quelle accolte dalla giurisprudenza civile, sulla rilevanza d'ufficio, in sede di gravame, delle c.d. questioni fondanti o vitali, attinenti in particolare alle condizioni e ai presupposti della domanda, ma anche alla capacità di agire, alla sussistenza di un giudicato, al litisconsorzio necessario, che non siano state trattate nella sentenza di merito, con l'esclusione pertanto della configurabilità in tali casi di un giudicato implicito. Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, *ibid.*, con nota di G.G. POLI, cit., e la giurisprudenza civile successiva; in particolare, cfr. Cass., sez. un., 4 marzo 2016, n. 4248, *id.*, Rep. 2016, voce *Procedimento civile*, n. 156, che applica il medesimo principio rispetto alla rappresentanza processuale.

(2) L'adunanza plenaria conferma che nell'ambito di una gara d'appalto solo le c.d. «clausole immediatamente escludenti», in quanto per loro natura immediatamente lesive, devono

essere contestate immediatamente, senza attendere l'esito della gara; in tali casi, che devono intendersi eccezionali, viene precisato che la legittimazione a ricorrere non presuppone la partecipazione alla procedura. Invece le clausole non immediatamente escludenti, in quanto non immediatamente lesive, vanno impugnate con il provvedimento che definisce la procedura concorsuale e che quindi identifica in concreto il soggetto leso; in tali casi la legittimazione a ricorrere postula la preventiva partecipazione alla gara. Come segnalato dall'adunanza plenaria, viene confermato così l'indirizzo del tutto prevalente nella giurisprudenza precedente, a far tempo da Cons. Stato, ad. plen., 11 giugno 2001, n. 3, *Foro it.*, 2001, III, 505; cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491, <www.giustizia-amministrativa.it>; Cons. giust. amm. sic. 28 gennaio 2015, n. 75, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Giustizia amministrativa*, n. 278; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293, <www.giustizia-amministrativa.it>; Cons. giust. amm. sic. 21 gennaio 2015, n. 41, *Foro it.*, Rep. 2015, voce cit., n. 380; Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282, *id.*, Rep. 2014, voce *Contratti pubblici*, n. 982; sez. IV 7 novembre 2012, n. 5671, *id.*, Rep. 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 421; sez. V 21 novembre 2011, n. 6135, *id.*, Rep. 2012, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 23; sez. III 3 ottobre 2011, n. 5421, *ibid.*, voce *Contratti pubblici*, n. 665; ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, *id.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI.

La sentenza presenta comunque particolare interesse per due profili.

Il primo profilo è rappresentato dalla elencazione delle c.d. clausole escludenti (§ 16.4 della sentenza): raccogliendo vari spunti della giurisprudenza precedente, sono incluse nell'elenco non solo clausole che precludono la partecipazione alla procedura, ma anche clausole che rendano particolarmente problematica la partecipazione stessa (cfr., già Cons. Stato, ad. plen., 11 giugno 2001, n. 3, cit.), clausole che rendano obiettivamente antieconomico il rapporto contrattuale, clausole impositive di obblighi incompatibili con norme imperative, ecc. È evidente comunque l'intenzione dell'adunanza plenaria di contenere la spinta ad estendere ulteriormente la tipologia delle clausole «escludenti», in una logica di eccezionalità dell'impugnazione immediata del bando: in questa logica l'impugnabilità immediata del bando va ricondotta più alla impossibilità (giuridica o pratica) di presentare l'offerta che alla improbabilità dell'aggiudicazione. Di conseguenza viene precisato che invece altre clausole, come quelle che concernono il metodo prescelto per l'aggiudicazione (massimo ribasso o offerta economicamente più vantaggiosa), non possono giustificare l'impugnazione immediata del bando. In presenza di una clausola non escludente viene confermato che il bando va impugnato con il provvedimento di aggiudicazione (o di esclusione) e che legittimato a ricorrere è solo chi abbia partecipato alla procedura: così Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 543; 25 agosto 2016, n. 3688, *ibid.*, voce *Giustizia amministrativa*, n. 305; sez. III 10 giugno 2016, n. 2507, <www.giustizia-amministrativa.it>; sez. IV 20 aprile 2016, n. 1560, *ibid.*; sez. V 30 dicembre 2015, n. 5862; *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 951; 12 novembre 2015, n. 5181, *id.*, Rep. 2015, voce cit., n. 627; sez. VI 10 dicembre 2014, n. 6048, *ibid.*, voce *Giustizia amministrativa*, nn. 370, 397; ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9, *id.*, 2014, III, 429. Si noti, in proposito, la netta distinzione praticata in questa occasione dall'adunanza plenaria fra legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere: l'interesse a ricorrere (che può avere carattere strumentale, e cioè può avere di mira la rinnovazione della procedura) non identifica la legittimazione a ricorrere.

Il secondo profilo di particolare interesse attiene appunto alla legittimazione a ricorrere, in presenza di clausole «non escludenti». In proposito l'adunanza plenaria considera, oltre al soggetto che abbia partecipato alla procedura, anche l'operatore che abbia «manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura». L'adunanza plenaria non chiarisce però i caratteri specifici di questa seconda condizione legittimante. Sembra ragionevole riferirla a situazioni tipiche, già riconosciute dalla giurisprudenza, come la richiesta di invito rispetto ad una pro-

cedura ristretta; non si profila dunque un'estensione delle condizioni legittimanti già oggi ammesse.

Nella pronuncia l'adunanza plenaria rileva che Tar Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263, <www.giustizia-amministrativa.it>, aveva sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale concernente appunto la conformità all'ordinamento comunitario della riserva della possibilità di impugnare solo a chi abbia partecipato alla gara: l'adunanza plenaria evita il confronto con la pendenza della questione pregiudiziale, rilevando che nel caso trattato dal Tar Liguria si sarebbe stati in presenza di una clausola escludente (in realtà, il Tar nella sua ordinanza aveva assunto che non si trattasse di clausola escludente in senso proprio, ma si trattasse di clausola che riduceva sensibilmente le probabilità di successo nel caso di partecipazione alla procedura). La questione è stata comunque trattata da Corte giust. 28 novembre 2018, causa C-328/17, <www.http://curia.europa.eu>, che ha concluso nel senso che non è in contrasto con la disciplina comunitaria la regola processuale che subordina la presentazione del ricorso contro le decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice alla partecipazione alla procedura. Nello stesso senso, cfr. già Corte giust. 21 dicembre 2016, causa C-355/15, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Unione europea*, n. 1792.

Corte cost. 22 novembre 2016, n. 245, *id.*, 2017, I, 75, ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale perché il giudizio di merito riguardava una gara pubblica alla quale la ricorrente non aveva partecipato: la corte ha rilevato in proposito che «la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel ritenere che l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto».

(3) L'adunanza plenaria sottolinea come l'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, cod. proc. amm. (introdotti dall'art. 204 d.leg. 18 aprile 2016 n. 50, c.d. nuovo codice dei contratti pubblici) abbia previsto un rito particolare (c.d. rito superaccelerato) contro esclusioni ed ammissioni alle procedure di gara. La sua disciplina ha carattere del tutto eccezionale anche rispetto al rito speciale vigente in materia di appalti pubblici: di conseguenza la sua portata è tassativa. Per questa ragione riguarda soltanto i provvedimenti di ammissione o di esclusione che siano contestati in relazione al possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali prescritti ai fini della gara, senza la possibilità di applicazioni estensive o analogiche (per esempio, ai profili, pure rilevanti ai fini dell'ammissione a una procedura di gara, attinenti alla forma o al contenuto della domanda, ancorché prescritti a pena d'esclusione). Nel senso della tassatività della portata dell'art. 120, comma 2 *bis*, cod. proc. amm., cfr. già Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 783.

Sul rito c.d. superaccelerato introdotto dall'art. 120, comma 2 *bis*, cod. proc. amm., cfr. Tar Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88, *id.*, 2018, III, 85, che ha sottoposto alla Corte di giustizia Ue una questione pregiudiziale diretta a consentire di verificare la compatibilità di tale rito con il diritto comunitario. [E. TRAVI]

CORTE DEI CONTI; sezioni riunite in sede di controllo; deliberazione 21 dicembre 2018, n. 22; Pres. BUSCEMA, Rel. GRANELLI; Programma generale dei controlli.

Corte dei conti — Attività di controllo — Programma generale per il 2019 (L. 14 gennaio 1994 n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3).

La Corte dei conti, a sezioni riunite in sede di controllo, ha deliberato il programma generale delle attività di controllo da svolgere, attraverso le sue sezioni centrali e regionali, nel corso del 2019. (1)

Il quadro generale dei controlli della Corte dei conti

1. - La programmazione delle attività di controllo è disciplinata dall'art. 3, 4° e 5° comma, l. n. 20 del 14 gennaio 1994. In particolare, sono le sezioni riunite in sede di controllo che provvedono a definire, ai sensi dell'art. 5 del regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, il quadro di riferimento programmatico delle indagini di finanza pubblica e dei controlli sulla gestione, nonché i criteri metodologici di massima.

Le linee di programmazione qui definite riguardano le attività delle sezioni riunite in sede di controllo in maniera integrata e raccordata con quelle di quattro sezioni centrali (la sezione di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, la sezione delle autonomie, la sezione di controllo sugli enti e la sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali) e delle sezioni regionali di controllo. È necessario, infatti, garantire che le funzioni di controllo della Corte dei conti siano esercitate in modo uniforme sia a livello centrale che a livello territoriale. L'esame di temi che interessano trasversalmente diversi livelli di governo presuppone la definizione di criteri di riferimento necessariamente di carattere solo generale, demandando alle sezioni di controllo, centrali e regionali, l'individuazione delle tematiche di specifico interesse.

2. - L'esercizio 2019 si preannuncia particolarmente impegnativo per il governo dei conti pubblici. Con il documento programmatico di bilancio per il 2019 e la successiva manovra erano state confermate le nuove linee della politica di bilancio del prossimo triennio, già delineate nella nota di aggiornamento del Def: un obiettivo di indebitamento netto della pubblica amministrazione del 2,4 per cento del Pil per il 2019 (dall'1,2 tendenziale e con un peggioramento di sei decimi di punto rispetto al preconsuntivo per l'anno in corso) e su valori leggermente inferiori per il 2020-21 (2,1 e 1,8 per cento, rispettivamente); la rinuncia a perseguire un miglioramento del disavanzo strutturale che si collocherebbe all'1,7 per cento sia nel 2019 che nel biennio successivo, valore corrispondente a circa il doppio di quello previsto per l'anno in corso (0,9 per cento); un miglioramento di 4,2 punti nel rapporto debito/Pil tra il 2018 ed il 2021, con una conferma del profilo discendente, ma a ritmi molto più lenti rispetto a quanto prima programmato.

Il quadro così delineato, che disegnava una fiscal stance dal tono espansivo nel 2019 e sostanzialmente neutrale negli anni successivi, mirava ad ottenere un tasso di crescita del Pil reale dell'1,5 per cento per il 2019 e dell'1,6 per cento per il 2020 ed un modesto rallentamento (all'1,4) l'anno successivo; una maggiore crescita occupazionale pari ad 1,1 punti cumulati nel triennio 2019-21; un aumento del Pil potenziale dello 0,9 per cento nel 2019 e dell'1 per cento nel biennio successivo, con la persistenza di un output gap negativo su tutto il periodo di programmazione (-1,2 nel 2019, -0,6 nel 2020, -0,2 nel 2021).

Il netto mutamento delle linee programmatiche — con la scelta di non corrispondere all'impegno europeo di riduzione del deficit strutturale, né di definire un puntuale piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine — ha dato luogo ad un'intensa interlocuzione tra governo e commissione eu-