

**Consiglio di stato, sezione V, sentenza 8 marzo 2011, n. 1443.**

Sull'impugnabilità del bando di gara da parte dell'impresa che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara.

In dottrina e in giurisprudenza è stato, soprattutto in passato, oggetto di acceso dibattito il problema della necessità della presentazione della domanda di partecipazione alla gara quale condizione di impugnabilità del bando di gara. Su questo punto si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale più risalente il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha interesse ad impugnare gli atti della medesima procedura e ciò anche qualora la clausola del bando asseritamente illegittima, nello stabilire i criteri per

l'ammissione, preveda il possesso di un requisito che il soggetto non possiede. L'interesse fatto valere dal soggetto che proponga l'impugnativa, in tale ipotesi, è esattamente quello di potere prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta. Ed allora, fermo l'onere di impugnare immediatamente il bando nella parte lesiva, è evidente che l'interesse concreto fatto valere deve essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine perentorio fissato nella *lex specialis* della procedura.

Tale indirizzo, autorevolmente ribadito da Cons. Stato, Ad. Plen., 29/01/2003, n.1 secondo cui *“Ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando delle clausole ritenute lesive, è necessaria la presentazione della domanda di partecipazione alla gara o alla procedura concorsuale. La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso del bando”* è stato successivamente disatteso da una parte inizialmente minoritaria della giurisprudenza amministrativa che ha accolto l'opzione interpretativa opposta. Secondo questa diversa impostazione, infatti, se in linea generale l'impresa non partecipante ad una gara di appalto deve ritenersi priva di legittimazione attiva all'impugnativa della procedura concorsuale, ciò non vale nel caso in cui l'impresa deduca vizi incidenti sulla possibilità di partecipare alla gara e di presentare la sua offerta. Invero, da un lato l'interesse ad agire va sempre valutato in concreto (sicché non può negarsi la sussistenza di un interesse ad agire del ricorrente tutte le volte in cui la partecipazione alla procedura selettiva è preclusa dallo stesso bando, posto che in tale caso detto interesse si sostanzia nell'impedire lo svolgimento della procedura selettiva); al contempo, una diversa soluzione sarebbe in contrasto con i valori costituzionali e comunitari nonché con i principi dell'agere amministrativo sanciti nella legge n. 241/1990. Sotto tale ultimo profilo la giurisprudenza ha, infatti, osservato che: *“Non appare, infatti, conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.), della libertà della iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e soprattutto dell'apicale principio di portata comunitaria della libera e massima concorrenza, limitare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso da un bando, al mero formalismo della presentazione di una domanda che, con riferimento alla fattispecie in esame, avrebbe comportato la sicura esclusione. Tanto anche in adesione al principio –introdotta dalla L. 241/1990 ed incentivato dalla*

*successiva legislazione, attenta ad espungere gli adempimenti inutili o superflui (cfr., ad es., art. 4, lett d), L. 59/1997; art. 6, DL 357/1994 conv. L. 489/1994; art. 1, L. 537/1993)– del non aggravamento del procedimento amministrativo, applicazione diretta dell'ulteriore e generalizzante principio della economicità dei mezzi giuridici” (TAR Campania-Napoli, sez. I – Sentenza 18 aprile 2002 n. 2206).*

Tale indirizzo ha di recente ottenuto un autorevole avallo in sede comunitaria: con la decisione Corte giust. C.E 12 febbraio 2004 - C-230/02 è stato affermato che<. *“Infatti, da un lato, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche. 30 Dall'altro, risulta chiaramente dal testo dell'art. 2, n. 1, lett.b), della direttiva 89/665 che le procedure di ricorso, che gli Stati membri devono organizzare in conformità a tale direttiva, devono consentire in particolare di "annullare (...) le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie (...)"'. Ad un'impresa dev'essere pertanto consentito presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche discriminatorie, senza attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto”.*

A tale ultimo orientamento si conforma la pronuncia in esame che, tuttavia, tende a puntualizzare un presupposto di legittimità ulteriore della deroga in esame. Secondo il Collegio, infatti: *“L'impugnazione degli atti relativi ad una procedura di gara richiede una posizione differenziata e qualificata determinata dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura. In ossequio alle coordinate interpretative tracciate dalla giurisprudenza comunitaria, si è ritenuto, ad avviso dell'orientamento pretorio più recente, di prescindere da detto fattore di differenziazione nel caso di impugnazione della lex specialis di gara da parte di un'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura che, in base alle prescrizioni del bando ritenute illegittime, verrebbe esclusa. Si è infatti reputato che il soggetto che non ha inoltrato l'istanza di partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione di un appalto è titolare dell'interesse all'impugnativa laddove si tratti di soggetto operante nel settore, e, quindi, portatore di una posizione differenziata abilitante, che miri con l'impugnativa ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva con quelle regole ingiustamente preclusive”.*

*Tuttavia, si precisa, : “si deve soggiungere, a chiarimento della portata di tale deroga, che a fronte di una clausola espulsiva il fattore di differenziazione e qualificazione della sfera soggettiva del ricorrente possa essere rinvenuto nella circostanza che questi operi nel settore specifico e sia, quindi, dotato dei requisiti soggettivi necessari, anche sul piano tecnico e finanziario, per partecipare alla procedura. Di qui la legittimazione alla contestazione di un a normativa di gara che introduca un ostacolo illegittimo ad una partecipazione altrimenti possibile e consentita”.*