

**Ammissibilità immediata dell'impugnazione delle clausole del bando non
escludenti senza previa partecipazione alla procedura di gara:
questioni processuali e sostanziali a confronto
(Sent. ad. plen. n. 4 del 26 aprile 2018)**

Maria Carmen Agnello

20 ottobre 2018

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. La questione della rilevanza ex officio del giudice d'appello delle condizioni dell'azione. – 3. La questione dell'immediata impugnabilità del bando di gara. – 4. Considerazioni conclusive

1. Profili introduttivi.

Il Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 5138 del 7 novembre 2017 ha investito l'Ad.Plenaria nella soluzione di questioni oggetto di contrasto giurisprudenziale attinenti gli appalti pubblici. **La questione principale riguarda l'ammissibilità dell'impugnazione del bando** ed in specie delle clausole non escludenti dalla gara, quale il criterio di aggiudicazione, **da parte dell'operatore economico che** non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura. L'Ad.Plen. nella sentenza del 26/04/2018, n. 4, non definitivamente pronunciandosi ha affrontato questioni sostanziali e processuali in base ai principi indicati in motivazione, conformandosi all'indirizzo maggioritario.

2. La questione della rilevanza ex officio del giudice d'appello delle condizioni dell'azione

La prima questione di natura processuale riguarda il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* i presupposti e le condizioni per la proposizione del ricorso di I grado (in merito alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso), non potendo ritenersi che si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. L'Ad. Plen. rileva che in precedenza al Codice del processo amministrativo, in base al d. lgs. n. 104 del 2010, secondo la giurisprudenza *"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 un'eccezione processuale degradi*

*la rilevabilità d'ufficio in irrilevabilità, che equivarrebbe a privarlo del dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione"*¹.

Nella vigente normativa dal tenore letterale degli art. 35 e 9 del c.p.a. la questione è risolta dalla giurisprudenza, come di seguito esposto. Per un verso, l'art. 35 affida al potere officioso del giudice il rilievo dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, non escludendo il giudizio di appello. Per altro verso, l'art. 9 del c.p.a. limita il principio del giudicato implicito, impedendo il rilievo officioso in appello, alle questioni relative alla giurisdizione. Inoltre, l'art. 104 del c.p.a. (come previsto dall'art. 345 c. II c.p.c.) rende prospettabile nel II grado *"eccezioni rilevabili d'ufficio"*, e sulla scorta di ciò è individuabile *"un sistema fondato sulla regola del possibile rilievo ex officio delle questioni (condizioni dell'azione e presupposti processuali), che condizionano la possibilità di pervenire ad una pronuncia di merito"* ed un'espressa eccezione, relativa al formarsi di un *"giudicato implicito"* in merito alla spettanza della giurisdizione al giudice adito.

In riferimento alla correlata questione della giurisdizione l'Ad. Plen. afferma i seguenti principi:

- a) la definitiva pronuncia sulla giurisdizione deve intervenire nel più breve tempo possibile;
- b) la parte che in modo erroneo individua il giudice competente non deve subire preclusioni o limiti di tutela sostanziale in osservanza del principio della *translatio iudicii*, ai sensi dell'art. 59 l. n. 69/2009, al fine di evitare di incorrere in preclusioni e decadenze derivanti dalle incertezze nell'individuazione del giudice fornito di giurisdizione²;
- c) il giudice che declina la giurisdizione deve indicare il plesso giurisdizionale, così consentendo la trasmigrazione del processo nel termine perentorio presso quel giudice (tenuto a sollevare il conflitto, se non ritiene che la giurisdizione sia stata individuata dal giudice rimettente, perché ritiene che spetti a quest'ultimo o ad un terzo e diverso plesso.³

L'art. 9 del c.p.a. codifica il principio giurisprudenziale delle Sezioni unite reso con la sent. 9 ottobre 2008, n.24883 dell'estensione anche a controversie d'appello relative a cause introdotte anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice⁴. Si evidenzia che la disciplina del processo amministrativo riassunto dopo la declaratoria di difetto di giurisdizione consente al giudice amministrativo di trarre argomenti di prova dall'istruttoria espletata dal giudice sprovvisto di giurisdizione (art. 11, c. 6, c.p.a.). La questione di giurisdizione, nei gradi successivi al primo, ricondotta al potere dispositivo delle parti ex art. 112 c.p.c. e sottratta al rilievo d'ufficio del giudice, si spiega con la volontà legislativa, anticipata dalla giurisprudenza. Inoltre, la tempistica del rilievo officioso della questione non pregiudica le parti e consente di individuare più celermente il giudice fornito di giurisdizione. Infine, la formazione del giudicato

¹ Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215; sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303; Sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1094; Sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4196; sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4157.

² in ottemperanza alla sent. della Corte costituzionale n. 77 del 2007-, *ex aliis*, per una compiuta ricostruzione, si v. Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 940 del 21 febbraio 2012.

³ Tale sistema è stato "anticipato" dalle S. Un. Nella sent. n.24883/2008, che ha escluso la contestabilità *ex officio* della giurisdizione affermata per implicito dal primo giudice in assenza di motivo di impugnazione.

⁴ Cons. Stato Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769.

implicito per inerzia delle parti e omesso rilievo officioso del giudice di I grado consegue una statuizione di un plesso privo di giurisdizione, non produttiva di conseguenze “*contra ius*”, mentre precludere al giudice di appello il rilievo officioso dell’assenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell’azione ha conseguenze negative quali la delibazione di un ricorso tardivo, o proposto da un soggetto non legittimato.

Alla stregua di quanto espresso e dell’univoco tenore letterale degli artt. 9, 35 e 104 c.p.a. l’Ad.pl. ammette 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.

3. La questione dell’immediata impugnabilità del bando di gara

In riferimento alla questione in merito all’onere dell’immediata impugnabilità del bando di gara l’Ad. Plen. conferma l’orientamento maggioritario espresso in pronunce, quali l’Ad. Plen. del 29 gennaio 2003 n. 1 e del 7 aprile 2011 n. 4⁵. In base all’interesse ad agire come previsto dall’art. 100 c.p.c., quale presupposto della tutela processuale, l’Ad. Plen. individua la **regola**, per cui soltanto chi ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l’esito, in quanto è individuabile una situazione giuridica da tutelare. A contrario, non sussistono ragioni per ritenere che il soggetto che non presenta domanda di partecipazione possa esser legittimato ad impugnare clausole del bando non “escludenti”. In tale ipotesi, l’operatore non partecipante potrebbe essere portatore di un **interesse di mero fatto nel** caducare l’intera gara, al fine di presentare l’offerta in ipotesi di riedizione di una nuova procedura. Tale interesse “strumentale” è da considerare “ipotetico”, in quanto non è in grado di dimostrare l’interesse “differenziato” alla base della legittimazione ed è smentito dall’omessa presentazione dell’offerta dell’operatore del settore.

Inoltre, l’Ad. Plen. afferma che i bandi di gara e concorso e le lettere di invito sono da impugnare **unitamente agli atti applicativi**, in quanto solo questi ultimi rendono concreta la lesione della situazione soggettiva dell’interessato e come tale rende individuabile l’interesse ad agire del soggetto leso dal provvedimento di aggiudicazione a terzi.

L’Adunanza affronta un’altra questione relativa all’individuazione del *dies a quo*, ossia dell’immediata o differita l’impugnazione avverso le clausole del bando prive di attuale lesività in quanto non “escludenti. Al riguardo, nella pronuncia in commento è espressa l’esigenza di una **trattazione unitaria e concentrata**, confermata nell’art. 120, c. 7, c.p.a. (eccezione per le controversie disciplinate dal rito appalti, che impone il ricorso ai motivi aggiunti impropri quando si debbano impugnare nuovi provvedimenti della stessa gara). La Plenaria aggiunge che né il vecchio né il nuovo Codice degli appalti consente di affermare che debba imporsi all’offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando ove la ritenga errata, in quanto si versa nella fase iniziale della procedura. In tale fase, per un verso non potrebbe essere provato che l’impugnante non sarebbe aggiudicatario. Per altro verso, s’imporrebbe

⁵L’orientamento minoritario espresso dal Cons. Giust. Amm., sez. giur., 5 settembre 2005, n. 589, individua l’interesse ad agire verso una competizione fondata su regole legittime e ragionevoli, e quindi riconosce all’operatore economico la legittimazione ad impugnare il bando anche quando non presenta domanda di partecipazione alla procedura.

all'offerente di impugnare la clausola del bando sulla scorta di un'ipotetica lesione, nel perseguire l'interesse strumentale alla riedizione della gara, subordinato a quello ad essere aggiudicatario di ipotetica realizzazione.

A tutela della concorrenza la giurisprudenza individua delle **eccezioni** in cui è ammessa l'impugnazione immediata del bando, riconoscendo la legittimazione ad agire anche a chi non ha proposto la domanda di partecipazione, al fine di contestare non solo le clausole escludenti, ma anche la legittimità di un affidamento diretto.

4. Considerazioni conclusive

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, la sentenza in commento è di rilievo in quanto consente agli operatori del diritto di individuare le conseguenze negative derivanti dall'immediata impugnazione delle clausole previste nel bando⁶. Gli offerenti potrebbero immediatamente impugnare il bando con censure alle prescrizioni non escludenti, considerando di non poterle più proporre. Nelle more del processo, la stazione appaltante potrebbe proseguire ad espletare la gara ed i ricorrenti prima della definitiva decisione del ricorso proposto contro il bando, potrebbero rinunciare dopo avere ottenuto l'aggiudicazione. Nell'ipotesi, in cui non si rendessero aggiudicatari, potrebbero avere interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara incentrato sul ricorso proposto avverso il bando. Per contro, le stazioni appaltanti potrebbero rallentare l'espletamento delle procedure di gara contestate, in attesa della decisione del ricorso proposto avverso il bando.

⁶Il T.A.R., Liguria - Genova, sez. II, ord. n. 263 del 29 marzo 2017, ha sollevato alla Corte di Giustizia il quesito se "gli artt. 1, par. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), dir. n. 89/665 CEE, 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 alla 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".